

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

GABRIELA GLASER GARCIA

**DA (IN)OCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM* QUANDO DA DENÚNCIA
POR CRIME QUALIFICADO, MAJORADO OU AGRAVADO PELO
CONCURSO DE AGENTES EM CONCURSO MATERIAL COM
CRIME DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA**

CURITIBA

2018

GABRIELA GLASER GARCIA

**DA (IN)OCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM* QUANDO DA DENÚNCIA
POR CRIME QUALIFICADO, MAJORADO OU AGRAVADO PELO
CONCURSO DE AGENTES EM CONCURSO MATERIAL COM
CRIME DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA**

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito, do
Centro Universitário Curitiba.

Orientador: Rodrigo Regnier Chemim Guimarães.

CURITIBA

2018

GABRIELA GLASER GARCIA

**DA (IN)OCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM* QUANDO DA DENÚNCIA
POR CRIME QUALIFICADO, MAJORADO OU AGRAVADO PELO
CONCURSO DE AGENTES EM CONCURSO MATERIAL COM
CRIME DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção
do grau de Bacharel em Direito do Centro Universitário
Curitiba, pela Banca Examinadora formada pelos
Professores:

Orientador: Rodrigo Regnier Chemim Guimarães

Prof. Membro da Banca

Curitiba, _____ de _____ de 2018

Esse trabalho de conclusão de curso é dedicado,
primeiramente, aos meus pais, Adeli e Beatriz,
e à minha irmã, Rafa,
por todo o suporte, força e amor de sempre.

À toda a minha família e amigos,
pelo companheirismo e paciência.

Ao meu grande amor, Felício,
por todos os motivos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, ao meu paciente Orientador, Rodrigo Chemim,
por ter aceitado orientar um trabalho já em curso.
Agradeço também ao Professor Alexandre Knopfholz,
que começou a me direcionar nessa jornada.

Toda a minha gratidão à minha família, namorado e amigos.
Vocês são a razão, o início, o meio e o fim de tudo que eu faço.

“Mi gente, yo no soy distinto a ustedes

(...)

Solo quedare en su mente clara

Cuando crezcan donde yo crecí

Se críen donde me criaba

Diablo, me duele tanta baba

Duele tanta baba...

El no juzgarme se les agradece

El beneficio de la duda cualquiera merece.”

Los Bandoleros, Don Omar.

Em homenagem à presunção de inocência, no Brasil e no mundo.

RESUMO

Este trabalho visa analisar cada um dos principais argumentos utilizados pela doutrina e pela jurisprudência para justificar a incidência, ou não, do princípio do *ne bis in idem* quando um mesmo agente é denunciado, em concurso material, pelo crime de associação criminosa e por crime unissubjetivo cuja pena seja aumentada em decorrência do concurso de pessoas. As linhas argumentativas abordadas na presente pesquisa são: o conflito entre os bens jurídicos tutelados pelo crime de associação criminosa e o crime unissubjetivo qualificado, agravado ou majorado pelo concurso de pessoas e seus desdobramentos; o momento consumativo do delito de associação criminosa e sua independência da prática de qualquer crime subsequente; o concurso necessário e o concurso eventual de agentes e sua conexão com o tema em análise; o fato de a elementar do crime de associação criminosa integrar, também, a qualificadora, majorante ou agravante do concurso de pessoas aplicada a um eventual crime unissubjetivo praticado em concurso material.

Palavras-chave: Princípio do *ne bis in idem*. Associação criminosa. Concurso material. Agravante, majorante ou qualificadora do concurso de pessoas.

ABSTRACT

This paper aims to analyze each one of the main arguments used by the legal doctrine and jurisprudence to justify the incidence or not of the principle of *ne bis in idem* when the same agent is reported, in cumulation of offenses, for criminal association (288,CP) and for a unisubjective crime whose punishment is increased as a result of the contest of people. The argumentative lines addressed in the present research are: the conflict between the juridical goods protected by the crime of criminal association and the qualified unisubjective crime, aggravated or increased by the concerted action and its unfolding; the consummation of the criminal association and its independence from any subsequent crime; the necessary contest of people and the eventual contest of people and their connection with the subject under analysis; the fact that the element of the crime of criminal association already includes the aggravation of the punishment in the contest of people applied to a possible unisubjective crime, committed in a cumulation of offenses.

Keywords: The principle of *ne bis in idem*. The crime of criminal association. Cumulation of offenses. Contest of people and its aggravation of the punishment.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 O PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM	13
2.1 ORIGEM DO INSTITUTO	14
2.2 EMBASAMENTO LEGAL DO PRINCÍPIO NE BIS IN IDEM NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	14
2.3 O PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM NOS TRATADOS INTERNACIONAIS	16
2.3.1 Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos).....	16
2.3.2 Convenção Interamericana sobre assistência mútua em matéria penal (Convenção de Nassau).....	17
2.3.3 Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior	17
2.3.4 O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional	18
3 BENS JURÍDICOS: O QUE SÃO, O CONFLITO ENTRE OS BENS JURÍDICOS DOS DELITOS EM CONCURSO E SEUS DESDOBRAMENTOS	20
3.1 DO BEM JURÍDICO TUTELADO QUANDO SE QUALIFICA, MAJORA OU AGRAVA UM CRIME PELO CONCURSO DE AGENTES	22
3.1.1 A agravante do Concurso de Pessoas: art. 62, do Código Penal.....	23
3.1.2 Crimes Qualificados ou Majorados pelo Concurso de Pessoas Descritos no Código Penal brasileiro	23
3.2 DO BEM JURÍDICO TUTELADO PELO CRIME DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA, DESCRITO NO ART. 288, DO CÓDIGO PENAL	25
3.3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL: NE BIS IN IDEM EM DECORRÊNCIA DAS DIFERENÇAS ENTRE OS BENS JURÍDICOS TUTELADOS.....	26
4 CRIMES PLURI E UNISSUBJETIVOS: CONCURSO REAL X CONCURSO APARENTE DE CRIMES	29
4.1 CRIMES PLURISSUBJETIVOS: CONCURSO DE AGENTES NECESSÁRIO	29
4.2 CRIMES UNISSUBJETIVOS: CONCURSO DE AGENTES EVENTUAL	30

4.3 DO CONCURSO DE CRIMES	30
4.3.1 Concurso Aparente (Ideal ou Formal) de Crimes	32
4.3.2 Concurso Real (Material) de Crimes	35
4.4 DO MOMENTO CONSUMATIVO DO DELITO DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA E SEUS DESDOBRAMENTOS	37
4.4 POSSIBILIDADE DO CRIME PLURISSUBJETIVO SER CRIME MEIO DE UM CRIME UNISSUBJETIVO.....	40
5 QUALIFICADORA, MAJORANTE OU AGRAVANTE DO CONCURSO DE PESSOAS COMO INTEGRANTE DO FATO TÍPICO DO CRIME DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA.....	42
5.1 JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A FAVOR OCORRÊNCIA DO BIS IN IDEM	42
5.2 JULGADOS DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA E TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS FAVORÁVEIS À OCORRÊNCIA DO BIS IN IDEM.....	43
5.3 ANÁLISE DOUTRINÁRIA: AUTORES QUE COMPARTILHAM DA ARGUMENTAÇÃO DAS JURISPRUDÊNCIAS APRESENTADAS	47
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	49
REFERÊNCIAS.....	51

1 INTRODUÇÃO

O tema desta pesquisa surgiu em meio a um dos casos analisados durante período de estágio em um escritório de advocacia criminal, no qual figurávamos como assistentes de acusação junto a uma empresa ferroviária que, naquela ocasião, teria sido vítima de uma suposta associação criminosa que veio a lhe roubar, por meio do emprego de violência, alguns bens.

Naquele caso, containers estavam sendo desviados por um grupo de agentes que atuava em conjunto e que dispunha de um galpão, dentro de uma chácara, para guardar os proveitos de seus crimes.

Foram denunciados, portanto, pelo crime de roubo qualificado pelo concurso de pessoas em concurso material com o crime de associação criminosa.

Diante disto, nos surgiu uma questão que parece óbvia à primeira vista: denunciar o mesmo grupo pelo crime de associação criminosa, descrito no artigo 288, do Código Penal, e em concurso material denuncia-lo pelo crime de roubo qualificado pelo concurso de agentes não seria *bis in idem*?

Ora, os dois crimes tratariam da junção de esforços de um certo grupo de agentes para uma prática delituosa. Dessa maneira, qualificar o crime de roubo pelo concurso de agentes e, assim, aumentar sua pena exatamente por este motivo e, ao mesmo tempo, aplicar concurso material com o crime de associação criminosa – que também objetiva, ao final, aplicação de pena exatamente pelo motivo de unirem-se agentes com a prática específica de cometer delitos -, em uma análise mais cuidadosa, nos pareceu um caso claro de *bis in idem*.

Diante desta inquietude, fomos a procura de jurisprudência e doutrina sobre o assunto que, para nossa surpresa, mostraram-se parcialmente divididas a respeito.

Alguns julgados – majoritariamente proferidos por Tribunais de segunda instância –, consubstanciados por parte da doutrina, admitiam a ocorrência do *bis in idem* por considerarem que a qualificadora integraria o fato típico do delito associativo descrito no artigo 288, do Código Penal, ou porque este, por ser mais específico, absorveria a qualificadora.

Contudo, a posição firmada pelo Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, juntamente com a doutrina majoritária, segue a esteira da não ocorrência da dupla punição alegando, em síntese, que o crime de associação criminosa é autônomo em relação ao crime qualificado pelo concurso de pessoas e que os bens jurídicos tutelados seriam diferentes e, portanto, incapazes de ensejar um *bis in idem*. Não obstante, outro argumento utilizado era de que o delito de associação criminosa se consumaria independentemente da prática de um novo crime e, portanto, a dupla punição – por mais que fosse por um crime qualificado, também, pelo concurso de agentes – seria plenamente possível.

Ressalte-se que existem alguns julgados do Supremo Tribunal Federal que são partidários da consideração da ocorrência do *bis in idem* na situação elencada, mas são datados de antes da promulgação da Constituição de 1988 – que, curiosamente, deveria ter tornado a jurisprudência ainda mais garantista, ao invés de rever a referida posição e agravar a pena aplicada ao concurso material de crimes qualificados/majorados/agravados pelo concurso de agentes e crime associativo genérico, descrito no art. 288, do Código Penal.

De qualquer maneira, inegável a predominância da corrente jurisprudencial favorável ao aumento de pena em decorrência do concurso de pessoas no crime unissubjetivo juntamente com a pena correspondente ao delito associativo genérico.

Desse modo, quando a oportunidade de realizar uma pesquisa científica surgiu, por meio deste trabalho de conclusão de curso, logo este tema foi eleito.

Assim, procura esta pesquisa entender as justificativas de a jurisprudência vir decidindo de maneira conflituosa – notadamente a dissonância entre os julgados de segunda instância e os julgados dos Tribunais Superiores - quando, diante de uma análise mais superficial do tema, é natural a suposição de se estar frente a um claro *bis in idem*, que é um dos institutos mais respeitados do Direito Penal.

Por fim, objetiva analisar cada um dos principais argumentos utilizados para justificar a ocorrência ou a inoccorrência do *bis in idem*, por meio de cuidadosa pesquisa bibliográfica e extensa análise jurisprudencial.

2 O PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM*

Essencial e simplificadamente, este princípio traduz-se na impossibilidade de um mesmo agente ser punido mais de uma vez por uma mesma conduta praticada. Desta ideia, extrai-se que o ideal seria punir cada conduta apenas uma única vez.

Aprofundando um pouco mais o conceito, temos que, nas palavras de Luiz Regis Prado, o princípio do *ne bis in idem* é

“(...) o infranqueável limite ao poder punitivo do Estado. Através dele, procura-se impedir mais de uma punição individual – **compreendendo tanto a pena como a agravante** – pelo mesmo fato (a dupla punição pelo mesmo fato). É postulado essencialmente de natureza material ou substancial –conteúdo material relativo à imposição de pena-, ainda que se manifeste também no campo processual ou formal, quando diz respeito à impossibilidade das persecuções múltiplas. (...) Esse princípio serve de base à aplicação das normas penais, em especial ao concurso de normas, sem deixar de lastrear também o concurso de delitos.”¹ (grifo nosso)

Cumprido destacar que o princípio não vale somente para matéria penal. O Supremo Tribunal Federal, em sua Súmula 19, firmou seu entendimento a respeito da dupla punição em matéria administrativa: “É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira”². Assim, fica evidente a exacerbação do princípio para além das divisas das matérias penais, adentrando diversas áreas do Direito.

