

2. DOUTRINA NACIONAL

2.1

CONCURSO APARENTE DE NORMAS PENAIS

ANDREI ZENKNER SCHMIDT

SUMÁRIO: 1. O tipo penal subjetivo – 2. A separação entre direito e moral – 3. Concurso aparente de tipos penais e de tipicidades – 4. Origens – 5. Da necessidade de regulamentação legal – 6. Topologia – 7. Fundamento – 8. Princípios: 8.1 Princípio da especialidade: 8.1.1 Especialidade expressa e tácita; 8.1.2 Especialidade em tipos penais permissivos; 8.1.3 Especialidade em causas de aumento ou de diminuição de pena; 8.1.4 Requisitos para a incidência do tipo penal especial; 8.1.5 Fatores irrelevantes à incidência do princípio da especialidade; 8.1.6 Casuística; 8.2 Princípio da consunção: 8.2.1 Conceito; 8.2.2 Pressupostos da consunção total; 8.2.3 Pressupostos da consunção parcial; 8.2.4 A consunção *de lege lata* e *de lege ferenda* – 9. Princípio da subsidiariedade: 9.1 O princípio da subsidiariedade na doutrina; 9.2 A subsidiariedade como resquício da teoria causal-naturalista – 10. Crime progressivo e progressão criminosa: 10.1 Diferenciação; 10.2 O crime progressivo, a progressão criminosa, a subsidiariedade e a consunção – 11. Conclusões – Bibliografia.

Resumo: Dada a inexistência de consenso quanto ao conteúdo dos princípios que regulam o concurso aparente de normas, propomos o seguinte sistema: a) o princípio da especialidade, garantia contra o *bis in idem*, situa-se no plano abstrato (tipos penais), e sua incidência independe de previsão legal, visto que se refere a critérios de “verdadeiro” ou “falso”; b) o princípio da consunção, garantia da *proporcionalidade da pena*, verifica-se *in concreto* (tipicidade), e sua incidência, apesar de prescindir de previsão legal, mereceria tratamento expresso, visto referir-se a critérios de “justo” ou “injusto” na adequação típica da conduta. Neste caso, sendo os delitos praticados contra vítimas diversas, a absorção seria parcial; sendo idênticas as vítimas, a absorção seria total.

Palavras-chave: Concurso – Normas – Consunção – Requisitos – Vítimas – Absorção.

1. O tipo penal subjetivo

Uma vez constatadas as falhas do sistema causal-naturalista de Von Liszt, verificou-se a necessidade da análise do tipo penal de forma diversa. Passou-se a perceber a impossibilidade de enquadramento de uma conduta humana em um tipo penal sem que se examine o desiderato do sujeito ativo, isto é, um tipo penal não só se analisa sob o fato praticado, senão também de acordo com o elemento subjetivo do agente. Assim, por exemplo, é impossível afirmar-se que a conduta de alguém que desfere disparos de arma de fogo enquadre-se, por si só, no tipo penal do homicídio, pois que

a intenção do agente pode ter sido só a de causar um perigo, ou só a de lesionar.

Tais peculiaridades foram percebidas por Hans Welzel. Para ele, a ação é uma realidade ordenada, um contexto ôntico definido que a configura. Ao apreender a essência dos atos do querer e do conhecimento do homem – postos como objetivas realidades, na posição de objetos do conhecimento – verifica-se que o conhecer e o querer humanos se voltavam sempre para uma meta; visam um objetivo. O conhecimento é conhecimento de algo, posto ante o sujeito. O querer é querer algo posto como fim do sujeito. A característica ontológica, portanto, do conhecer e do querer humanos está nesta “intencionalidade”, isto é, nesta “finalidade”, que é sempre, por força da normação ôntica, visada pelo agente. A ação, portanto, como decorrência desta estrutura ontológica, é sempre, enquanto autenticamente humana, “exercício da atividade final”.¹ Portanto, a vontade do agente que age, segundo concebe a teoria finalista, se insere, como bem acentuou Dario Santamaria, no processo causal, “não apenas como fator que modifica a realidade, mas sobretudo como fator que, conscientemente, a forma”. O fim querido pelo agente – por força da estrutura mental do homem que lhe possibilita prever, dentro de certos limites, as conseqüências do seu agir – o orienta no sentido de ordenar o processo causal para a concreção do objetivo colimado. A finalidade, por ser “vidente”, sustém e dirige, portanto, a “cega” causalidade de modo a que a sucessão do acontecer dos fatos seja concatenada e ordenada no sentido do fim proposto. A ação humana, pois, é ontologicamente finalista.²

O *tatbestand*, como imperativo lógico das premissas filosóficas postas por Hans Welzel e seus epígonos, é uma mera descrição da realidade ordenada e valorada da ação humana. Sendo esta regida e formada pela vontade finalista, isto é, pelo conteúdo do querer do agente, evidente é que o tipo, por consistir na conceituação da conduta, inclui, como dado basilar, o conteúdo da vontade. O fim, isto é, o realmente querido pelo agente, passa a integrar a estrutura do tipo penal. Vale dizer: o dolo, e também a culpa, constituem dados do contexto do tipo penal, que, com esse conteúdo, está longe de ser o tipo meramente objetivo e não valorativo de Ernst von Beling, para, completando o processo de subjetivação – iniciado pela descoberta dos elementos subjetivos da antijuridicidade, poucos anos depois do aparecimento de *Die Lehre von Verbrechen* do antigo Mestre de Munich, em 1906 – se apresentar com nuances objetivas e subjetivas.³

É bem verdade que o finalismo de Hans Welzel tem-se demonstrado falho em relação a alguns aspectos. Claus Roxin criticou, com propriedade, a afirmativa de Hans Welzel no sentido de que o legislador está vinculado às leis

(1) Hans Welzel. *Derecho penal – Parte general*. 1956. p. 40 et seq.

(2) Cf., por todos: Luiz Luisi. *O tipo penal, a teoria finalista da ação e a nova legislação penal*. 1987. p. 39 e 40.

(3) Idem, p. 42.

da natureza física, e, dessa forma, a estrutura ontológica da ação teria existência prévia a qualquer valoração e regulação. Para o precursor do finalismo, o legislador não pode alterar a estrutura da atividade final do homem ou a função que o dolo nela desempenha, pois se a pretende submeter a uma disciplina normativa, tem de vincular a sua regulação a tal estrutura, já que, do contrário, malogra o objetivo da regulação.⁴ Ao contrário, para Roxin, o legislador é completamente livre nas suas regulações e construções conceituais, nada impedindo entenda ele o dolo no sentido jurídico apenas como *dolus malus*, por exemplo.⁵ Ao contrário do nexo-causal, esse sim preexistente e vinculante da atividade do legislador, o dolo não possui uma realidade natural ontológica e verdadeira. Por outras palavras: a finalidade só faz parte da conduta por opção legislativa. Com isso, nada impede atrelarmos a finalidade à atuação com conhecimento da ilicitude.