Ademais, ensina Eugênio Pacelli, que o princípio do *ne bis in idem* é uma decorrência lógica dos princípios da proporcionalidade e da legalidade. Do primeiro, porque se na esfera legislativa já restou definido quais seriam os moldes sancionadores de uma determinada conduta e, por tal, a pena fixada em sentença deve ser respeitosa destes parâmetros, então resta evidente que a dupla punição -o que levaria, inevitavelmente, a uma punição aquém dos moldes preestabelecidos legislativamente- decorreria em um claro excesso punitivo por parte do Estado e, por isso, a uma afronta ao princípio da proporcionalidade. Já no tocante ao princípio da legalidade, tem-se que justamente com a primeira punição do agente é que é satisfeita

¹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, parte geral: arts. 1.º a 120. 8º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 148.

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 19. É inadmissível segunda punição de servidor público baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_001_100> . Acesso em: 03 ago. 2018.

a pretensão legal e, com uma segunda punição, a sanção estatal por certo ultrapassaria os limites legais, previamente estipulados – dessa maneira, a primeira sanção, se somada com uma eventual segunda punição (sempre considerando um mesmo fato), resultaria inevitavelmente em um tipo sancionador não previsto legalmente, do que, conseqüentemente, decorreria uma grave ofensa ao princípio da legalidade.³

2.1 ORIGEM DO INSTITUTO

Para se fazer um brevíssimo retrospecto histórico, é indispensável salientar que a origem do princípio se remonta ao direito romano, com o instituto da coisa julgada, tendo sido consagrado na *Lex Repetundarum* entre os anos de 123-122 antes de Cristo, fixando a máxima de que a sentença poria fim ao processo.⁴

Durante o período inquisitorial o princípio foi duramente mitigado, de forma que, caso não houvessem provas suficientes, o processo era finalizado provisoriamente – podendo ser reaberto em caso de dúvida, a qualquer tempo.⁵

Com a Revolução Francesa, o princípio volta a ter força e é incorporado na Constituição Francesa de 1791, em seu art. 9°. Da mesma maneira, em 1887, por meio da 5° Emenda à Constituição, o princípio do *ne bis in idem* foi incorporado ao direito norte americano, consagrando a ideia de que nenhum cidadão será julgado duas vezes pela mesma ofensa.⁶

2.2 EMBASAMENTO LEGAL DO PRINCÍPIO *NE BIS IN IDEM* NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Constituição brasileira não dispõe, expressamente, sobre o princípio do *ne bis in idem*, sendo este derivado dos princípios basilares do Estado democrático de

³ MELIÁ, MANZANO *apud* PACELLI, Eugênio, CALLEGARI, André. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 4° ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 193.

⁴ SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza e. **Ne bis in idem**: limites jurídicos-constitucionais à persecução penal. 237 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Área de Concentração em Constituição e Garantia em Direitos, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2006. p. 131.

⁵ *Ibid.*, p. 131-132.

⁶ *Ibid.*, p. 132-133.

direito, da segurança jurídica, do devido processo legal, do reconhecimento da dignidade da pessoa humana e do limite da pretensão punitiva estatal.⁷

Damásio de Jesus, em seu manual de Direito Penal, embasa o princípio do *ne bis in idem* no artigo 8º, do Código Penal, que dispõe que “a pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas”. Desse modo, explica que o referido dispositivo trata das diversidades qualitativas e quantitativas das penas impostas e a impossibilidade de sua repetição, efetivando, de maneira positivada, a necessidade da observância ao já referido princípio.⁸

Luiz Regis Prado defende a mesma ideia, afirmando que “O Código Penal brasileiro faz referência indireta à matéria em exame quando versa sobre pena cumprida no estrangeiro (art. 8º, CP) e a detração (art. 42, CP)”.⁹

Importante salientar, não obstante, que o Brasil é signatário do Pacto de *San José da Costa Rica*, que expressamente prevê o instituto, como explica Luiz Regis Prado:

“No âmbito da legislação penal internacional, há várias e importantes manifestações relativas ao postulado do *ne bis in idem*. Assim, por exemplo, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, ratificado no Brasil pelo Decreto 678, de 1992: “O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos” (art. 8º, 4).”

Desta maneira, apesar de o princípio não estar expressamente previsto na Constituição, o Brasil é signatário de um dos principais documentos relativos a direitos humanos do mundo no qual é postulada, claramente, pela proibição do *bis in idem*.

Interessante destacar as palavras de Keity Saboya, que tratou sobre o tema em sua dissertação de mestrado:

“De qualquer forma, haja vista sua natureza materialmente constitucional, dúvida não há de que, seja como garantia inscrita expressamente, em tratado internacional de direitos humanos, incorporado ao direito interno com *status* equivalente à emenda constitucional, seja como garantia implícita, decorrente dos princípios adotados pela Constituição, o princípio *ne bis in idem* corresponde a uma garantia constitucional, que limita o *ius persecuendi*,

⁷ SABOYA, 2006. p. 143.

⁸ JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**: parte geral. 25º ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.137.

⁹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, parte geral, v. 1. 15º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 100.

pelos mesmos fatos, a uma única oportunidade, cuja observância é obrigatória a todos os juízes e tribunais. Por isso, afirma-se ser o princípio *ne bis in idem* direito fundamental da defesa, no processo penal brasileiro.”¹⁰

Desta forma, é inequívoca a importância extrema do princípio do *ne bis in idem* no direito penal e processual penal brasileiro, o que torna este estudo oportuno ao desenvolvimento das ciências criminais.

2.3 O PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM* NOS TRATADOS INTERNACIONAIS

Apesar de o direito brasileiro interno não possuir menção expressa ao princípio, o Brasil é signatário de uma série de tratados internacionais que tangem o tema.

Destarte, seguiremos analisando cada uma das proposições, dispostas em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, que tratam do princípio do *ne bis in idem*.

2.3.1 Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos)

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, datada de 1969, mais conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, é um dos principais documentos internacionais que garantem a proteção da proibição da dupla punição (de um mesmo agente por um mesmo fato).

Em seu artigo 8º, item 4, assim dispõe:

“Art. 8º: Garantias judiciais
(...)
4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.”¹¹

Não obstante a ausência da expressão latina *ne bis in idem*, o trecho destacado discorre, de maneira muito clara, sobre a impossibilidade da dupla punição.

¹⁰ SABOYA, 2006. p. 148-149.

¹¹ BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto/D0678.htm>. Acesso em 22 ago. 2018.

Notadamente, conceitua a proibição como a impraticabilidade de um novo julgamento por matéria já decidida pelo poder judiciário, com trânsito em julgado, restringindo seu âmbito de incidência.

2.3.2 Convenção Interamericana sobre assistência mútua em matéria penal (Convenção de Nassau)

Os estados membros da OEA (Organização dos Estados Americanos) firmaram uma Convenção que adotou regras comuns para assistência mútua em matéria penal, objetivando a solução de eventuais problemas que surgissem entre os Estados membros.

Assim, o art. 9º dessa convenção prevê que o Estado membro da Convenção poderá se negar a prestar assistência quando julgar que o respectivo pedido verse sobre matéria já discutida no Estado requerente, como se pode ver:

“Art. 9. RECUSA DE ASSISTÊNCIA: O Estado requerido poderá recusar a assistência quando, em sua opinião: a) o pedido de assistência for usado com o objetivo de julgar uma pessoa por um delito pelo qual essa pessoa já tiver sido previamente condenada ou absolvida num processo no Estado requerente ou requerido; (...).”¹²

Mais uma vez, apesar de o tratado não fazer menção, especificamente, ao princípio do *ne bis in idem*, a referência é clara ao princípio garantista do processo penal.

2.3.3 Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior

¹² BRASIL. Decreto nº 6.340, de 3 de janeiro de 2008. Promulga a Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal, assinada em Nassau, em 23 de maio de 1992, e seu Protocolo Facultativo, assinado em Manágua, em 11 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6340.htm>. Acesso em 06 set. 2018.

A Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior tange o tema do *bis in idem* quando dispõe acerca dos direitos da pessoa sentenciada e transferida ao Estado receptor:

“ARTIGO VII. Direito da Pessoa Sentenciada Transferida e Forma de Cumprimento da Sentença:

1. A pessoa sentenciada que for transferida conforme previsto nesta Convenção não poderá ser detida, processada ou condenada novamente no Estado receptor pelo mesmo delito que motivou a sentença imposta pelo Estado sentenciador.”¹³

Uma vez mais, apesar de a Convenção não fazer menção objetiva à expressão latina, sem sombra de dúvidas o que se quis evitar foi o fenômeno da dupla punição.

Ou seja, se a pessoa sentenciada for transferida ao Estado receptor, não poderá ser julgada novamente pelo delito que, primeiramente, ensejou sua condenação no Estado sentenciador.

2.3.4 O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional

O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional é o único documento normativo que faz menção expressa ao princípio do *ne bis in idem*, dedicando um artigo inteiro ao seu teor, como se pode perceber de trecho do documento abaixo destacado:

“Artigo 20. *Ne bis in idem*.

1. Salvo disposição contrária do presente Estatuto, nenhuma pessoa poderá ser julgada pelo Tribunal por atos constitutivos de crimes pelos quais este já a tenha condenado ou absolvido.

2. Nenhuma pessoa poderá ser julgada por outro tribunal por um crime mencionado no artigo 5º, relativamente ao qual já tenha sido condenada ou absolvida pelo Tribunal.

¹³ BRASIL. Decreto nº 5.919, de 3 de outubro de 2006. Promulga a Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior, concluída em Manágua, em 9 de junho de 1993, com reserva à primeira parte do parágrafo 2º do Artigo VII, relativa à redução dos períodos de prisão ou de cumprimento alternativo da pena. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5919.htm>. Acesso em 06 set. 2018.

3. O Tribunal não poderá julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal, por atos também punidos pelos artigos 6º, 7º ou 8º, a menos que o processo nesse outro tribunal:

a) Tenha tido por objetivo subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal; ou

b) Não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, ou tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à ação da justiça.”¹⁴

Dessa maneira, o artigo se divide em alguns subtópicos, que vamos analisar.

Além de delimitar competências para julgamento de matérias específicas, salienta a proibição de duplo julgamento de uma pessoa por crimes pelo qual já tenha sido condenada ou absolvida – inclusive, aqui, os atos constitutivos do crime em questão.

Assim, diante do Estatuto de Roma, que constitui o Tribunal Penal mais importante a nível mundial – e que se refere especificamente ao *ne bis in idem* –, resta clarividente a importância do instituto ora estudado.

Assim, após a breve exposição dos tratados internacionais que remontam o tema da proibição da dupla punição, passa-se a análise dos argumentos utilizados pela doutrina e pela jurisprudência para justificar, ou não, a ocorrência de *bis in idem* nos casos de condenação, em concurso material, de crime qualificado/majorado/agravado pelo concurso de pessoas e o crime de associação criminosa, descrito no art. 288, do Código Penal.

¹⁴ BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em 06 set. 2018.

3 BENS JURÍDICOS: O QUE SÃO, O CONFLITO ENTRE OS BENS JURÍDICOS DOS DELITOS EM CONCURSO E SEUS DESDOBRAMENTOS

Inicialmente, destaca-se que existe certa pacificação na doutrina quanto a admissão da proteção de bens jurídicos como a missão essencial do Direito penal¹⁵. Assim, para que o Estado imponha a um cidadão uma pena, é necessário que haja lesão ou perigo de lesão a bens jurídicos legalmente tutelados, eleitos pelo legislador, para que sobre eles recaia a proteção penal – e somente nessas ocasiões.¹⁶

Busato defende que a proteção dos bens jurídicos acaba não se efetivando materialmente (já que crimes são cometidos todos os dias, afetando diversos bens jurídicos que a princípio estariam sendo tutelados), mas argumenta que

“(...) ao estabelecer que a configuração do injusto depende da violação do bem jurídico, seguramente se está estabelecendo um limite material à intervenção estatal e, com isso, se está também preservando as garantias relativas a um Direito penal de mínima intervenção.”¹⁷

Dessa maneira, ao colocarmos a proteção dos bens jurídicos como objetivo elementar do Direito penal, acabamos limitando-o a atuar somente em situações específicas, o que acaba por preservar as bases desse ramo jurídico que tem, por essência, a limitação da mínima intervenção.

Isso porque, como amplamente sabido, a intervenção do Direito penal na vida de uma pessoa é sempre violenta e traz consigo uma gama de consequências indesejáveis – daí decorre o seu caráter fragmentário, também conhecido como princípio da *ultima ratio* (última instância de controle social).¹⁸ Nesse sentido, válido o apontamento de Francisco de Assis Toledo:

“A tarefa imediata do direito penal é, portanto, de natureza eminentemente jurídica e, como tal, resume-se à proteção de bens jurídicos. Nisso, aliás, está empenhado todo o ordenamento jurídico. E aqui encontra-se o caráter subsidiário do ordenamento penal: onde a proteção de outros ramos do direito possa estar ausente, falhar ou revelar-se insuficiente, se a lesão ou exposição a perigo do bem jurídico tutelado apresentar certa gravidade, até aí deve entender-se o mando da proteção penal, como *ultima ratio regum*. Não além disso.

¹⁵ BUSATO, Paulo César. **Fundamentos do Direito penal brasileiro**. 3º ed. Curitiba: Edição do Autor, 2012. p. 83.

¹⁶ *Ibid.*, p. 89.

¹⁷ *Ibid.*, p. 113.

¹⁸ *Ibid.*, p. 84.

Fica, pois, esclarecido o caráter limitado do direito penal, sob o duplo aspecto: primeiro, o da subsidiariedade de sua proteção a bens jurídicos; segundo, o dever estar condicionada sua intervenção à importância da gravidade da lesão, real ou potencial.”¹⁹

Para Luiz Regis Prado, o conceito do bem jurídico embasa a ilicitude material, legitimando a intervenção penal legalizada. Para o autor

(...) o bem jurídico vem a ser um ente (dado ou valor social) material ou imaterial extraído do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual, considerado como essencial para a coexistência e desenvolvimento do homem e, por isso, jurídico-penalmente protegido. (...) Assim, a ordem de valores constitucionalmente relevantes e inerentes a essa especial modalidade de Estado constitui o paradigma do legislador penal infraconstitucional.”²⁰

No tocante ao tema deste trabalho, temos que a diferenciação dos bens jurídicos é de extrema importância, já que embasa uma das principais fontes argumentativas daqueles que defendem a não ocorrência do fenômeno da dupla punição.

A corrente jurisprudencial que nega a ocorrência de *bis in idem* quando da denúncia por um crime qualificado pelo concurso de pessoas em concurso material com o crime de associação criminosa defende a ideia de que pela diferença entre os bens jurídicos aqui tipificados, como por exemplo em um crime de roubo cometido em concurso de pessoas denunciado conjuntamente com o crime de associação criminosa, estariam em jogo dois bens jurídicos distintos e, portanto, haveria a impossibilidade da ocorrência de uma dupla punição.

Assim, enquanto no crime de roubo, por exemplo, o bem jurídico tutelado seria o patrimônio, público ou privado, conjuntamente com a saúde, integridade e liberdade física da vítima²¹ - que se praticado em concurso de pessoas, teria mais chances de ser exitoso ou bem sucedido e, exatamente por isso, justificaria um aumento de pena decorrente da qualificadora -, no crime de associação criminosa o bem jurídico

¹⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 13-14.

²⁰ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**: parte geral e parte especial. 14º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 219.

²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial. v.3, 14º ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 108.

tutelado seria a paz pública (*sui generis*, já que inserido no Título IX do Código Penal brasileiro, intitulado “Dos crimes contra a paz pública”).²²

Desta maneira, entenderia a jurisprudência que, por haver diferenças entre os bens jurídicos tutelados, a punição se daria isoladamente por cada um dos crimes – protetores de bens jurídicos distintos –, sem a ocorrência de um suposto *bis in idem*, mesmo que a conduta, em geral, nos pareça a mesma: qual seja o fato da punição pelo concurso no crime de roubo, como no exemplo dado acima, juntamente com a punição pelo crime associativo, descrito no artigo 288, do Código Penal.

Faz-se necessária, para um entendimento mais aprofundado sobre a matéria dos bens jurídicos tutelados, uma análise pormenorizada de suas especificidades, o que se passa a fazer a seguir.

3.1 DO BEM JURÍDICO TUTELADO QUANDO SE QUALIFICA, MAJORA OU AGRAVA UM CRIME PELO CONCURSO DE AGENTES

Primeiramente, cumpre esclarecer: por que um indivíduo pratica um crime em concurso eventual? As respostas a esta pergunta são várias, mas concentram-se basicamente na maior possibilidade de êxito na empreitada criminosa, na possibilidade de divisão de tarefas e de resultados e na amplitude que a ação pode tomar quando pensada e praticada por mais de uma pessoa.²³

Isso posto, fica mais fácil entender o porquê de o legislador querer punir mais gravemente, com uma agravante (podendo ser também por meio de uma qualificadora ou majorante, em casos específicos), certos crimes quando praticados por mais de um agente, em concurso. Destaca-se que não cabe a este trabalho esmiuçar o instituto do concurso de pessoas, mas apenas tanger algumas linhas de sua estrutura geral.

Desse modo, pode-se deduzir uma lógica simples: um crime ‘x’, se praticado por apenas um sujeito, teria uma pena ‘y’; contudo, quando este mesmo crime ‘x’, é praticado por mais de um agente, em concurso, representaria um risco maior à

²² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial, v.4, 12° ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 475.

²³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral, v.1, 24° ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 557.

sociedade e/ou à(s) vítima(s) e, por isso, passa a ter uma pena 'z' (que, naturalmente, é maior que a pena 'y').

Pois bem, valorou mais pesadamente o legislador esta conduta por acreditar oferecer um risco maior à sociedade como um todo, independente do crime que passa a ser qualificado ou agravado pelo concurso de agentes.

Para uma melhor compreensão do tema, passa-se a uma análise mais cuidadosa dos crimes agravados e, posteriormente, qualificados ou majorados pelo concurso de pessoas.

3.1.1 A agravante do Concurso de Pessoas: art. 62, do Código Penal

A agravante do Concurso de Pessoas, descrita no artigo 62, do Código Penal, vem tutelar quatro situações específicas, descritas em seus incisos, punindo mais severamente aquele que: I) promover, organizar a cooperação no crime ou dirigir a atividade dos demais agentes; II) coagir ou induzir outrem à execução material do crime; III) instigar ou determinar que se cometam o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; ou IV) executar o crime, ou nele participar, mediante paga ou promessa de recompensa.²⁴

As agravantes e atenuantes são aplicadas na segunda fase da dosimetria da pena, podendo aumentar ou diminuir a pena-base que resultou da primeira fase, com a ressalva de que não podem ser ultrapassados, nesta etapa, os limites máximo e mínimo de pena abstratamente cominados ao tipo penal em questão.

Desse modo, percebe-se que, diferentemente de uma qualificadora ou majorante (que sempre estarão previstas dentro do tipo penal a que se referem), a agravante pode ser cominada a qualquer crime previsto na legislação, desde que cumpridos seus requisitos legais. Sua aplicação é, portanto, muito mais ampla (pode ser aplicada sempre que sua elementar não constituir ou qualificar o crime) e, por tal, com muito mais chances de ensejar um suposto *bis in idem* quando aplicada em concurso material com o crime tipificado no art. 288, do Código Penal.

3.1.2 Crimes Qualificados ou Majorados pelo Concurso de Pessoas Descritos no Código Penal brasileiro

²⁴ BITENCOURT, v. 1, 2018. p. 805-809.

No Código Penal brasileiro, além da agravante genérica do concurso de pessoas (art. 62, CP), temos alguns tipos penais que são qualificados ou majorados pelo concurso de pessoas, como os seguintes:

Art. 146, §1º, do Código Penal:²⁵ constrangimento ilegal com aumento de pena em decorrência do disposto no parágrafo primeiro, assentando que a punição é mais severa quando, para a prática do crime, se reúnem mais de três pessoas.

Art. 150, §1º, do Código Penal:²⁶ violação de domicílio qualificada. De acordo com o §1º do artigo, os parâmetros mínimo e máximo de pena em abstrato são modificados se a violação de domicílio se dá por duas ou mais pessoas.

Art. 155, §4º, IV, do Código Penal:²⁷ furto qualificado pelo concurso de pessoas. De acordo com seu inciso IV, se o delito é cometido por duas ou mais pessoas, os parâmetros abstratos de pena mínima e máxima são alterados.

Art. 157, §2º, II, do Código Penal:²⁸ roubo majorado pelo concurso de pessoas. Nos termos do inciso II, do §2º, a pena é aumentada de um terço até a metade se o crime é cometido por duas ou mais pessoas.

Art. 158, §1º, do Código Penal:²⁹ extorsão majorada pelo concurso de pessoas. De acordo com o parágrafo primeiro deste artigo, a pena deve ser aumentada de um terço até a metade se o crime é praticado por duas ou mais pessoas.

²⁵ BRASIL. **Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal, art. 146. “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda: (...) §1º. As penas aplicam-se cumulativamente e em dobro e em dobro quando, para a execução do crime, se reúnem mais de três pessoas, ou há emprego de armas.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 20 ago. 2018.

²⁶ BRASIL. **Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal, art. 150. “Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências: (...) §1º - Se o crime é cometido durante a noite, ou em lugar ermo, ou com o emprego de violência ou de arma, ou por duas ou mais pessoas: Pena – detenção, de seis meses a dois anos, além da pena correspondente à violência.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 20 ago. 2018.

²⁷ BRASIL. **Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal, art. 155. “Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: (...) §4º. A pena é de reclusão de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa, se o crime é cometido: (...) IV – mediante concurso de duas ou mais pessoas.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 20 ago. 2018.

²⁸ BRASIL. **Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal, art. 157. “Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: (...) §2º A pena aumenta-se de um terço até a metade: (...) II – se há o concurso de duas ou mais pessoas;” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 20 ago. 2018.

²⁹ BRASIL. **Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal, art. 158. “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa: (...) §1º Se o crime

Assim se pode perceber que, apesar de haver uma agravante genérica do concurso de pessoas (art. 62, CP), o legislador elegeu tipos penais para que o aumento de pena fosse mais significativo quando praticados em concurso de agentes. Isto porque, de uma maneira específica, os crimes supracitados representam, aos olhos do legislador, um risco maior à sociedade *sui generis* quando praticados mediante concurso de pessoas, devendo ser mais severamente punidos, não bastando o aumento de pena proveniente da agravante.

3.2 DO BEM JURÍDICO TUTELADO PELO CRIME DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA, DESCRITO NO ART. 288, DO CÓDIGO PENAL

Há certa divergência na doutrina sobre qual seria, exatamente, o bem jurídico tutelado no crime de associação criminosa: enquanto alguns defendem que seria a paz pública, outros defendem que seria o sentimento de segurança e o bem-estar da população.

De acordo com Bitencourt, o bem jurídico protegido pelo tipo penal descrito no artigo 288, do Código Penal, não seria a paz pública (apesar de a nomenclatura do Título em que está inserido o dispositivo ser “Dos crimes contra a paz pública”), considerando que o ordenamento jurídico pátrio dá mais relevância ao aspecto subjetivo, o que levaria o bem jurídico a ser o

“(...) sentimento coletivo de segurança e de confiança na ordem e proteção jurídica, que em tese se veem atingidos pela conduta de associar-se para praticar crimes, e não uma indemonstrável “paz pública”, sob o aspecto objetivo (...).

Em síntese, paz social como bem jurídico tutelado não significa a defesa da “segurança social” propriamente, mas sim a opinião ou sentimento da população em relação a essa segurança, ou seja, aquela sensação de bem-estar, de proteção e segurança geral, que não deixa de ser, em outros termos, uma espécie de reforço ou fator mais da própria segurança ou confiança, qual seja o de sentir-se seguro e protegido.”³⁰

é cometido por duas ou mais pessoas, ou com emprego de arma, aumenta-se a pena de um terço até a metade.” Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em 20 ago. 2018.

³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**, 9º ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1231-1232.

Da opinião do autor extrai-se o nítido contorno do bem jurídico tutelado pelo crime de associação criminosa que, segundo este, tangeria o sentimento de segurança e bem-estar da população.