Dessa forma, os argumentos de Roxin vão de encontro à separação do dolo, elaborada por Welzel: o dolo psicológico – finalidade da conduta –, situado na tipicidade, e o dolo normativo – consciência da ilicitude da conduta –, localizado na culpabilidade. Para aquele autor, deve o *dolus malus* (psicológico e normativo) ser tratado pelo legislador como um todo uniforme, dentro da tipicidade, como forma de adequação ao desvalor ético-social das condutas criminosas.⁶

Pode-se perceber, dessarte, os encontros e desencontros do finalismo e da concepção social da ação. Divergem em relação à localização da consciência da ilicitude: para Welzel, na culpabilidade; para Roxin, na tipicidade. Comungam, entretanto, da necessidade de a finalidade (pré-jurídica, para Welzel; jurídica, para Roxin) ser abordada dentro da tipicidade.⁷

Não há como se afastar, assim, da necessária análise do elemento subjetivo do agente, quando da realização de sua conduta, para que se possa enquadrá-la no correto tipo penal. Em outras palavras: uma realidade inafastável é a congruência de duas tipicidades: uma objetiva e outra subjetiva. Só se pode afirmar ser típico um determinado fato quando ambas estiverem presentes. E é uma decorrência da filosofia iluminista, da separação entre direito e moral,

(4) *Naturrecht und materiale gerechtigkeit*, p. 197, apud Claus Roxin. *Problemas fundamentais de direito penal*, 1998. p. 94 e 95.

(5) Op. cit., p. 100.

(6) Op. cit., p. 103 e 104.

(7) “Deve renunciar-se a um conceito ontológico de acção final repleto de conteúdo, e ‘independente de qualquer relação com o direito’, como constituindo a base do sistema de direito penal, porque tal conceito não existe nem pode existir. Não cabe todavia retirar a finalidade da tipicidade, pois se prescindirmos das circunstâncias do facto, o máximo que poderemos afirmar é que as acções no sentido dos crimes comissivos devem ser dirigidos para uma qualquer meta”. Claus Roxin, op. cit., p. 126.

ou dos critérios de verdadeiro/falso e justo/injusto, que também a concreção de uma conduta ao tipo penal possa ser analisada em dois aspectos: de um lado, no *plano do dever ser*, verificado nas abstrações descritas pelo legislador como normas penais, originando tipos penais objetivos e tipos penais subjetivos; por outro lado, no *plano do ser*, ou seja, pela análise do enquadramento ou não da situação fática a um tipo penal, surgindo, caso afirmativa a resposta, o fenômeno da tipicidade, que, assim como o tipo penal, também há que ser objetiva e subjetiva.

2. A separação entre direito e moral

Sem adentrarmos na procedência ou não dos fundamentos criminológicos do *Garantismo Penal*, elaborado contemporaneamente por Luigi Ferrajoli,⁸ impõe-se uma breve síntese das bases de sua formulação, já que a observância da separação entre direito e moral é uma realidade inafastável e de extrema utilidade para a solução dos problemas ligados ao concurso aparente, seja de tipos penais, seja de tipicidades.

A secularização do direito, fruto do pensamento iluminista dos séculos XVII e XVIII, foi responsável pela percepção de que o direito não reproduz, nem tem a missão de reproduzir, os ditames da moral, sendo só produto de convenções legais não pré-determinadas ontológica nem axiologicamente, e, ao inverso, os juízos morais não se baseiam no direito, senão só na autonomia da consciência individual. Diferencia-se, pois, o direito “como é” em relação ao direito como “deve ser”.

Da primeira das concepções, ou seja, da separação do direito em relação à moral, podem ser entendidas duas situações diferentes, dependendo de sua utilização no sentido *assertivo* ou no sentido *descritivo*. No primeiro caso, trata-se de uma tese teórica acerca da autonomia dos juízos jurídicos em relação a juízos ético-políticos, intimamente ligada à *legitimação interna* ou *validade*. No segundo, é um princípio normativo acerca da autonomia das normas jurídicas em relação às normas morais, de conotação *política* da *justificação externa* ou da *justiça*.

No sentido *assertivo* ou *teórico*, três aspectos são relevantes: a) trata-se de uma tese *metalógica* de aplicação da Lei de Hume, que veta a falácia naturalista resultante da derivação do direito válido – ou como “é” – ao direito justo – ou como “deve ser” –, e vice-versa. Ferrajoli denomina *ideologias* as teses ou doutrinas viciadas por essa falácia, ou porque confundem o “dever ser” com o “ser” – considerando as normas juridicamente válidas enquanto sejam eticamente justas⁹ –, ou porque confundem o “ser” com o “dever ser”¹⁰ – considerando

(8) Luigi Ferrajoli. *Derecho y razón*. 1995, Capítulo II.

(9) Nessa falácia incorrem as doutrinas ou teses *jusnaturalistas* ou de moralismo jurídico.

(10) Nessa falácia incorrem as doutrinas ou teses de *legalismo* ou estatalismo ético.

eticamente justas as normas enquanto juridicamente válidas; b) também trata-se de uma *tese científica*, pois que exclui a falácia de que a idéia de justiça seja uma condição necessária ou suficiente de validade das normas jurídicas, ou seja, supondo que existam normas positivas acerca da produção de normas jurídicas, de modo que qualquer norma de um ordenamento seja passível de análise de sua validade sobre as bases de outras normas do mesmo ordenamento. Isso evidenciou-se na adoção pelas codificações e pelas constituições do princípio da *legalidade*; c) além disso, a tese da separação é *metacientífica*, a partir do instante em que evidencia a recíproca autonomia do *ponto de vista externo* em relação ao *ponto de vista interno* no estudo do direito, pois é só com o abandono de qualquer moralismo jurídico que se permite à ciência do direito reconhecer a validade das normas jurídicas de acordo com parâmetros internos ao ordenamento, e, por outro lado, é só com o abandono de qualquer legalismo ético que se permite ao analista político e ao sociólogo identificar e criticar, com parâmetros externos e não-jurídicos, os perfis de injustiça ou irracionalidade do direito positivo.

Essas três teses constituem a concepção juspositivista do direito e da ciência jurídica, também conhecida como *convencionalismo* ou *formalismo jurídico*, decorrente da filosofia iluminista em contraposição ao substancialismo do *jusnaturalismo*.

Já no sentido *prescritivo* ou *axiológico*, a separação entre direito e moral impõe que o direito e o Estado não possuam valores enquanto tais e não tenham fins em si mesmos, senão que se justifiquem na busca de utilidade concreta dos cidadãos, garantindo seus direitos e sua segurança. Esse princípio *político* de liberalismo moderno¹¹ é produto do *utilitarismo jurídico iluminista*, discurso *metajurídico*, nem verdadeiro nem falso, que evidencia um “dever ser” do direito e do Estado, acarretando a formulação de três princípios axiológicos, que definem os *fins* e os *limites* do direito penal: em relação ao *delito abstratamente descrito*, o direito penal não tem a função de impor ou de reforçar a moral, senão só a de impedir a comissão de ações danosas a terceiros. Deve-se proibir só o que seja imoral ou reprovável, mas não só isso, também só o que seja *lesivo a bens jurídicos alheios*. Em outras palavras: o Estado não deve reprimir só a imoralidade, senão também a lesão de interesses alheios; b) no que tange ao *processo*, a separação exige que o juízo não verse acerca da imoralidade, do caráter, da personalidade do réu, senão só acerca de *atos* penalmente proibidos, pois que são os únicos que podem ser empiricamente provados pela acusação e refutados pela defesa. Não é a alma do réu o objeto do juízo – já afirmava

⁽¹¹⁾ “(...) en primer lugar por estar basada en el valor de la libertad de conciencia de las personas, la igualdad de su tratamiento penal y la minimización de la violencia punitiva; en segundo lugar, por estar destinada únicamente al legislador y no a los ciudadanos, cuya moralidad se considera por el contrario sólo como jurídicamente irrelevante, sino también como jurídicamente intangible” (Ferrajoli, *ibidem*, p. 224).