Por outro lado, Luiz Regis Prado defende que o bem jurídico tutelado é, sobremaneira, a paz pública – expressão esta sinônima de ordem pública, que pode ser entendida como “a correta ordenação e regular andamento da vida social. É a harmônica e pacífica coexistência dos cidadãos sob a soberania do Estado e do direito (...)”.³¹

Assim, em um segundo entendimento, temos que o bem jurídico tutelado pelo crime associativo genérico seria a paz pública (ou ordem pública).

Vale a ressalva de que se trata de um crime de perigo abstrato, que se consuma no momento da associação – não sendo necessário o cometimento de nenhum outro crime.³²

3.3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL: *NE BIS IN IDEM* EM DECORRÊNCIA DAS DIFERENÇAS ENTRE OS BENS JURÍDICOS TUTELADOS

Como já exposto preteritamente, a principal corrente jurisprudencial que nega a ocorrência da dupla punição quando do concurso material, o faz sob a base argumentativa de que a diferença entre os bens jurídicos tutelados pelo crime associativo genérico e o tutelado pelo crime subsequente qualificado/majorado/agravado pelo concurso de pessoas impossibilitaria a ocorrência do *bis in idem*.

Estes são os termos das seguintes decisões do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO TRIPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA ARMADA. 1) CONCOMITÂNCIA ENTRE OS DELITOS DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE PESSOAS E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA (QUADRILHA OU BANDO) ARMADA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA [...] - **Inexiste bis in idem em razão da condenação concomitante pelos delitos de roubo majorado pelo emprego de arma de fogo e concurso de pessoas e de associação criminosa armada, antigo quadrilha ou bando armado, porquanto os delitos são independentes entre si e tutelam bens jurídicos distintos.** [...] (STJ - HC: 288929 SP 2014/0036510-4, Relator: Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO

³¹ PRADO, 2015. p. 1201.

³² PRADO, 2015. p. 1203.

TJ/SP), Data de Julgamento: 16/04/2015, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/04/2015).³³ (grifo nosso)

HABEAS CORPUS Nº 302.660 - MG (2014/0217446-5) RELATOR: MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR IMPETRANTE: SERGIO PALACIO ADVOGADO: SÉRGIO PALACIO - SP093388 IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS PACIENTE: SILAS HENRIQUE DE ARAUJO HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA ARMADA. ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE DE EXAME NA VIA ELEITA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. DELITOS INDEPENDENTES E BENS JURÍDICOS TUTELADOS DISTINTOS. Ordem denegada. DECISÃO [...] Sustenta, também, ilegalidade pela incidência no delito de roubo da causa de aumento de pena referente ao concurso de pessoas, uma vez que houve a condenação concomitante pelo crime de formação de quadrilha (atualmente denominado de associação criminosa), caracterizando, assim, indevido bis in idem. Pleiteia, assim, a absolvição do paciente, pela prática do delito tipificado no art. 288 do Código Penal, bem como a redução da reprimenda. Não houve pedido de liminar. O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do writ (fls. 266/273). É o relatório. [...] De outro lado, a segunda tese do impetrante destoa do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, pacificado no sentido de que inexistente bis in idem pela condenação conjunta pelos crimes de roubo majorado pelo concurso de pessoas e uso de arma de fogo e o de quadrilha armada, dada a independência dos delitos e a distinção entre os bens jurídicos tutelados. Nesse sentido: [...] Inexistente bis in idem em razão da condenação concomitante pelos delitos de roubo majorado pelo emprego de arma de fogo e concurso de pessoas e de associação criminosa armada, antigo quadrilha ou bando armado, porquanto os delitos são independentes entre si e tutelam bens jurídicos distintos. [...] (HC n. 288.929/SP, Ministro Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Sexta Turma, DJe 30/4/2015) [...] 3. Quanto ao mais, a decisão deve ser mantida incólume porque proferida em **conformidade com a jurisprudência assentada nesta Casa Superior de Justiça, no sentido da possibilidade de coexistência entre os crimes de quadrilha ou bando e o de furto ou roubo qualificado pelo concurso de agentes, porquanto os bens jurídicos tutelados são distintos e autônomos os delitos**. 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp n. 1.404.832/MS, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 31/3/2014) Ante o exposto, denego a ordem de habeas corpus. Publique-se. Brasília, 24 de abril de 2017. Ministro Sebastião Reis Júnior Relator. (STJ - HC: 302660 MG 2014/0217446-5, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Publicação: DJ 27/04/2017).³⁴ (grifo nosso)

Assim, pode-se perceber que o argumento de que os delitos tutelariam bens jurídicos distintos e, portanto, não ensejariam a dupla punição embasa jurisprudência

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 6º turma. *Habeas Corpus* nº 288929. Relator: Ministro Ericson Maranhão. 2015. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/184831086/habeas-corpus-hc-288929-sp-2014-0036510-4>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 6º turma. *Habeas Corpus* nº 302660. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/453934000/habeas-corpus-hc-302660-mg-2014-0217446-5?ref=serp>>. Acesso em: 24 ago. 2018.

de nosso Superior Tribunal de Justiça. Não somente estas, mas várias outras decisões das cortes superiores seguem o mesmo princípio argumentativo, como no julgado em destaque, agora do Supremo Tribunal Federal:

Ementa: HABEAS CORPUS. PENAL. PACIENTE CONDENADO POR ROUBOS QUALIFICADOS E FORMAÇÃO DE QUADRILHA ARMADA. EXASPERAÇÃO DAS PENAS-BASE JUSTIFICADA NOS ANTECEDENTES CRIMINAIS E NA PERSONALIDADE DO AGENTE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ALEGAÇÃO DE CONTINUIDADE DELITIVA. NÃO OCORRÊNCIA DAS CONDIÇÕES OBJETIVAS E SUBJETIVAS. IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO PROBATÓRIO PARA ESSE FIM. REITERAÇÃO CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DAS REGRAS DE CRIME ÚNICO. AÇÕES AUTÔNOMAS. CONDENAÇÃO SIMULTÂNEA PELOS CRIMES DE ROUBO QUALIFICADO COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA ARMADA. BIS IN IDEM. NÃO CONFIGURAÇÃO. CRIMES AUTÔNOMOS E OBJETOS JURÍDICOS DIVERSOS. ORDEM DENEGADA. [...] **Esta Corte já firmou o entendimento de que a condenação simultânea pelos crimes de roubo qualificado com emprego de arma de fogo (art. 157, § 2º, I, do CP) e de formação de quadrilha armada (art. 288, parágrafo único, do CP) não configura bis in idem, uma vez que não há nenhuma relação de dependência ou subordinação entre as referidas condutas delituosas e porque elas visam bens jurídicos diversos.** Precedentes. VII – Ordem denegada. (STF - HC: 113413 SP, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 16/10/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-222 DIVULG 09-11-2012 PUBLIC 12-11-2012).³⁵ (grifo nosso)

Importante frisar a expressão utilizada pelo Ministro relator, de que “esta Corte já firmou o entendimento de que a condenação simultânea pelos crimes de roubo qualificado (...) e formação de quadrilha armada não configura *bis in idem*”, justificando-se na independência e insubordinação entre as infrações penais e na diferença entre seus bens jurídicos tutelados.

Desta maneira, apesar de não ser a única base argumentativa contra a ocorrência do *bis in idem* em casos de concurso material entre o crime de associação criminosa e um segundo crime cometido em concurso de agentes, conclui-se que esta é a posição jurisprudencial dominante, adotada pelos Tribunais Superiores brasileiros.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2º turma. *Habeas Corpus* nº 113413. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. 2012. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22639814/habeas-corpus-hc-113413-sp-stf/inteiro-teor-110891518?ref=serp>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

4 CRIMES PLURI E UNISSUBJETIVOS: CONCURSO REAL X CONCURSO APARENTE DE CRIMES

Outra importante corrente argumentativa permeia a classificação doutrinária dos crimes e dos tipos de concursos acarretados pelos tipos penais em exame, bem como a classificação do concurso de crimes aplicável aos casos, na prática.

Assim, qualificam como impossível que um crime plurissubjetivo – de concurso necessário de pessoas, portanto – possa ser tido como meio para um crime /unissubjetivo, praticado em concurso de agentes.

Passa-se a uma síntese dos conceitos envolvidos no problema para que, ao final, se possa compreender, mais profundamente, o questionamento.

4.1 CRIMES PLURISSUBJETIVOS: CONCURSO DE AGENTES NECESSÁRIO

Crime plurissubjetivo é aquele que precisa de mais de um agente para sua prática. Como exemplos clássicos temos a associação criminosa (art. 288, CP), rixa (art. 137, CP), entre outros. Dessa maneira, não há se falar na possibilidade de o crime não ser praticado, necessariamente, em concurso de agentes: daí o sinônimo concurso de agentes necessários.

Para Fernando Galvão:

“O crime de concurso necessário é aquele em que o tipo incriminador descreve conduta que necessariamente envolve a participação de duas ou mais pessoas.”³⁶

A importância prática dessa classificação remonta, portanto, ao de que uma das elementares do tipo penal de concurso necessário é, necessariamente, o concurso de pessoas – o que vai justificar, como veremos mais adiante (Capítulo 5), que o concurso de pessoas integraria o fato típico do delito de associação criminosa e, portanto, haveria o *bis in idem* quando da condenação, em concurso material, com algum outro crime qualificado/majorado/agravado pelo mesmo motivo.

³⁶ GALVÃO, Fernando. **Direito penal**, parte geral. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1039-1040.

4.2 CRIMES UNISSUBJETIVOS: CONCURSO DE AGENTES EVENTUAL

Os crimes unissubjetivos são aqueles que, para sua prática, é necessário apenas um agente, como acontece na maioria dos crimes descritos na parte especial do Código Penal: roubo (art. 157, CP), furto (art. 155, CP), homicídio (art. 121, CP), injúria (art. 140, CP) e muitos outros.

Os crimes unissubjetivos são chamados também de crimes de concurso eventual porque, diferentemente dos crimes de concurso necessário, a prática do crime unissubjetivo por mais de um agente, em concurso, depende totalmente da vontade dos envolvidos, não sendo uma condição sem a qual a realização do tipo penal é impossível.

Geralmente um crime unissubjetivo é praticado em concurso para aumentar suas chances de sucesso, possibilitar a divisão de tarefas e proveitos, dentre outras vantagens.

Para Fernando Galvão:

“Denomina-se crime de concurso facultativo aquele em que cuja descrição típica permite a realização da conduta por apenas um sujeito, sendo que sua realização permite conjunta é um dado eventual. Ordinariamente, os crimes previstos na legislação repressiva são denominados crimes unissubjetivos. São exemplos de crime unissubjetivo ou de concurso facultativo no Código Penal o homicídio (art. 121); o furto simples (art. 155); o estelionato (art. 171); [...]”³⁷

Dessa maneira o legislador, justamente pelo fato de ser possível a prática do crime por apenas uma pessoa, valorou mais negativamente quando este mesmo crime subjetivo é praticado por mais de um agente – em concurso, portanto –, aumentando sua pena por uma qualificadora, majorante ou agravante genérica (prevista no art. 62, CP).

4.3 DO CONCURSO DE CRIMES

Além do concurso de agentes, existe no direito penal brasileiro a figura do concurso de crimes e, para conceituar o tema, utilizamos as palavras de Jorge de Figueiredo Dias, que explica que o concurso de crimes

³⁷ GALVÃO, 2013. p. 1039.

“(…) existe sempre que no mesmo processo penal (ou em processo penal posterior destinado ao conhecimento de um concurso superveniente) o comportamento global imputado ao agente – traduza-se ele numa unidade ou pluralidade de *acções* – preenche mais que um tipo legal de crime, previsto em mais que uma norma concretamente aplicável, ou preenche várias vezes o mesmo tipo legal de crime previsto pela mesma norma concretamente aplicável (...).³⁸

Desta maneira, temos que o concurso de crimes mais comum é aquele decorrente de um mesmo processo penal, no qual a(s) conduta(s) praticada(s) pelo agente se encaixam em mais de um tipo penal, ou se encaixam mais de uma vez em um mesmo tipo penal.

Por conseguinte, cabe a citação de José Frederico Marques, que explica:

“Mas a pluralidade de crimes pode derivar da incidência de diversas normas incriminadoras sobre um único comportamento humano, visto que esse pode ser integrado por condutas que se aglutinam, mas que, separadamente, constituiriam, cara uma de per si, um delito autônomo. Ou então, nessa conduta, há um *quid pluris* que a transforma em crime diverso daquele que existiria sem o elemento que ali se acresce. Liga-se, desta forma, à teoria do concurso de crimes, o problema do concurso de normas que se referem a um só comportamento humano. É que, em tais casos, surge a primeira dúvida a respeito do assunto, visto que deve ficar esclarecido se uma “realidade jurídica eminentemente complexa” deve ser interpretada como unidade ou, ao contrário, como pluralidade de crimes. É por isso que alguns escritores tratam do problema do concurso aparente de normas – que deveria localizar-se no estudo da norma penal – no capítulo do concurso de crimes.”³⁹

Ainda na esteira de Jorge de Figueiredo Dias, tem-se que o concurso de crimes pode ser aparente ou real. Assim, esta figura se divide em duas categorias, como explica o doutrinador português:

“Dissemos no entanto também que esta figura do concurso de crimes, à primeira impressão, unitária, se divide em duas categorias: a do concurso *efectivo*, puro ou próprio, em que se verifica uma pluralidade de sentidos de ilícitos do comportamento global; e a do concurso aparente, impuro ou impróprio, em que, no comportamento global, se verifica uma absoluta dominância ou prevalência de um sentido de ilícito sobre outro ou outros sentidos de ilícito concorrentes, mas assim dominados, subordinados, dependentes ou acessórios”.⁴⁰

³⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**, parte geral, v. I. 2º ed. Portugal: Editora Coimbra, 2007. p. 1003.

³⁹ MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**: da infração penal, v. II. 1º ed. Campinas: Bookseller, 1997. p. 436.

⁴⁰ DIAS, op. cit., p. 1003.

Nos termos do Código Penal brasileiro, existem três tipos de concurso de crimes: o concurso material, o concurso formal e o crime continuado. No concurso material as penas são cumuladas, no concurso formal aplica-se apenas a pena do crime mais grave, podendo esta ser aumentada de um sexto até a metade, enquanto no crime continuado aplica-se a pena do crime mais grave, exasperada de um sexto a dois terços.⁴¹

E sobre as duas modalidades de concurso de crimes citadas, discorrem, mais detalhadamente, os próximos tópicos deste trabalho.

4.3.1 Concurso Aparente (Ideal ou Formal) de Crimes

O concurso aparente de crimes se dá quando há uma pluralidade de normas e unidade de crime.⁴² Nesse sentido, válida a transcrição do conceito formulado pelos professores alemães, Maurach, Gossel e Zipf, traduzido ao espanhol:

*“Con ello el concurso ideal se caracteriza como una modalidad especial de la unidad de acción. Ella es una unidad de acción con una pluralidad de lesiones típicas de bienes jurídicos, sean de la misma o de distinta clase: una necesaria perspectiva combinadora del mismo acontecer bajo diversos aspectos valorativos.”*⁴³

Contudo, apesar de haver mais de um tipo penal em que se enquadra a conduta criminosa praticada, somente uma regra pode ser aplicada, sob a inafastável presunção do *bis in idem*.

Nas palavras de José Frederico Marques,

*“Diz-se, porém que esse conflito é tão-só aparente porque se duas ou mais disposições se mostram aplicáveis a um dado caso, só uma dessas normas, na realidade, é que o disciplina. A espécie delituosa, em tal hipótese, é subsumível em diversas regras preceptivas ou descrições abstratas da lei penal: enquadra-se, portanto, em várias normas, das quais uma apenas encontra aplicação.”*⁴⁴

⁴¹ JESUS, 2002. p. 599-608.

⁴² MORO, Aldo *apud* MARQUES, 1997. p. 445.

⁴³ MAURACH, Reinhart; GOSSEL, Karl Heinz; ZIPF Heinz. **Derecho penal**: parte general, v. 2. 7° ed. Buenos Aires: 1995. p.550.

⁴⁴ MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**: da infração penal, v. II. 1° ed. Campinas: Bookseller, 1997. p. 437.

Dessa maneira, considerando que somente uma norma poderá ser aplicada ao caso concreto, a antinomia é solúvel e, portanto, no conceito de Norberto Bobbio, chamada de aparente⁴⁵. Para a solução do impasse, são três os princípios utilizados para a eleição da única norma que deverá ser aplicada ao caso: especialidade, subsidiariedade e consunção.

5.3.1.1 Princípio da Especialidade, Subsidiariedade e Consunção

Como já evidenciado preteritamente, para a solução do conflito aparente de normas penais ou crimes, a doutrina majoritária aponta três princípios: especialidade, subsidiariedade e consunção⁴⁶.

Primeiramente, a respeito do princípio da especialidade, aplica-se quando duas normas, uma mais abrangente e uma menos abrangente, entram em conflito. Nessas ocasiões, é consequência necessária e lógica a aplicação da norma especial (já que esta contaria, além do contido na norma geral, com peculiaridades não previstas neste última), em relação à norma mais geral.

Nesse sentido, importante destacar que Bitencourt afirma que “considera-se especial uma norma penal, em relação a outra geral, quando reúne todos os elementos desta, acrescidos de mais alguns, denominados especializantes”.⁴⁷

Para José Frederico Marques, o princípio da especialidade pode ser assim conceituado:

“Lex specialis derogat legem generalem é um princípio de natureza eminentemente lógica, cujo reconhecimento, ao demais, independe de mandamento legislativo: para que haja a especialidade basta que a lei especial, por necessidade lógica, contenha todos os elementos da lei geral com o acréscimo dos elementos especiais que lhe justificam a existência. A norma especial, por isso mesmo, pode considerar-se um setor da norma geral, particularmente caracterizado. O enquadramento da conduta humana num tipo especial exclui, de plano, a aplicação da norma geral (...).”⁴⁸

Dessa maneira, quando estes dois tipos de normas penais entram em conflito, a aplicação da norma especial, em detrimento da geral, é imperiosa.

⁴⁵ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 1º ed. São Paulo: EDIPRO, 2011. p. 96.

⁴⁶ BITENCOURT, v. 1, 2018. p. 264.

⁴⁷ Ibid., p. 265.

⁴⁸ MARQUES, 1997. p. 438-439.

Não obstante, quando o princípio da especialidade não dá conta de resolver a questão, passa-se a análise do princípio da subsidiariedade, que consiste, de acordo com Bitencourt, na existência de normas que descrevem graus diferentes de violação de um mesmo bem jurídico, “de forma que a norma subsidiária é afastada pela aplicabilidade da norma principal”.⁴⁹

Ainda na esteira do conceito de Bitencourt, necessário salientar que

“Frequentemente se estabelece a punibilidade de determinado comportamento para ampliar ou reforçar a proteção jurídico-penal de certo bem jurídico, sancionando-se com graduações menos intensas diferentes níveis de desenvolvimento de uma mesma ação delitiva. A rigor, a figura típica subsidiária está contida na principal.”⁵⁰

Para José Marques, na mesma lógica, o princípio da subsidiariedade (*lex primaria derogat legem subsidiariam*) se constitui nas diferentes valorações de ofensas a um mesmo bem jurídico:

“Segundo GRISPIGNI, há subsidiariedade quando se trata de estágios ou **graus diversos da ofensa a um mesmo bem jurídico**, de modo que a ofensa maior absorve a menor e, por isso, a aplicabilidade desta está condicionada à não aplicação da primeira.”⁵¹ (grifo nosso)

Contudo, como salienta Bitencourt, a aplicação da norma subsidiária não decorre de uma relação lógica, mas sim de um juízo de valor mais aprofundado e não tão simples.⁵²

Por último, como mecanismo de solução entre o conflito aparente de normas penais, temos o princípio da consunção (*lex consumens derogat legem consumptam*), que se resume no fato de que a norma que constitui um crime acaba sendo absorvida como meio de realização de ato descrito em outra norma, mais abrangente.

Defende Bitencourt que

“Pelo princípio da consunção, ou absorção, **a norma definidora de um crime constitui meio necessário ou fase normal de preparação ou execução de outro crime**. Em termos bem esquemáticos, há consunção quando o fato previsto em determinada norma é compreendido em outra, mais abrangente, aplicando-se somente esta. Na relação consuntiva, os fatos não se

⁴⁹ BITENCOURT, v. 1, 2018. p. 265.

⁵⁰ BITENCOURT, v. 1, p. 265-266.

⁵¹ GRISPIGNI *apud* MARQUES, 1997. p. 439.

⁵² STEVENSON, Oscar *apud* BITENCOURT, v. 1, 2018. p. 266.

apresentam em relação de gênero e espécie, mas de *minus* e *plus*, de continente e conteúdo, de todo e parte, de inteiro e fração.”⁵³ (grifo nosso)

Para que fique completo o conceito fornecido por esta pesquisa, benigno citar as palavras de Marques:

“É fundamento desse princípio a maior amplitude da norma consuntiva, o que ocorre, não só em razão do bem jurídico tutelado, como também, dos meios empregados e dos fins perseguidos pelo agente, como ainda pela circunstância de integrar-se o fato da norma consumida na descrição da regra consuntiva.”⁵⁴

É por essa razão que “o crime consumado absorve o crime tentado, o crime de perigo é absorvido pelo crime de dano”, etc., já que “a norma consuntiva constitui fase mais avançada na realização da ofensa a um bem jurídico, aplicando-se o princípio *major absorbet minorem*”.⁵⁵

Essas são as ferramentas para solução do conflito aparente de normas penais mais comumente utilizadas pela doutrina majoritária.

Desta maneira, passa-se a análise do funcionamento e solução do concurso real de crimes.

4.3.2 Concurso Real (Material) de Crimes

O concurso real de crimes fica caracterizado quando há uma pluralidade de normas e, também, pluralidade de crimes.⁵⁶

Assim, são três os tipos de *concursum delictorum* no sistema jurídico brasileiro: concurso material, concurso formal e crime continuado.⁵⁷

O concurso material acontece quando

“[...] o agente, mediante mais de uma conduta (ação ou omissão), pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não. [...] A pluralidade delitiva decorrente do concurso material poderá ser objeto de vários processos, que gerarão várias sentenças. Constatada a conexão entre os crimes praticados, serão observados os preceitos do art. 76 do CPP.”⁵⁸

⁵³ BITENCOURT, v. 1, 2018. p. 266-267.

⁵⁴ MARQUES, 1997. p. 441.

⁵⁵ BITENCOURT, op. cit., p. 267.

⁵⁶ MORO, Aldo *apud* MARQUES, 1997. p. 445.

⁵⁷ BITENCOURT, op. cit., p. 860.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 861.

As penas de cada um dos crimes, no concurso material, são somadas por meio do chamado cúmulo material das penas.

Já no concurso formal, apesar de o agente praticar apenas uma conduta, acaba praticando mais de um crime (não necessariamente idêntico). Mais uma vez, faz-se esclarecedor transcrever trecho do conceito de Bitencourt sobre o tema:

“Nessa espécie de concurso há unidade de ação e pluralidade de crimes. Assim para que haja concurso formal é necessário que exista uma só conduta, embora possa desdobrar-se em vários atos, que são os segmentos em que esta se divide.”⁵⁹

Salienta-se, entretanto, que o concurso formal pode ser próprio (com um único desígnio), ou impróprio (com desígnios autônomos). No primeiro, o agente quer realizar apenas um crime, mas acaba obtendo mais de um resultado danoso, enquanto no segundo tipo de concurso formal o agente deseja realizar mais de um crime, com dolo para cada um deles, apesar de realizarem-se em uma única ação.⁶⁰

O fato de o concurso formal ser próprio ou impróprio influencia na aplicação das penas, como se pode auferir do trecho que segue:

“Por isso, enquanto no concurso formal próprio adotou-se o sistema de exasperação da pena, pela unidade de desígnios, no concurso formal impróprio aplica-se o sistema do cúmulo material, como se fosse concurso material, diante da diversidade de intuítos do agente (art. 70, §2º). Enfim, o que caracteriza o crime formal é a unidade de conduta, mas o que justifica o tratamento penal mais brando é a unidade do elemento subjetivo que impulsiona a ação.”⁶¹

Por último, o crime continuado, que apesar não ser tão importante ao estudo deste trabalho, importa no sentido da total compreensão do tema do concurso de crimes no ordenamento jurídico brasileiro.