John Locke –, eis que o julgamento recai sobre o que aquele *fez*, e não sobre o que aquele *é*. Tal princípio atinge-se não através de uma mera legalidade, mas sim pela *estrita legalidade*; c) em relação às *penas* e seus modos de *execução*, a dicotomia determina que a sanção não deva ter por finalidade e conteúdo a transformação moral do condenado, eis que o Estado não tem o direito de forçar os cidadãos a não serem malvados, nem de alterar suas personalidades – seja almejando reeducar, redimir, recuperar, ressocializar etc. –, mas sim, somente, de evitar que se lesem entre si. Ao lado do dever de não delinquir existe o direito de ser *malvado*. As penas, assim, não devem perseguir fins pedagógicos ou correccionais, senão que devem consistir em sanções taxativamente pré-determinadas e não agraváveis com tratamentos diferenciados e personalizados do tipo ético ou terapêutico.¹²

Esses princípios embasam a filosofia política de todas as *garantias* penais e processuais, a saber: de estrita legalidade ou taxatividade dos delitos, da exterioridade e materialidade da ação delitiva, da lesividade do resultado, da culpabilidade, da carga da prova, dos direitos de defesa e da correspondente presunção de inocência em ausência de provas e de juízo.

Segundo o modelo *Garantista*, a função do direito penal é tanto a defesa social como a defesa individual; a proteção do mais fraco em relação ao mais forte: do mais fraco ofendido ou ameaçado pelo delito, assim como o mais fraco ou ameaçado da vingança; contra o mais forte, que no delito é o delinquente e na vingança é a parte ofendida em relação aos sujeitos públicos ou privados solidários a ele. E essa é a legitimação do direito penal – que não é democrática, mas sim garantista – como forma de *tutela dos direitos fundamentais*, definindo estes normativamente os âmbitos e limites daquele enquanto *bens* que não está justificado lesionar nem com os delitos, nem com os castigos.

No que tange ao concurso aparente, interessa-nos a percepção das consequências da secularização do direito em relação às proibições penais, ou seja, o exame da tipicidade, prescindindo-se, neste trabalho, de sua análise em relação ao processo e às penas.

As condutas descritas pelo legislador como criminosas não se baseiam em critérios de justiça ou não, pois que nem tudo que é injusto e imoral é, necessariamente, proibido. Ao contrário, as proibições penais nem sempre acarretam proibições e punições justas, sendo que, hodiernamente, tem-se mostrado como regra a inobservância dessa circunstância.

Em suma: enquanto analisamos os tipos penais – objetivos e subjetivos – estamos diante de abstrações, e, como tais, juízos de verdadeiro ou falso. É verdadeiro afirmar que matar alguém com *animus necandi* corresponde ao tipo penal de homicídio, enquanto que é falso afirmar que as relações sexuais entre

(12) Esse terceiro princípio tem suas origens em John Locke, seguido, também, por Anselm Feuerbach, John Stuart Mill e Francesco Carrara.

irmãos constituam proibições penais previstas em nosso ordenamento, apesar de serem imorais. Por outro lado, a análise da tipicidade – objetiva e subjetiva – somente é possível mediante situações fáticas concretizadas, que, para serem típicas, devem ser verdadeiras, apesar de poderem ser justas ou injustas. A inobservância dessa dicotomia necessária tem sido o fator desencadeante das inúmeras dificuldades criadas pela doutrina ao tentarem explicar o conflito aparente de normas. Tal confusão é evidenciada, principalmente, nos casos de aplicação do princípio da consunção, quando, com a percepção da injustiça decorrente da incidência de diversas normas, erigem-se apenas aparente essa pluralidade de tipicidades. Como veremos no item 8.2, os exemplos utilizados para demonstrar a aplicação da consunção comportam, a bem da verdade, uma pluralidade de tipicidades, mas, por restar injusta a aplicação das diversas penas, acabam por erigir como falsa uma realidade que é apenas injusta, mas verdadeira. Já no estudo do princípio da especialidade, tais devaneios não se evidenciam, pois que o verdadeiro sempre será justo. E essa é a razão de este princípio ser admitido pela grande maioria da doutrina.

3. Concurso aparente de tipos penais e de tipicidades

Fala-se em concurso aparente de normas toda vez que uma conduta humana realizar a descrição contida em mais de um tipo penal, mas, não obstante, nem todos eles tenham incidência, seja em razão da inexistência abstrata de um *plus* em uma das normas, seja porque uma das normas foi concretizada conscientemente como meio para a realização de um outro fim, posterior ou anterior a ela.

Empregaremos, como uma espécie de *neologismo técnico*, o termo *conflito aparente de normas* como gênero de que são espécies o *conflito aparente de tipos penais* e o *conflito aparente de tipicidades*. No primeiro caso, o conflito trava-se abstratamente, tornando-se aparente porque, no plano do *dever ser*, na verdade inexistiu. Já no segundo caso, o conflito tratava-se não no plano do *dever ser*, mas sim no plano do *ser*, e passa a ser aparente somente a partir de um critério de justiça eleito pelo legislador. Naquele está situado o *princípio da especialidade*; neste, o *princípio da consunção*.

Essas peculiaridades não foram observadas pela doutrina penal, acarretando, em virtude disso, o emprego de terminologias e conteúdos não uniformes para os princípios que se propõem a solucionar o conflito. Existem autores que denominam o problema ora de *concurso*, *concorrência* ou *conflito aparente de leis* (*Gesetzkonkurrenz*),¹³ ora como *concurso aparente de tipos*,¹⁴ ora como

⁽¹³⁾ Luis Jiménez de Asúa. *Tratado de derecho penal*, 1950. t. II, p. 462.

⁽¹⁴⁾ Eugenio Raúl Zaffaroni et alii. *Manual de direito penal – Parte geral*, 1997. p. 736; Álvaro Mayrink da Costa. *Direito penal – Parte geral*. 1982. p. 204.

colisão de leis penais.¹⁵ Na doutrina brasileira, a terminologia mais empregada é o *conflito aparente de normas*.¹⁶

Há que se ressaltar, ainda, que o concurso aparente não se dá somente em relação a *tipos penais incriminadores*, senão também, como veremos, em relação a *tipos penais permissivos*, e até nas causas de aumento ou de diminuição da pena.