Tem-se o crime continuado quando o agente, por meio de mais de uma conduta, comete mais de um delito da mesma espécie. Contudo, devem os delitos ser “subsequentes, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, ser havidos como continuação do primeiro”.⁶²

⁵⁹ BITENCOURT, 2018. p. 861.

⁶⁰ BITENCOURT, loc. cit.

⁶¹ Ibid., p. 862.

⁶² BITENCOURT, v. 1, 2018. p. 862.

4.4 DO MOMENTO CONSUMATIVO DO DELITO DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA E SEUS DESDOBRAMENTOS

Outro argumento também utilizado para defender a não ocorrência de dupla punição, quando denunciado o agente pelo crime de associação criminosa em concurso material com um crime qualificado/majorado/agravado pelo concurso de pessoas, além da autonomia dos bens jurídicos, é o momento consumativo do delito de associação criminosa, que independe da prática de qualquer outro crime para sua consumação.

É o que se pode auferir do seguinte acórdão, preferido pelo Tribunal Regional Federal da 4^o região:

PENAL E PROCESSUAL. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. CRIME AUTÔNOMO. ROUBO MAJORADO PELO CONCURSO DE PESSOAS. BIS IN IDEM. INEXISTÊNCIA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. [...] 4. **O crime tipificado no artigo 288 do Código Penal se consuma com a mera associação 'para o fim específico de cometer crimes', independentemente da efetiva prática de qualquer delito pelo grupo criminoso. Desse modo, nada impede que seja imputado ao agente o crime de associação mais os delitos que eventualmente venham a ser praticados.** 5. Em face da autonomia das infrações penais, não configura bis in idem a condenação pelo crime de roubo majorado pelo concurso de pessoas juntamente com o delito de associação criminosa. Precedentes. (TRF-4 - HC: 50081642620144040000 5008164-26.2014.404.0000, Relator: SALISE MONTEIRO SANCHOTENE, Data de Julgamento: 03/06/2014, SÉTIMA TURMA, Data de Publicação: D.E. 04/06/2014).⁶³ (grifo nosso)

Pode-se perceber que a argumentação do Relator foi exatamente direcionada ao sentido de que o crime descrito no art. 288, do Código Penal, consuma-se tão somente com a associação com a finalidade específica de cometer crimes, prescindindo da efetiva prática criminosa. Assim, nas palavras do Relator, nada impediria a imputação, ao agente, do crime de associação criminosa conjuntamente com os delitos que venham a ser por ele praticados.

⁶³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4^o região, 7^o turma. *Habeas Corpus* n^o 500816426201440400005008164-26.2014.404.0000. Relator: Salise Monteiro Sanchotene. 2014. Disponível em: <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/122620031/habeas-corpus-hc-50081642620144040000-5008164-2620144040000?ref=serp>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

Pontua especificamente, ainda, que “em face da autonomia das infrações penais, não configura bis in idem a condenação pelo crime de roubo majorado pelo concurso de pessoas juntamente com o delito de associação criminosa”.

Nesta esteira, para um entendimento mais adequado do tema, passa-se a uma análise mais aprofundada sobre o momento consumativo do delito de associação criminosa, com análises doutrinárias a respeito do tema.

Primeiramente, com Damásio de Jesus, considera-se que o legislador puniu, neste tipo, atos preparatórios e, portanto, o crime se consumaria no momento em que os agentes se unem com a finalidade específica de cometer crimes, independentemente da efetiva prática delituosa:

“A quadrilha ou bando consuma-se no momento em que mais de três pessoas se associam para a prática de crimes, ou no momento em que alguém ingressa na associação criminosa antes organizada. [...] A quadrilha ou bando é crime independente dos delitos que venham a ser praticados pela associação. Assim, para a consumação, não é necessário que o bando tenha cometido algum crime. [...] A tentativa é inadmissível, uma vez que o legislador pune atos preparatórios.”⁶⁴

Na mesma esteira segue Magalhães Noronha:

“Consuma-se o delito no momento em que se forma a associação. Trata-se de crime *per se stante*, independendo da prática dos delitos que o bando deseja cometer. É mister evidentemente que certas ações, atos, diligências, enfim, certa atividade demonstre já estar formada a quadrilha, ainda que delito outro não tenha sido cometido por ela. O que se divisa na espécie é um ato preparatório, que a lei erigiu à categoria de crime, em face do relevo do bem jurídico posto em perigo. É o crime permanente: a consumação prolonga-se dependendo da vontade dos agentes. [...] Não cremos possível o delito tentado. Este, como já dissemos, é em si um ato preparatório: associarem-se, reunirem-se, etc., para praticar crimes.”⁶⁵

Contudo, os autores não tocam o cerne deste trabalho, que é exatamente o cúmulo material de punições por um crime associativo genérico e uma agravante/majorante/qualificadora de um concurso eventual.

⁶⁴ JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**: parte especial, v. 3. 15° ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 428-429.

⁶⁵ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**: dos crimes contra a saúde pública e disposições finais, v. 4. 24° ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 95-96.

Que o crime descrito no art. 288, do Código Penal, é autônomo em relação aos delitos praticados pela associação não resta dúvida, devendo os autores serem punidos pelo crime associativo em concurso material com o crime por eles praticados. Entretanto, ressalva-se uma vez mais, não é esta a discussão proposta por esta pesquisa.

Somente nos interessa saber se a qualificadora/majorante/agravante deve continuar sendo considerada para aumento de pena, em função de o agente já estar sendo punido pelo delito associativo.

Não obstante, prossigamos à análise doutrinária a respeito do tema. Rogério Greco segue a mesma linha de raciocínio, endossando a posição de que o delito se consumaria no momento em que se associam os agentes, sem qualquer necessidade de que se pratique algum dos crimes objetivados pela associação criminosa.⁶⁶

Luiz Regis Prado acrescenta alguns detalhes em sua explicação e defende, especificamente, o concurso entre o crime associativo e crime majorado pelo concurso de pessoas, como se pode aduzir do trecho destacado:

“Consuma-se no momento da associação (delito de mera atividade). Como se visualiza, trata-se de delito de perigo abstrato. Não é necessário que a associação criminosa tenha cometido algum crime para que o delito se concretize. A simples associação é suficiente. [...] Outrossim, há que ser observado que o delito de associação criminosa subsiste mesmo que haja incidência do concurso de pessoas no delito em seguida praticado. Ou seja: se os componentes da associação criminosa estão associados com o intuito de praticar roubos e furtos, por exemplo, aplicam-se os artigos 288 e 157, §2º, II, ambos do Código Penal. Isso porque o delito em questão é autônomo, com já frisado anteriormente.”⁶⁷

Desta maneira, defende o autor que, pela autonomia dos delitos em questão (no exemplo um roubo majorado pelo concurso de pessoas em concurso material com o crime de associação criminosa), não há que se falar em *bis in idem*, mas sim

⁶⁶ GRECO, Rogério. **Curso de Direito penal**: parte especial, v. IV. 6º ed. Niterói: Editoria Impetus, 2010. p. 209.

⁶⁷ PRADO, 2015. p. 1203-1204.

da subsistência do delito associativo, conjuntamente com a majorante do concurso de pessoas.

Assim, diante de todo o exposto, percebe-se que grande parte da doutrina não se manifesta sobre o tema desta pesquisa, em específico, mas concordam, em linhas gerais, que o crime de associação criminosa é autônomo em relação à prática de qualquer crime subsequente, consumando-se tão somente com a associação de seus agentes – independe da prática de qualquer outro crime –, sendo plenamente possível a sua punição em concurso material.

4.4 POSSIBILIDADE DO CRIME PLURISSUBJETIVO SER CRIME MEIO DE UM CRIME UNISSUBJETIVO

Ao final das exposições realizadas nesse capítulo, resta a dúvida: seria possível, portanto, que um crime plurissubjetivo – de concurso de pessoas necessário – pudesse servir como meio para a prática de um crime unissubjetivo?

O princípio da consunção poderia ser aplicado aqui?

Evidentemente que não se trata da correta aplicação do princípio da consunção, já que não se referem, a jurisprudência e a doutrina, a integração de um tipo ao outro, mas apenas de eventual afastamento de uma qualificadora/agravante/majorante.

Weber, quando estuda o furto e o roubo no direito e processo penal, conclui que:

“A associação de quatro ou mais pessoas para a prática de crimes, indeterminadamente, não é imprescindível, não é meio necessário à prática de roubo em concurso de agentes.”⁶⁸

Por isso, um grande argumento utilizado na defesa da não ocorrência da dupla punição é o de que, para o crime de associação criminosa, o concurso é necessário e se consuma independentemente da prática de qualquer outro crime. Não

⁶⁸ BATISTA, Weber Martins. **O furto e o roubo no direito e processo penal**, 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 365.

necessariamente todos os integrantes da associação criminosa irão praticar crimes que dela derivem.

Esse sentido argumentativo remonta, portanto, a ideia de que o crime de associação criminosa é totalmente independente de qualquer outro crime praticado pelos “associados” dessa associação criminosa: o fato de dois deles ou mais se reunirem, para além da associação criminosa, cometerem outros crimes, isso em nada se relaciona com o crime anterior (288, CP).

Como exemplo, pode-se citar uma associação criminosa que é composta por 15 sujeitos. Certa monta, um integrante dessa associação resolve praticar um crime de roubo, juntamente com outros 3 colegas – que não integram a associação criminosa. Assim, percebe-se que o crime do art. 288, do CP, ora praticado por apenas um dos agentes que praticaram o roubo qualificado pelo concurso de agentes, nada tem a ver com qualquer outro crime que venha a ser praticado.

Dessa maneira, não há que se falar na possibilidade de um crime plurissubjetivo ser meio para a prática de um crime unissubjetivo – no caso em análise, um nada teria a ver com o outro.

Esse argumento pode ficar um pouco mais criticável quando se mostra uma situação em que 3 participantes de uma associação criminosa praticam, conjuntamente, um crime de roubo (qualificado pelo concurso de agentes, portanto). Quando esse cenário é formado – de identificação entre os agentes da associação criminosa e da prática do crime subsequente em concurso – fica mais difícil conceber a inexistência do *bis in idem*.

Contudo, o tema é muito pouco abordado na doutrina e, quando feito, o é de maneira muito superficial e carente de qualquer tipo de aprofundamento com esse realizado por esta pesquisa.

5 QUALIFICADORA, MAJORANTE OU AGRAVANTE DO CONCURSO DE PESSOAS COMO INTEGRANTE DO FATO TÍPICO DO CRIME DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA

A principal corrente jurisprudencial que defende a ocorrência da dupla punição em casos majorados, qualificados ou agravados pelo concurso de pessoas em concurso material com o crime de associação criminosa embasa sua posição no argumento de que a qualificadora/majorante/agravante constituiria elementar do crime de associação criminosa, descrito no art. 288, do Código Penal.

Desta forma, considerando o acréscimo de pena decorrente da causa especial de aumento como uma elementar do crime associativo, o concurso material restaria impossível sem a ocorrência do *bis in idem*.

Contudo, salienta-se que esta posição jurisprudencial, apesar de constituir grande massa em juízos de primeira e segunda instância, não é acompanhada pelos Tribunais Superiores brasileiros.

Apenas alguns julgados, de décadas atrás, foram encontrados nesse mesmo viés no Supremo Tribunal Federal.

Passa-se, portanto, à análise de alguns destes julgados, para entendimento deste posicionamento jurisprudencial.

5.1 JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A FAVOR OCORRÊNCIA DO *BIS IN IDEM*

Inicialmente, interessante citarmos este julgado do Supremo Tribunal Federal, datado de 1984 – antes da promulgação da Constituição de 1988, portanto – que, naturalmente, tenderia a resguardar um garantismo mais discreto. Apesar disto, foi diferente o posicionamento desta jurisprudência:

HABEAS CORPUS. RÉU CONDENADO A VINTE E TRES ANOS DE RECLUSÃO, POR INFRAÇÃO AO ART-157, PAR-2., I E II, TRES VEZES, COMBINADO COM O ART-51, PAR-1., E AO ART-288, PARÁGRAFO ÚNICO, TODOS DO CÓDIGO PENAL, EM CONCURSO MATERIAL. NÃO É POSSIVEL A CONDENAÇÃO POR CRIME DE ROUBO QUALIFICADO PELO EMPREGO DE ARMA E POR SE PERPETRAR COM O CONCURSO DE DUAS OU MAIS PESSOAS (CP, ART-157, PAR-2., I E II), NO CASO CONCRETO, EM QUE O PACIENTE FOI CONDENADO, TAMBÉM, EM CONCURSO MATERIAL (CP, ART-51) POR CRIME DE QUADRILHA, NA

FORMA QUALIFICADA (CP, ART-288, PARÁGRAFO ÚNICO). **AS QUALIFICADORAS DO ROUBO, ASSIM CONSIDERADAS, CONSTITUEM ELEMENTARES DO CRIME DE QUADRILHA, NA FORMA QUALIFICADA.** CONDENADO, PELOS CRIMES DE ROUBO E QUADRILHA, EM CONCURSO MATERIAL, CUMPRE, DESSA MANEIRA, NÃO ACRESCER, EM CADA DELITO DE ROUBO (CP, ART-157) O AUMENTO DE METADE REFERENTE A DUPLA QUALIFICAÇÃO, COMO FEZ O ACÓRDÃO. RECONHECIDA, OUTROSSIM, A PRÁTICA DOS TRES CRIMES DE ACRÉSCIMO DE UM SEXTO, POR CONCURSO FORMAL, "UT" ART-51, PAR-1., DO CÓDIGO PENAL. HABEAS CORPUS DEFERIDO, PARA REDUZIR O TOTAL DA PENA DE VINTE E TRES ANOS PARA QUATORZE ANOS E OITO MESES DE RECLUSÃO, OU SEJA, MANTIDA A PENA-BASE DE QUATRO ANOS E DOIS MESES, ESTABELECIDNA NA SENTENÇA (CP, ART-157), PARA CADA UM DOS CRIMES DE ROUBO, EM CONCURSO MATERIAL (CP, ART-51), TOTALIZANDO DOZE ANOS E SEIS MESES DE RECLUSÃO, A ESSA PENA ACRESCENDO, AINDA, A SANÇÃO DE DOIS ANOS E DOIS MESES, FIXADA NA SENTENÇA, PARA O DELITO DE QUADRILHA, NA FORMA QUALIFICADA (CP, ART-288, PARÁGRAFO ÚNICO). (STF - HC: 61858 RJ, Relator: Min. NÉRI DA SILVEIRA, Data de Julgamento: 31/08/1984, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 08-11-1984 PP-18766 EMENT VOL-01357-01 PP-00160).⁶⁹ (grifo nosso)

Nos moldes deste julgado, a aplicação de pena ideal seria a punição pelo tipo penal de associação criminosa, em concurso material com a pena do *caput* do crime subsequente, sem o aumento de pena decorrente da qualificadora do concurso de pessoas.

Cumprе salientar que os Tribunais que defendem a ocorrência do *bis in idem* são, sobremaneira, os de segundo grau, seja na Justiça Estadual ou na Justiça Federal. O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal consagraram posição jurisprudencial díspar, conforme já demonstrado por esta pesquisa.

5.2 JULGADOS DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA E TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS FAVORÁVEIS À OCORRÊNCIA DO *BIS IN IDEM*

Com datas mais recentes, passa-se agora à análise dos julgados proferidos em primeira e segunda instância, militantes do entendimento da ocorrência do *bis in idem* quando do aumento de pena em decorrência de crime qualificado/majorado/agravado

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 1º turma. *Habeas Corpus* nº 61858. Relator: Min. Néri da Silveira, 1984. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14683502/habeas-corporus-hc-61858-rj?ref=serp>>. Acesso em 15 ago. 2018.

pelo concurso de agentes, em concurso material com o crime de associação criminosa.

Vale o destaque do seguinte julgado, proferido pelo Tribunal Regional Federal da primeira região, em 2005:

PROCESSO PENAL. PENAL CERCEAMENTO DE DEFESA. EXCESSO DE PRAZO. INTERROGATÓRIO SOB TORTURA. CRIME DE ROUBO. PROVA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. QUALIFICADORAS. EXASPERAÇÃO DA PENA. **QUALIFICADORA DO CONCURSO DE AGENTES E O CRIME DE QUADRILHA OU BANDO.** [...] 7. **Se há concurso material com o crime de bando ou quadrilha (art. 288 do CP), não se aplica a qualificadora do concurso de agentes (inciso II do § 2º do art. 157 do CP: "A pena aumenta-se de um terço até metade: II - se há o concurso de duas ou mais pessoas").** 8. Provimento parcial da apelação do acusado para reduzir a pena de 19 (dezenove) anos para 9 (nove) anos e 10 (dez) meses de reclusão. (TRF-1 - ACR: 4933 PA 2002.39.00.004933-1, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, Data de Julgamento: 12/04/2005, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: 29/04/2005 DJ p.15).⁷⁰(grifo nosso)

Nota-se, deste modo, que a posição do Relator foi a de não aplicação da qualificadora do concurso de agentes (art. 157, §2º, II, do CP) considerando haver concurso material com o crime de associação criminosa (antigo quadrilha ou bando), descrito no art. 288, do Código Penal.

No mesmo sentido seguem os julgados do Tribunal de Justiça do estado do Mato Grosso do Sul, com publicações datadas de 2002 e 2003:

APELAÇÃO CRIMINAL - QUADRILHA OU BANDO ARMADO - FALTA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO - PROVAS SUFICIENTES - DEMONSTRAÇÃO DO CARÁTER PERMANENTE DA ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA - CONDENAÇÃO MANTIDA - PENA - REDUÇÃO - **CONCURSO DE CRIMES - QUADRILHA ARMADA E ROUBO COM CONCURSO DE AGENTES E EMPREGO DE ARMA - BIS IN IDEM EM RELAÇÃO AS QUALIFICADORAS REFERENTES AO ROUBO - INTEGRAÇÃO AO FATO TÍPICO DO DELITO DE QUADRILHA OU BANDO - QUALIFICADORAS AFASTADAS** - ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA - CONFISSÃO DEVIDA À PRISÃO EM FLAGRANTE - AUSÊNCIA DE ESPONTANEIDADE - NÃO-OCORRÊNCIA - ERRO MATERIAL NA FIXAÇÃO DA PENA - VERIFICADO DE OFÍCIO - EXTENSÃO PREVISTA PELO ART. 580 DO CP - RETIFICAÇÃO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJ-MS - ACR: 5054 MS 2002.005054-7, Relator: Des. João Carlos Brandes Garcia, Data de

⁷⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1º Região, 3º turma. Apelação Criminal nº 4933 PA 2002.39.00.004933-1. Relator: Des. Fed. Tourinho Neto, 2005. Disponível em: <<https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2244970/apelacao-criminal-acr-4933-pa-20023900004933-1?ref=serp>>. Acesso em 20 ago. 2018.

Julgamento: 27/11/2002, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: 06/02/2003).⁷¹ (grifo nosso)

APELAÇÃO CRIMINAL - QUADRILHA OU BANDO ARMADO - ALEGAÇÃO DE FALTA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO - PROVAS SUFICIENTES - DEMONSTRAÇÃO DO CARÁTER PERMANENTE DA ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA - CONDENAÇÃO MANTIDA - **PENA - REDUÇÃO - CONCURSO DE CRIMES - QUADRILHA ARMADA E ROUBO COM CONCURSO DE AGENTES E EMPREGO DE ARMA - BIS IN IDEM EM RELAÇÃO ÀS QUALIFICADORAS REFERENTES AO ROUBO - INTEGRAÇÃO AO FATO TÍPICO DO DELITO DE QUADRILHA OU BANDO - QUALIFICADORAS AFASTADAS** - [...] RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJ-MS - ACR: 4860 MS 2002.004860-7, Relator: Des. João Carlos Brandes Garcia, Data de Julgamento: 23/10/2002, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: 11/11/2002).⁷² (grifo nosso)

Importante salientar o uso específico da expressão “*bis in idem* em relação as qualificadoras referentes ao roubo – integração ao fato típico do delito de quadrilha ou bando”. Assim, fica evidente a posição adotada pelo Tribunal neste julgado, com específica menção à ocorrência do *bis in idem*.

Destaca-se, ainda, julgado do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, datado de 1998:

PENAL. ROUBO PRATICADO POR QUADRILHA CONTRA A CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. CO-AUTOR QUE SE EVADIU COM PARTE DO PRODUTO DO ROUBO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA ROUBO TENTADO COM RELAÇÃO AOS DEMAIS: IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE DELITIVA COMPROVADA. FORMAÇÃO DE QUADRILHA CONFIGURADA. PERMANÊNCIA, ESTABILIDADE E ORGANIZAÇÃO DO BANDO. DEPOIMENTO DE POLICIAIS: VALIDADE. CONDENAÇÕES MANTIDAS. DOSIMETRIA DA PENA: RÉUS PRIMÁRIOS. BONS ANTECEDENTES. REDUÇÃO DA PENA-BASE. **CUMULAÇÃO DA QUALIFICADORA DO CONCURSO DE AGENTES (ART., 157, PAR.2, II DO C.P.) COM CONDENAÇÃO POR CRIME DE QUADRILHA: INCOMPATIBILIDADE: "BIS IN IDEM". ABSORÇÃO DA QUALIFICADORA EXCLUSÃO.** ROUBO QUALIFICADO PELO USO DE ARMAS EM CONCURSO MATERIAL COM QUADRILHA ARMADA: ADMISSIBILIDADE. APELAÇÕES PARCIALMENTE PROVIDAS. [...] VII- **CONSTITUI-SE INADMISSÍVEL "BIS IN IDEM" A EXACERBAÇÃO DA PENA PELA CONSIDERAÇÃO DA QUALIFICADORA DO CRIME DE ROUBO EM CONCURSO DE AGENTES, CUMULADO COM A CONDENAÇÃO POR CRIME DE QUADRILHA, VISTO QUE DITA**

⁷¹ MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do estado do Mato Grosso do Sul, 2º turma criminal. Apelação Criminal nº 5054 MS 2002.005054-7. Relator: Des. João Carlos Brandes Garcia, 2003. Disponível em: <<https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3700656/apelacao-criminal-acr-5054>>. Acesso em 17 ago. 2018.

⁷² MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do estado do Mato Grosso do Sul, 2º turma criminal. Apelação criminal nº 4860 MS 2002.004860-7. Relator: Des. João Carlos Brandes Garcia, 2002. Disponível em: <<https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5750948/apelacao-criminal-apr-4860-ms-2002004860-7?ref=serp>>. Acesso em 22 ago. 2018.

QUALIFICADORA INTEGRAL O TIPO PENAL AUTÔNOMO (ARTIGO 288 DO C.P. - QUADRILHA OU BANDO), DE CONCURSO NECESSÁRIO, QUANDO QUALIFICADO PELA PERMANÊNCIA, ESTABILIDADE E ASSOCIAÇÃO DE MAIS DE TRÊS PESSOAS, DEVENDO POIS ABSORVER A QUALIFICADORA. REDUZIDA A MAJORAÇÃO DA PENA, PELA EXCLUSÃO DA MESMA. [...] IX- APELAÇÕES A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO, PARA REDUZIR AS PENAS DOS APELANTES ALEXANDRE E CARLOS EDUARDO PARA 08 (OITO) ANOS DE RECLUSÃO E 15 (QUINZE) DIAS-MULTA. (TRF-3 - ACR: 76195 SP 98.03.076195-1, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL THEOTONIO COSTA, Data de Julgamento: 24/11/1998, PRIMEIRA TURMA).⁷³ (grifo nosso)

Neste outro julgado, o Relator afasta, de ofício, o aumento de pena decorrente das qualificadoras:

APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA - SENTENÇA CONDENATÓRIA - RECURSO DEFENSIVO - PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO - MATERIALIDADE COMPROVADA - AUTORIA - NEGATIVA PELO RÉU - DELAÇÃO DOS CO-RÉUS - AMPARO NO DEPOIMENTO DO DELEGADO DE POLÍCIA CIVIL - PROVA SUFICIENTE - CONDENAÇÃO MANTIDA - PENA - REDUÇÃO DE OFÍCIO - CONCURSO DE CRIMES - QUADRILHA ARMADA E ROUBO COM CONCURSO DE AGENTES E EMPREGO DE ARMA - BIS IN IDEM EM RELAÇÃO ÀS QUALIFICADORAS REFERENTES AO ROUBO - INTEGRAÇÃO AO FATO TÍPICO DO DELITO DE QUADRILHA OU BANDO - QUALIFICADORAS AFASTADAS - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJ-MS - ACR: 2947 MS 2005.002947-6, Relator: Des. José Augusto de Souza, Data de Julgamento: 08/06/2005, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: 30/06/2005).⁷⁴ (grifo nosso)

Percebe-se, assim, pelo afastamento de ofício, que a matéria é de suma importância – apesar de muitas vezes ser negligenciada, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência.