4. Origens

O concurso aparente de normas é tema de recente investigação.¹⁷ A doutrina alemã foi a precursora na pesquisa, quando, pelos ensinamentos de Binding e Merkel, traçou a distinção entre concurso formal de delitos e concurso de leis. A partir de então, o tema foi objeto de estudo nos Tratados de Mayer, Hippel, Liszt-Schmidt, Mezger etc., e foi objeto de trabalhos monográficos, como os de Köhler, Baumgarten, Lent, Honig, Hirschberg, Grimme e outros. Por seu lado, Beling revelou a importância da tipicidade para resolver esses problemas, ignorados na Itália – apesar do fato de Vannini afirmar, infundadamente, que os havia previsto o art. 78 do Código de Zanardelli –, até sua inclusão em um artigo do Código fascista e, finalmente, Grispini escrever seu *Curso de direito penal*. Logo após, foram estudados em alguns Tratados, como os de Antolisei e Ranieri. Também Frosali edita uma copiosa monografia sobre o tema, de prolixidade excessivamente prejudicial à clareza da exposição.¹⁸ Na Espanha e na Argentina o tema passou a ser estudado, principalmente pelas obras de Asúa, Soler e Gavier.

No Brasil, Costa e Silva¹⁹ foi o primeiro a ocupar-se do assunto, seguindo-se a ele Nélson Hungria²⁰ e Basileu Garcia,²¹ difundindo-se desde então.

(15) Frederico Puig Peña. *Colisión de normas penales*, 1958.

(16) Por exemplo: Francisco de Assis Toledo. *Princípios básicos de direito penal*, 1994. p. 50. Cezar Roberto Bitencourt. *Manual de direito penal – Parte geral*, 1997. p. 157.

(17) Assevera Marcelo Fortes Barbosa, entretanto, que “ensina Puig Peña que o princípio da especialidade já havia sido reconhecido por juriconsultos romanos, pois efetivamente Papiniano (N. 80, D. De R.J., 50, 17) consignou a forma geral *in toto iure generi per speciem derogatur*, a qual servia como meio de resolução, através dos tempos, de numerosos casos que compreendem o denominado concurso aparente”. *Concurso de normas penais*, 1976. p. 66.

(18) Cf. Asúa, op. cit., p. 464.

(19) Costa e Silva. *Código Penal*, 1938. vol. II, p. 280.

(20) Nélson Hungria. *Comentários ao Código Penal*, 1949. vol. I, p. 118.

(21) Basileu Garcia. *Instituições de direito penal*, 1982. vol. II, p. 508.

5. Da necessidade de regulamentação legal

As dificuldades advindas dos problemas que envolvem o concurso aparente de normas ensejam a seguinte indagação: prescinde-se ou não de expresso regramento legislativo que enumere princípios básicos capazes de solucionar o problema?

Da análise das leis penais já editadas em nosso país, pode-se perceber que inexistem preceitos contemplativos dos princípios oferecidos à solução do problema do concurso aparente de normas, ao menos expressamente, à exceção do Anteprojeto de Nélson Hungria, de 1963, que, em seu art. 5.º, tratava do concurso aparente de normas.²²

Deparamos, entretanto, com afirmações como a de Oscar Stevenson²³ de que o princípio da especialidade estaria previsto implicitamente nas regras do art. 10 do CP de 1940²⁴ e do art. 12 do CP de 1969,²⁵ através de uma interpretação *a contrario sensu*.

Marcelo Fortes Barbosa, escrevendo sob a égide da *vacatio legis* do Código Penal de 1969, entendia que “somente a solução legislativa, através de norma declaratória, colocada no capítulo da aplicação da lei penal, semelhante quanto à funcionalidade àquelas relativas ao concurso de crimes, poderá, na prática, facilitar a solução de certos casos, freqüentes e característicos da própria concretização do ordenamento jurídico-penal, evitando as soluções confusas que, de regra, geram injustiças no tocante à aplicação das penas”.²⁶

Entendo, contudo, ponderável uma necessária diferenciação: o reconhecimento legislativo expresso de um princípio só é admissível quando a realidade

(22) “Art. 5.º Quando a um mesmo fato podem ser aplicadas duas ou mais normas penais, atende-se ao seguinte, a fim de que só uma pena seja imposta:

a) a norma especial exclui a norma geral;

b) a norma relativa a crime que passa a ser elemento constitutivo ou qualitativo de outro é excluída pela norma atinente a este;

c) a norma incriminadora de um fato que é meio necessário ou normal fase de preparação ou execução de outro crime, é excluída pela norma a este relativa.

Parágrafo único. A norma penal que prevê vários fatos, alternativamente, como modalidades de um mesmo crime, só é aplicável um vez, ainda quando os ditos fatos são praticados, pelo mesmo agente, sucessivamente.”

(23) Francisco Oscar Penteado Stevenson. “Concurso aparente de normas penais”, *Estudos de direito e processo penal em homenagem a Nélson Hungria*, 1962. p. 37.

(24) “Art. 10. As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispõe de modo diverso.”

(25) “Art. 12. As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso.”

(26) Marcelo Fortes Barbosa, op. cit. p. 4.

mostre-se injusta, ou seja, o princípio só será utilizado para tornar justa uma realidade que não é. Dessa forma, é completamente supérflua a enumeração expressa do princípio da especialidade, pois que a sua aplicação demonstra um fato que, além de verdadeiro, é justo. Assim, por exemplo, não é necessária a afirmação legal expressa de que a norma especial afasta a incidência da norma geral para podermos chegar à conclusão de que matar o próprio filho sob estado puerperal não constitui o tipo penal de homicídio, mas sim de infanticídio. E isso porque, além de verdadeiro, é justo que tal abstração seja um infanticídio.

Ao contrário, impõe-se a enumeração expressa de um princípio sempre que for necessário adequar uma situação verdadeira a um critério de justiça. O agente que falsifica uma assinatura a fim de emitir um cheque e, com isso, praticar um estelionato, está a sofrer a incidência de dois tipos penais: o de falsidade ideológica e o do estelionato. Essa realidade – da qual não podemos nos afastar –, entretanto, acarretaria a imposição de uma pena assaz injusta no caso de concurso real de crimes, pois que uma das infrações foi praticada como meio para a realização de um fim. A enumeração de um princípio, nesse caso, seria satisfatória a fim de tornar justa uma efetiva realidade. Em nosso Código Penal, uma proposição semelhante foi adotada no caso do crime continuado (art. 71).

6. Topologia

Uma única conduta pode juridicizar-se em mais de um tipo penal incriminador. Se todos eles forem aplicáveis, estaremos diante de um concurso real de crimes, mais especificamente na modalidade formal. Ao contrário, esta mesma conduta singular pode, também, incidir em mais de uma norma incriminadora e, não obstante, sofrer o regramento de apenas uma delas. Aqui, estaremos diante de um concurso ilusório de tipos penais, verificado só aparentemente.

Por outro lado, uma pluralidade de condutas pode, também, enquadrar-se numa pluralidade de tipos penais, e, em havendo incidência de todas elas, diz-se, também, que estamos diante de um concurso real, seja na modalidade de concurso material, seja na modalidade de crime continuado. Ao revés, em havendo incidência de uma única tipicidade, estaremos diante de um concurso aparente.

Pode-se chegar à conclusão, pois, que a unidade ou pluralidade de condutas são comuns, tanto no concurso ilusório como no real. As consequências é que são diversas: no primeiro, não incidem todas as normas que aparentemente incidiriam; no segundo, a incidência é total.