Imperioso destacar que, apesar de somente os Tribunais de segundo grau de jurisdição defenderem, atualmente, a ocorrência do *bis in idem*, esta é uma corrente que encontra um grande número de julgados a seu favor, não se mostrando algo discrepante do dia a dia forense.

⁷³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 1ª turma. Apelação Criminal nº 76195 SP 98.03.076195-1. Relator: Des. Fed. Theotonio Costa, 1998. Disponível em: <<https://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17657048/apelacao-criminal-acr-76195-sp-9803076195-1-trf3>>. Acesso em 06 set. 2018.

⁷⁴ MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do estado do Mato Grosso do Sul, 2ª turma criminal. Apelação Criminal nº 2947 MS 2005.002947-6. Relator: Des. José Augusto de Souza, 2005. Disponível em: <<https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3965947/apelacao-criminal-acr-2947?ref=serp>>. Acesso em 12 ago. 2018.

5.3 ANÁLISE DOUTRINÁRIA: AUTORES QUE COMPARTILHAM DA ARGUMENTAÇÃO DAS JURISPRUDÊNCIAS APRESENTADAS

Primeiramente, cita-se o autor Rogério Greco, que em seu Curso de Direito Penal guarda um subcapítulo inteiro ao tema, e defende a ideia da ocorrência do *bis in idem*. Pontua que a questão é controvertida, mas salienta que por mais que os bens jurídicos sejam distintos, o concurso de pessoas acaba sendo utilizado, duas vezes, à punição dos agentes:

“A questão é controvertida. Parte de nossos autores entende perfeitamente possível o raciocínio do concurso de crimes sem que haja a necessidade de ser afastada a qualificadora ou majorante, não entendendo pelo *bis in idem*, em virtude do fato de que as infrações penais cuidam de bens jurídicos diversos. [...]

Apesar da indiscutível autoridade do renomado autor [Weber Martins Batista] sobre o tema em estudo, ousamos dele discordar, pois **não conseguimos deixar de visualizar, por mais que tentemos focar a questão sob outros aspectos, que a reunião de pessoas estará servindo, duas vezes, à punição dos agentes**, razão pela qual, mesmo havendo a possibilidade de, no caso concreto, até receberem penas menores, situação não incomum no Código Penal, não podemos tolerar o *bis in idem*. Sendo assim, **somos partidários da segunda posição, que não permite o concurso entre o crime de quadrilha ou bando com qualquer outra infração penal em que o concurso de pessoas é utilizado como qualificadora ou majorante.**”⁷⁵
(grifo nosso)

Desta maneira, fica clara a posição do autor, que repudia qualquer grau de dupla punição, independentemente da diferenciação entre os bens jurídicos tutelados pelos tipos penais.

No mesmo sentido segue a posição doutrinária de Delmanto que, quando da análise das circunstâncias do crime de roubo, em especial o concurso de pessoas, assim dispõe:

“Concurso com quadrilha: Em sede de roubo, não se aplica a qualificadora se há punição pelo art. 288 do CP (quadrilha ou bando) (TRF da 1ª R., Ap. 22.273, DJU 18.5.95, p. 30054, in RBCCr 12/288; STJ, RT 767/553).”⁷⁶

Desta maneira, podemos observar que o autor, notadamente, classifica a aplicação da qualificadora em concurso com o crime descrito no art. 288, do CP, como

⁷⁵ GRECO, 2010. p. 214-215.

⁷⁶ DELMANTO, Celso; et al. **Código Penal Comentado**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010. p.576.

uma dupla punição, vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro e, portanto, impossível de ser cogitada nesse tipo de situação.

Resta consignada, assim, a presença de opiniões doutrinárias que defendem a impossibilidade de se condenar o Réu, duplamente, pelo fato de atuar em concurso de agentes *lato sensu* – tanto no crime unissubjetivo quanto no crime plurissubjetivo de associação criminosa.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento dessa pesquisa se voltou à análise dos principais argumentos defendidos pela jurisprudência e doutrina, para justificar a observância ou a inobservância do princípio do *ne bis in idem*.

Três foram os principais argumentos encontrados para a defesa da inoccorrência do fenômeno da dupla punição: a distinção entre os bens jurídicos tutelados pelo crime qualificado/majorado/agravado pelo concurso de agentes e pelo crime associativo genérico, descrito no art. 288, do Código Penal; o fato de que o crime de associação criminosa se consumaria independentemente da prática de um crime subsequente, o que embasaria a dupla condenação, independentemente do crime posterior ter sido praticado em concurso de pessoas ou não; o fato de um crime ser plurissubjetivo (associação criminosa) e o outro ser unissubjetivo (como, por exemplo, o roubo qualificado pelo concurso de pessoas) e que, por isso, deveria esta última classificação ser punida mais severamente quando praticada em concurso de pessoas, independentemente do crime associativo genérico.

A base argumentativa dos defensores da ocorrência do *bis in idem* reside no fato de que a majorante/qualificadora/agravante do concurso de pessoas faria parte da elementar do tipo penal de associação criminosa e, justamente por isso, ocorreria a dupla punição pelo mesmo ato, qual seja a união de esforços para a prática criminosa – tanto no delito de associação genérica, que pune exatamente a junção de esforços com fim de praticar crimes, quanto em um crime unissubjetivo em que se acresce a pena pelo concurso de pessoas, que estaria aumentando sua pena pelo fato, novamente, de se praticar um crime com a junção de esforços de agentes.

Pôde-se observar que a doutrina majoritária, assim como a jurisprudência dominante, discorre no sentido de que não há violação ao princípio do *ne bis in idem* quando um agente é condenado por um crime qualificado/majorado/agravado pelo concurso de agentes em concurso material com o crime de associação criminosa, descrito no art. 288, do Código Penal.

A jurisprudência que defende a ocorrência do *bis in idem* vem, na grande maioria, dos Tribunais de segunda instância – destoando do entendimento firmado pelos Tribunais Superiores.

Cumpra salientar que, após exaustiva pesquisa, somente foram encontrados julgados dos Tribunais Superiores, datados de mais de 40 (quarenta) anos atrás, que fossem contrários à condenação conjunta de crime que tem sua pena aumentada em favor do concurso de crimes e do crime de associação criminosa – datados de antes da promulgação da Constituição de 1988, portanto.

Destaca-se que, apesar de não ter sido o objeto específico deste trabalho (exclusivamente para fins de maior delimitação do objeto a ser estudado), a maioria das pesquisas e conclusões aqui realizadas podem ser aplicadas, também, ao crime de organização criminosa, descrito no art. 1º, §1º, da Lei 12.850/2013⁷⁷.

⁷⁷ BRASIL. **Lei 12.850/13**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Art. 1º, §1º: “Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em 04 set. 2018.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Weber Martins. **O Furto e o Roubo no Direito e Processo Penal**, 2° ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 9° ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Tratado de Direito Penal**: parte geral, v.1, 24° ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____. **Tratado de Direito Penal**: parte especial. v.3, 14° ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____. **Tratado de Direito Penal**: parte especial, v.4, 12° ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 1° ed. São Paulo: EDIPRO, 2011.

BRASIL. Decreto n° 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto/D0678.htm>. Acesso em 22 ago. 2018.

BRASIL. Decreto n° 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em 06 set. 2018.

BRASIL. Decreto n° 5.919, de 3 de outubro de 2006. Promulga a Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior, concluída em Manágua, em 9 de junho de 1993, com reserva à primeira parte do parágrafo 2° do Artigo VII, relativa à redução dos períodos de prisão ou de cumprimento alternativo da pena. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5919.htm>. Acesso em 06 set. 2018.

BRASIL. Decreto n° 6.340, de 3 de janeiro de 2008. Promulga a Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal, assinada em Nassau, em 23 de maio de 1992, e seu Protocolo Facultativo, assinado em Manágua, em 11 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6340.htm>. Acesso em 06 set. 2018.

BRASIL. **Decreto Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 20 ago. 2018.

BRASIL. **Lei 12.850/13**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n° 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em 04 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n° 19. É inadmissível segunda punição de servidor público baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_001_100>. Acesso em: 03 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 1° turma. *Habeas Corpus* n° 61858. Relator: Min. Néri da Silveira, 1984. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14683502/habeas-corpus-hc-61858-rj?ref=serp>>. Acesso em 15 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2° turma. *Habeas Corpus* n° 113413. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 2012. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22639814/habeas-corpus-hc-113413-sp-stf/inteiro-teor-110891518?ref=serp>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1° Região, 3° turma. Apelação Criminal n° 4933 PA 2002.39.00.004933-1. Relator: Des. Fed. Tourinho Neto, 2005. Disponível em: <<https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2244970/apelacao-criminal-acr-4933-pa-20023900004933-1?ref=serp>>. Acesso em 20 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3° Região, 1° turma. Apelação Criminal n° 76195 SP 98.03.076195-1. Relator: Des. Fed. Theotônio Costa, 1998. Disponível em: <<https://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17657048/apelacao-criminal-acr-76195-sp-9803076195-1-trf3>>. Acesso em 06 set. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4° região, 7° turma. *Habeas Corpus* n° 500816426201440400005008164-26.2014.404.0000. Relator: Salise Monteiro Sanchotene, 2014. Disponível em: <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/122620031/habeas-corpus-hc-50081642620144040000-5008164-2620144040000?ref=serp>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 6° turma. *Habeas Corpus* n° 302660. Relator: Min. Sebastião Reais Júnior, 201. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/453934000/habeas-corpus-hc-302660-mg-2014-0217446-5?ref=serp>>. Acesso em: 24 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 6° turma. *Habeas Corpus* n° 288929. Relator: Ministro Ericson Marinho, 2015. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/184831086/habeas-corpus-hc-288929-sp-2014-0036510-4>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

BUSATO, Paulo César. **Fundamentos do Direito Penal brasileiro**. 3° ed. Curitiba: [S.n.], 2012.

DELMANTO, Celso; et al. **Código Penal Comentado**. 9° ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**, parte geral, v. I. 2° ed. Portugal: Coimbra, 2007.

GALVÃO, Fernando. **Direito penal**, parte geral. 5° ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial, v.IV, 6° ed. Niterói: Impetus, 2010.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**, parte geral, v. 1. 25° ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Direito Penal**: parte especial, v. 3. 15° ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**: da infração penal, v. II. 1° ed. Campinas: Bookseller, 1997.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do estado do Mato Grosso do Sul, 2° turma criminal. Apelação criminal nº 4860 MS 2002.004860-7. Relator: Des. João Carlos Brandes Garcia, 2002. Disponível em: <<https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5750948/apelacao-criminal-apr-4860-ms-2002004860-7?ref=serp>>. Acesso em 22 ago. 2018.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do estado do Mato Grosso do Sul, 2° turma criminal. Apelação Criminal nº 5054 MS 2002.005054-7. Relator: Des. João Carlos Brandes Garcia, 2003. Disponível em: <<https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3700656/apelacao-criminal-acr-5054>>. Acesso em 17 ago. 2018.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do estado do Mato Grosso do Sul, 2° turma criminal. Apelação Criminal nº 2947 MS 2005.002947-6. Relator: Des. José Augusto de Souza, 2005. Disponível em: <<https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3965947/apelacao-criminal-acr-2947?ref=serp>>. Acesso em 12 ago. 2018.

MAURACH, Reinhart; GOSSEL, Karl Heinz; ZIPF Heinz. **Derecho penal**: parte general, v. 2. 7° ed. Buenos Aires: 1995.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**: parte geral, arts. 1° a 120 do CP, v. 1, 24° ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**: dos crimes contra a saúde pública e disposições finais, v. 4. 24° ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

PACELLI, Eugênio, CALLEGARI, André. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 4° ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, parte geral: arts. 1.° a 120. 8° ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Curso de Direito Penal brasileiro**: parte geral e parte especial. 14° ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Curso de Direito Penal brasileiro**, parte geral, v. 1. 15° ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017

SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza e. ***Ne bis in idem***: limites jurídicos-constitucionais à persecução penal. 237 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Área de Concentração em Constituição e Garantia em Direitos, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2006.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5° ed. São Paulo: Saraiva, 1994.