Essas similaridades fazem com que tenhamos de situar adequadamente o problema.

Alguns autores estudam o concurso aparente ou ilusório de normas no capítulo referente ao concurso de crimes, pois que, como afirmou Aldo Moro, deve ficar esclarecido se uma “realidade jurídica eminentemente complexa” deve ser “interpretada como unidade ou, ao contrário, como pluralidade de crimes”.²⁷ Dessa mesma opinião compartilham autores alemães como Mayer, Hippel, Liszt-Schmidt, Mezger, dentre outros,²⁸ e, na Itália, Antolisei²⁹ e Bettiol.³⁰ No Brasil, tal topologia é levada em consideração por Frederico Marques³¹ e Pierangelli, em sua obra escrita conjuntamente com Zaffaroni.³²

Parte da doutrina, entretanto, admite ser problema de interpretação penal, como são os casos de Florian e Soler.³³

Uma terceira orientação, ainda, afirma tratar-se de tema ínsito à aplicação da lei penal. Seguem essa linha de raciocínio: Asúa,³⁴ Binding,³⁵ Grispiñi³⁶ e, no Brasil, Mayrink da Costa³⁷ e Aníbal Bruno.³⁸

A solução do problema está adstrita ao exame de alguns conceitos.

No direito penal, a norma penal incriminadora recebe a denominação de *tipo penal incriminador*. Enquanto tal, inexistente qualquer análise acerca do enquadramento ou não de uma conduta a esse tipo penal incriminador, já que o exame é meramente abstrato, ou seja, no plano do *dever ser*.

Já a *tipicidade* é o resultado da juridicização que uma conduta humana recebe quando realiza a descrição contida no tipo penal. Portanto, a tipicidade surge no exato instante em que uma ação ou omissão humana incidir em um tipo penal incriminador. Nesse caso, o exame não se faz, simplesmente, mediante uma análise abstrata da norma, mas sim através de uma verificação

(27) *Unità e pluralità di reati*, 1951. p. 27 e 33, apud José Frederico Marques. *Tratado de direito penal*, 1967. vol. 1, p. 336.

(28) Cf., por todos, Luis Jiménez Asúa, op. cit., p. 463: “Apesar de que a doutrina alemã viu certamente a diferença entre concurso de infrações e concurso aparente de leis, tratou a questão em lugar impróprio: ao expor o referente ao concurso de delitos (como fizeram Mayer, Hippel, Liszt-Schmidt, Mezger etc.)”.

(29) Francesco Antolisei. *Manuale di diritto penale*, 1947. p. 267 et seq.

(30) Giuseppe Bettiol. *Direito penal*. Trad. de Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco, 1971. p. 323 et seq.

(31) Op. cit., p. 335 et seq.

(32) José Henrique Pierangelli et alii. *Manual de direito penal – Parte geral*, 1997. p. 737.

(33) Sebastian Soler. *Derecho penal argentino*, 1954. t. II, p. 169.

(34) Op. cit., p. 465.

(35) Cf. Luis Jiménez Asúa, op. cit., p. 464.

(36) Grispiñi Fillipo. *Diritto penale italiano*, 1952. t. I, p. 416.

(37) Álvaro Mayrink da Costa, op. cit., p. 206.

(38) Aníbal Bruno. *Direito penal*, 1973. t. I, p. 273.

no caso concreto. Dessarte, o problema desloca-se do plano do *dever ser* para o plano do *ser*.

Se uma conduta humana realiza a descrição contida em mais de um *tipo penal*, há que se determinar se todos estes terão incidência naquele fato, isto é, se existirá uma *tipicidade* para cada *tipo penal* realizado. Em caso afirmativo, estaremos diante de um concurso real de crimes; do contrário, o concurso é meramente ilusório.

Pode-se concluir, pois, que no concurso real de crimes existe uma coincidência entre os planos do *ser* e do *dever ser*, já que existirão tantas tipicidades quantos forem os tipos penais incidentes. Pelo contrário, esta coincidência inexistirá no concurso aparente, porque a existência da probabilidade de concorrência de diversas normas penais não se confirma ante o surgimento de uma singular *tipicidade*. Assim, por exemplo, a mãe que mata o próprio filho em estado puerperal sofrerá a incidência, no plano do *dever ser*, de dois *tipos penais* – homicídio e infanticídio –, enquanto que no plano do *ser* surgirá, apenas, uma *tipicidade*: infanticídio.

Ora, se o exame a ser realizado quando do surgimento de problemas semelhantes efetiva-se pela comparação entre *tipos penais* e *tipicidades*, é mais do que evidente que a topologia adequada do tema está na *aplicação da lei penal*, ou seja, na busca do correto enquadramento legal da conduta tida como criminosa, e isso, por certo, é realizado na *tipicidade*. Se o fator que determina a adequação típica da conduta, *verbi gratia*, de uma pessoa que acerta uma facada em outra é a verificação de seu elemento subjetivo – dolo de matar ou de lesionar –, e se esse exame dá-se na *tipicidade*, forçoso é concluir que o fator que determina a adequação típica da conduta da mãe que mata o próprio filho – a elementar *estado puerperal* – também há que ser examinado na *tipicidade*, isto é, a busca da correta aplicação da lei penal.

Além disso, também o concurso real de crimes deveria ser tratado como problema atinente à *aplicação da lei penal*, já que a pena a ser imposta depende da *aplicação* ou não de mais de um tipo penal incriminador. Para estes casos, deveria o legislador conceitualizar os concursos material e formal, bem como o crime continuado, no capítulo da *aplicação da lei penal*, reservando-se, somente, as consequências destes para o capítulo da *aplicação da pena*.

A consideração do concurso aparente de normas no capítulo referente ao concurso de crimes revela uma contradição, pois a aparente concorrência de tipos penais evidencia que, efetivamente, inexistiu concorrência de crimes.

Problemas semelhantes surgem quando uma conduta humana realiza a descrição contida em mais de um tipo penal *permissivo*, ou em mais de uma causa de aumento ou de diminuição de pena. Nesses casos, há que se verificar qual delas terá incidência.

7. Fundamento

É comum a afirmação de que os princípios que se propõem a solucionar o problema do conflito aparente de normas têm por fundamento evitar o *bis in idem*, ou seja, uma dupla punição pelo mesmo fato.³⁹

Tal premissa, contudo, deve ser considerada verdadeira somente em relação ao princípio da especialidade, já que sua aplicação, efetivamente, está motivada pela impossibilidade de se punir, mais de uma vez, uma única conduta.

No que tange, entretanto, ao princípio da consunção, tal fundamento não se justifica. Inexiste *bis in idem*, pois que não estamos diante de uma singular conduta criminosa, mas sim de uma pluralidade de fatos, que tanto podem estar distanciados no tempo como próximos um do outro, acarretando uma aparente confusão. A violação de domicílio, por exemplo, e o furto praticado são duas condutas penais distintas, apesar de estarem bem próximas temporalmente. Por outro lado, tal proximidade inexiste quando o autor do furto destrói a *res furtiva*. A verdade é, porém, que estamos diante de uma multiplicidade de fatos.

Com base nisso, seria correto e verdadeiro afirmar a possibilidade de o agente receber mais de uma punição, pois que, na consunção, não estaria sendo infringida a regra do *bis in idem*. E tal punição estaria legitimada *internamente*, pois que mais de um crime foi praticado.

O mesmo não se diga, entretanto, em relação à legitimação *externa* da pluralidade de punições incidentes sobre esses fatos, visto não ser justo punir mais de uma vez um criminoso que ofendeu um só objeto jurídico de uma mesma vítima, apesar de tal lesão restar consolidada mediante mais de uma conduta criminosa. Caso reconheça-se um concurso real de crimes, estaremos exacerbando severamente os custos da aplicação do direito penal em comparação com a sua não-incidência.

Pode-se perceber, dessarte, que o fundamento do princípio da consunção é a *proporcionalidade* entre os delitos praticados e a punição recebida, como forma de *justificar* a intervenção do direito penal.

8. Princípios

Uma vez excluído o concurso real e o concurso ideal de tipos penais, há que se oferecer uma solução ao problema do conflito aparente de normas. A doutrina enumera alguns princípios capazes de solucionar o impasse, sem, contudo, estarem de acordo acerca da quantidade, da terminologia e do conteúdo de cada um deles.

Beling e Asúa, por exemplo, enumeram três princípios: o da *exclusividade*, o da *especialidade* e o da *neutralidade*. Por sua parte, Mezger concentra o

(39) V. José Frederico Marques, op. cit., p. 337.

problema em duas situações: o da *especialidade* e o da *consunção*. A essa mesma conclusão chega Antolisei, denominando o último, entretanto, de *progressão*. Grisпинi trata da *especialidade*, *subsidiariedade* e *consunção*. Já Soler refere-se à *neutralidade*, à *exclusividade* (por alternatividade ou consunção), *especialidade* e *subsidiariedade*.⁴⁰

No Brasil, a doutrina majoritária enumera três princípios: *especialidade*, *subsidiariedade* e *consunção*.⁴¹

Veremos que, a bem da verdade, dois são os princípios que solucionam o problema: *especialidade* e *consunção*.⁴²

8.1 Princípio da especialidade

Pode-se afirmar que esse é o único princípio de incidência e conteúdo unânimes entre a doutrina. Consagrado pelo direito romano sob a forma do *lex specialis derogat legem generali*, incide quando uma conduta humana realiza a descrição contida em mais de um tipo penal, sendo que, entretanto, um deles possui um *plus* em relação ao(s) outro(s). Como bem assevera Asúa, “diz-se que duas leis ou duas disposições legais acham-se em relação de geral e especial quando os requisitos do tipo geral estão todos contidos no especial, em que figuram, ademais, outras condições qualificativas em virtude das quais a lei especial tem preferência sobre a geral em sua aplicação”.⁴³

O exemplo mais elucidativo de aplicação do princípio da especialidade é a relação entre homicídio e infanticídio. No primeiro, temos um “matar alguém”; no segundo, um “matar” não mais alguém, mas o próprio filho e desde que sob a influência de “estado puerperal”. Assim, a norma específica tem todos os elementos da norma geral, e mais dois outros. A solução para o caso é que a norma geral resta excluída pela norma especial. Afasta-se, assim, o *bis in idem*, pois a conduta do agente só será incriminada

(40) Cf. por todos: Luis Jiménez Asúa, op. cit., p. 465 e 466.

(41) Assim, por exemplo: Cezar Roberto Bitencourt, op. cit., p. 158; Francisco de Assis Toledo, op. cit., p. 50; Aníbal Bruno, op. cit., p. 275; José Frederico Marques, op. cit., p. 337; Álvaro Mayrink da Costa, op. cit., p. 204; Damásio de Jesus. *Direito penal*, 1994. p. 94; Paulo José da Costa Júnior. *Comentários ao Código Penal*, 1990. vol. 1, p. 361 e 362.

(42) O princípio da *alternatividade* não configura, na verdade, um problema atinente ao conflito aparente de normas, pois que evidenciam-se quando o agente realiza a descrição de mais de um verbo descrito no tipo penal. Assim, por exemplo, aquele que induz e auxilia outrem a suicidar-se pratica um só crime, mas não em razão de um conflito aparente – já que só há uma norma a incidir –, e sim porque o tipo penal possui um verbo nuclear de conteúdo múltiplo ou variado.

(43) Op. cit., p. 471.

em função de uma das figuras legais, muito embora também se enquadre na de caráter geral.⁴⁴

Assim como este, outros exemplos também podem ser assinalados e de fácil percepção: a denúncia caluniosa exclui o tipo penal da calúnia, já que a atribuição falsa a alguém da prática de um crime (tipo penal genérico) acarreta a instauração de investigação policial ou de processo judicial (*plus*); o tipo penal do peculato exclui a incidência do tipo penal do furto e da apropriação indébita, pois a subtração ou a apropriação (tipos penais genéricos) são realizadas por funcionário público (*plus*); os crimes contra a honra do Código Penal (normas genéricas) são excluídos pelos crimes contra a honra da lei de imprensa (*plus*).

A univocidade do princípio da especialidade decorre da admissão de sua análise no plano do *dever ser*, ou seja, não é necessária a prática de uma conduta humana típica para que possamos afastar ou não a norma geral. Em outras palavras: a norma geral *deve ser* sempre afastada quando analisada frente à norma especial, pois o juízo aqui incidente é de *verdadeiro* ou *falso*, e não de *justo* ou *injusto*, verificável na consunção.

O princípio da especialidade evidencia um concurso aparente de tipos penais e, quando analisado sob uma situação fática, também de tipicidades. Já o princípio da consunção, como veremos no item 8.2, revela um concurso real de tipos penais, mas aparente de tipicidades.

8.1.1 Especialidade expressa e tácita

Pode ocorrer que a descrição da norma mencione expressamente a não-incidência do tipo penal genérico desde que realizado, também, o elemento especializador. No Código Penal Brasileiro, podem-se vislumbrar os seguintes casos: a) a especialidade expressa genérica, contida no art 12;⁴⁵ e b) a especialidade expressa específica, encontrada, *exempli gratia*, no art. 177, § 1.º, em que o tipo penal de *fraude e abusos na fundação ou administração de sociedade por ações* (norma geral) resta excluído se houver lesão à *economia popular* (*plus*). Outros exemplos podem ser encontrados no art. 18 e no art. 29 do Dec.-lei 3.688/41: o *fabrico, comércio ou detenção de armas ou munição* só é punível se não constitui crime contra a ordem social e política; e o *desabamento de construção* (tipo penal genérico) deixará de ser uma mera contravenção se constituir crime contra a *incolumidade pública* (*plus*).

Entretanto, a maioria dos casos são de *especialidade tácita*.

⁽⁴⁴⁾ José Frederico Marques, op. cit., p. 337.

⁽⁴⁵⁾ "Art. 12. As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso."

8.1.2 Especialidade em tipos penais permissivos

É de se ressaltar a possibilidade de tal princípio ter aplicação também em relação a tipos penais permissivos. Verifica-se nos casos em que a excludente genérica é afastada pela verificação da excludente específica. Assim, por exemplo, ao lado da excludente da ilicitude genérica relativa ao *estado de necessidade* (art. 24 do CPB), pode-se vislumbrar a mesma natureza de exclusão da ilicitude na conduta do médico que realiza o aborto para salvar a vida da gestante (art. 128, I, do CPB).

Por vezes, a excludente só é descrita no caso específico, sem ser, entretanto, mencionada como norma genérica, mas, por construção doutrinária, tem ela existência apesar de não prevista em lei. É o caso da norma especial relativa ao *favorecimento pessoal* praticado por ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do fugitivo (art. 348, § 2.º, do CPB), que exclui a genérica *inexigibilidade de conduta diversa*, causa de exclusão da culpabilidade, mencionada pelo nosso ordenamento somente em dois casos: coação moral irresistível e obediência hierárquica a ordem não manifestamente ilegal (art. 22).

Outros casos: o estrito cumprimento de dever legal (art. 23, III, do CPB) descrito no caso específico de difamação ou injúria praticada por funcionário público ao emitir conceito desfavorável em apreciação ou informação que preste no cumprimento de dever de ofício (art. 142, III, do CPB); o estado de necessidade (art. 25 do CPB) previsto no caso específico do tipo penal de constrangimento ilegal quando se dá a intervenção médica ou cirúrgica sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, dês que justificada por iminente risco de vida; o estrito cumprimento do dever legal (art. 23, III, do CPB) incidente na violação de domicílio durante o dia para efetuar prisão em flagrante (art. 150, § 3.º, I, do CPB) etc.

8.1.3 Especialidade em causas de aumento ou de diminuição de pena

Admite-se, também, que a incidência de uma causa genérica de aumento ou de diminuição da pena seja afastada pela previsão específica. Assim, as agravantes relativas ao *motivo fútil ou torpe* (art. 61, I, *a*, do CPB) são afastadas quando tal desiderato é a causa de um homicídio (art. 121, § 2.º, I e II, do CPB). Da mesma forma, a agravante de crime cometido contra criança (art. 61, I, *h*, do CPB) não será aplicada no caso dos tipos penais de homicídio doloso ou lesão corporal dolosa praticados contra criança menor de 14 anos (art. 121, § 4.º, *in fine*, e art. 129, § 7.º, ambos do CPB).

Já a atenuante genérica relativa ao motivo de relevante valor social ou moral (art. 65, III, *a*, do CPB) não incide no caso de homicídio privilegiado (art. 121, § 1.º, do CPB). Semelhante situação há no afastamento da incidência da atenuante da reparação do dano anterior ao julgamento (art. 65, III, *b*, *in fine*, do CPB) quando tal reparação efetiva-se voluntariamente e antes do recebimento

da denúncia pela prática de crime cometido sem violência ou grave ameaça – arrependimento posterior (art. 16 do CPB).

Nesses casos, pode-se perceber que a causa de aumento ou de diminuição da pena é aplicável genericamente à maioria dos tipos penais, enquanto que também possui previsão de aumento ou de diminuição de pena em relação a um tipo penal específico.

8.1.4 Requisitos para a incidência do tipo penal especial

Para que a norma especial possa excluir a aplicação da norma geral, alguns requisitos devem estar presentes:

a) *a norma especial deve conter todos os elementos da norma geral, mais o especializador*. Essa relação de continência entre os tipos penais deve restar evidenciada, ainda que não de forma expressa. É o que se dá, por exemplo, entre os tipos penais de contrabando e de tráfico internacional de entorpecentes: da análise dos dois dispositivos (art. 334 do CPB e art. 12 da Lei 6.368/76) pode-se perceber que no último não estão descritas todas as elementares do primeiro, mas, por uma simples valoração, pode-se perceber a continência existente entre “mercadoria proibida” e “substância entorpecente”;

b) *o elemento especializador não pode configurar um tipo penal autônomo*. Não se pode afirmar seja o princípio da especialidade o apresentado para explicar a não incidência, *exempli gratia*, do crime de quadrilha ou bando (art. 288 do CPB) quando utilizada esta para a prática de um crime do extorsão mediante seqüestro, pois que, nesse caso, o tipo penal autônomo é tratado como causa de aumento de pena (art. 159, § 1.º, *in fine*, do CPB). Por certo, a aplicação de ambos acarretaria um *bis in idem*. Entretanto, não será o princípio da especialidade o regente *in casu*, já que não estamos frente a uma norma especial em contraposição a uma norma geral. Caso o elemento especializador constitua um tipo penal autônomo, estaremos diante do *soldado de reserva*, situação essa só verificada no princípio da consunção, e não na especialidade;⁴⁶

c) *os tipos penais genérico e o específico devem estar em vigor quando da prática da conduta*. Caso o tipo penal específico entre em vigor após a

⁽⁴⁶⁾ A não observância desse requisito levou Álvaro Mayrink da Costa a cometer o equívoco de vislumbrar a incidência do princípio da especialidade como forma de solução ao caso em que o rapto é praticado com violência, excluindo a aplicação dos tipos penais de seqüestro e constrangimento ilegal (op. cit., p. 207). Pode-se perceber que, *in casu*, os elementos componentes do tipo penal do rapto configuram tipos penais autônomos, de modo que a solução é de ser dada pelo princípio da consunção, e não pelo princípio da especialidade.

A mesma crítica é de ser feita a Damásio de Jesus, que entende ser o latrocínio uma norma específica em relação ao homicídio qualificado (op. cit., p. 95).

juridicização do tipo penal genérico, a aplicação deste ou daquele dar-se-á segundo as regras da aplicação da lei penal no tempo, vale dizer, se a norma especial superveniente tiver a natureza de *lex mitior* em relação à genérica, terá aplicação retroativa; caso configure-se uma *lex gravior*, a norma geral aplicase ultra-ativamente. Por outro lado, na situação inversa, a norma geral superveniente jamais terá aptidão para regular o fato tratado por norma específica, seja ela mais grave, seja mais leve.

8.1.5 Fatores irrelevantes à incidência do princípio da especialidade

A norma especial afasta a incidência da norma geral ainda que:

a) a pena do tipo penal específico seja menor que a pena do tipo penal genérico, pois que, nem sempre, o *plus* incidente é causa de reprovação da conduta. É o caso, por exemplo, do infanticídio, em que a pena resultante é menor do que a atribuída ao homicídio;

b) a norma especial esteja prevista em outro diploma legal, como é o caso do contrabando e do tráfico internacional de entorpecentes;

c) o objeto jurídico do tipo penal especial seja diverso do objeto jurídico do tipo penal genérico.⁴⁷ No caso em que, por exemplo, a calúnia desencadeia a instauração de inquérito policial, o objeto jurídico do tipo penal genérico é a *honra*, enquanto que o do específico é a *administração da justiça*.

8.1.6 Casuística

O princípio da especialidade resolve os seguintes problemas:

a) a apropriação indébita fiscal (art. 2.º, II, da Lei 8.137/90) exclui a apropriação indébita do Código Penal (art. 168);

b) a facilitação de fuga de pessoa presa (art. 351 do CPB) exclui a aplicação do tipo penal da corrupção passiva (art. 317 do CPB);

c) o tipo penal do peculato (art. 312 do CPB) exclui a incidência dos tipos penais de furto e de apropriação indébita (arts. 155 e 168, ambos do CPB);

d) a subtração de cadáver (art. 211 do CPB) e a subtração de papel de uso exclusivo da Justiça Eleitoral (art. 340 do Código Eleitoral) afastam o tipo penal do furto (*idem*);

e) a falsificação de atestado (art. 301, § 1.º, do CPB) e de nota fiscal (art. 1.º, III, da Lei 8.137/90) excluem a imputação pelo tipo penal de falsificação de documento (arts. 297 e 298 do CPB).

(47) Bettiol entende, ao contrário, que “as leis em relação de gênero e espécie sejam colocadas na tutela de um mesmo bem jurídico, tenham a mesma objetividade jurídica” (op. cit., p. 327).

8.2 Princípio da consunção

8.2.1 Conceito

Pode ocorrer que uma conduta humana, em vez de realizar a descrição contida em diversos tipos penais que se excluem entre si, realize o conteúdo de mais de um tipo penal não excludente, mas, em virtude de uma conexão lógica e justa, um deve ser considerado absorvido pelo outro. Em outras palavras: nos casos de aplicação do princípio da especialidade, os tipos penais incidentes absorvem-se entre si já no plano do *dever ser*, formando uma relação de alternatividade necessária; já nos casos de aplicação do princípio da consunção inexistente tal absorção no plano do *dever ser*, mas, por critérios de justiça, deve restar excluída, no plano do *ser*, a *tipicidade* correspondente a algum deles. Trata-se, dessarte, de um concurso real de tipos penais, mas aparente de tipicidades.

A *consunção* (*lex consumens derogat legi consumptae*), pois, é o princípio aplicável nos casos em que o desiderato criminoso do agente é atingido através da realização voluntária e ontológica de mais de um tipo penal, que não necessariamente deve ser praticado na busca do fim almejado, mas, por critérios de justiça, deve restar absorvido. Sua verificação, ao contrário da especialidade, só pode ser analisada no caso concreto, e é uma relação de absorção, e não de exclusão.

Veja-se o exemplo já citado do autor do crime de furto que, para efetuar a subtração, viola o domicílio alheio: a conduta criminosa juridiciza a descrição dos tipos penais de violação de domicílio e do furto, sendo que, não obstante, surgirá, apenas, a tipicidade do último. Se a conduta desse agente fosse analisada somente à luz do que é *verdadeiro* ou *falso*, estaria ele sujeito ao concurso real de crimes, mas, por certo, tal consequência seria *injusta*, já que o crime meio foi um modo de realização do crime fim.

Desde a sua formulação originária por Edmund Mezger, a doutrina não é unânime no reconhecimento da existência de tal princípio, e, mesmo quando admitido, as conceitualizações são por demais díspares. Von Hippel, por exemplo, considera que o princípio da consunção não tem substantividade própria e distinta da especialidade e subsidiariedade, porque os casos que nele se enquadram podem situar-se em um ou outro destes critérios.⁴⁸

Para Bettiol, ao contrário, “é bem verdade que entre o princípio da subsidiariedade e o da consunção nem sempre subsiste a possibilidade de uma demarcação nítida, mas, nem por isso deve negar-se autonomia à própria consunção. O critério da consunção se refere à idéia de atividade que se desenvolve sucessivamente no tempo, de atividade complexa mas unitária sob

⁽⁴⁸⁾ Apud Luis Jiménez Asúa, op. cit., p. 483.

o prisma social-valorativo, que, em seu envolver viola pluralidade de normas na qual uma é contida perfeitamente em outra. Enquanto na hipótese da especialidade e da subsidiariedade a ação pode exaurir-se num único momento e num só segundo, na consunção, ao contrário, achamo-nos necessariamente diante de ação que, embora única desde que julgada em seu complexo, é cindível nos vários atos que se realizam sucessivamente cada um dos quais violando uma disposição penal".⁴⁹ Contornos semelhantes são traçados por Assis Toledo: "há, na lei penal, tipos penais mais abrangentes e tipos penais mais específicos que, por visarem a proteção de bens jurídicos diferentes, não se situam numa perfeita relação de gênero para espécie (especialidade), nem se colocam numa posição de maior ou menor grau de execução do crime".⁵⁰

Grande parte da doutrina que admite sua autonomia ressalta dois elementos relevantes na consunção: o crime absorvido ou é um meio necessário, ou uma normal fase de preparação do crime fim.⁵¹ E o resultado disso é que, como bem ponderou Mezger, o grande esforço da doutrina penal contemporânea, apesar de útil, consolidou-se em formular soluções meramente exemplificativas para o problema.⁵² Tentarei, nas linhas que seguem, formular uma solução teórica e exauriente.

8.2.2 Pressupostos da consunção total

São pressupostos para a absorção total de uma infração penal por outra:

a) *pluralidade de elementos subjetivos*: a absorção decorrente da aplicação deste princípio só ocorre quando o elemento subjetivo do agente abranja todos os tipos penais realizados. A pluralidade de delitos resulta do surgimento de uma tipicidade completa em relação a todos, vale dizer, uma tipicidade objetiva e subjetiva. No exemplo da destruição da *res furtiva*, pode-se perceber que o sujeito ativo age dolosamente em relação ao tipo penal do furto, e dolosamente em relação ao tipo penal de dano. Trata-se de uma atividade voluntária e ontológica dirigida a dois tipos penais incriminadores.

Esse é o elemento fundamental para tornar possível a distinção entre este princípio e o (falso) princípio da subsidiariedade, pois que neste o elemento subjetivo é único, embora o fato enquadre-se objetivamente em mais de um tipo penal (v. n. 9, *infra*).

(49) Op. cit., p. 329.

(50) Op. cit., p. 53.

(51) Nesse sentido, por exemplo: Cezar Roberto Bitencourt, op. cit., p. 160; Damásio de Jesus, op. cit., p. 99.

(52) Edmund Mezger. *Tratado de derecho penal*, Ed. Revista de Derecho Privado, 1956. vol. II, p. 330.

Por outro lado, há que se ressaltar que a pluralidade de elementos subjetivos não se refere, somente, à pluralidade de condutas dolosas, visto que também é admissível a absorção de uma infração penal dolosa por outra culposa (v. n. 8.2.3, *infra*).

b) *inexistência de relação de necessariedade entre crime absorvido e o crime absorvente*: é comum encontrarmos na doutrina a afirmação de que a prática do crime meio é uma necessária etapa para a realização do crime fim, ou que um é elemento constitutivo de outro.⁵³ Neste último caso, estaremos diante de um crime complexo, que se forma pela adesão de um tipo penal autônomo a outro tipo penal, seja para a formação de um terceiro, seja para constituir um deles.⁵⁴

Há que se ressaltar que a consunção só é aplicável quando inexistente relação de necessariedade, e quando o tipo penal absorvido não seja elemento constitutivo do absorvente. Se a realização do *minus* é uma etapa necessária da realização do *plus*, estaremos diante de uma unidade de elemento subjetivo, e não de uma pluralidade. Neste equívoco incide Silvio Ranieri, ao afirmar que o homicídio consome os delitos de lesões leves, lesões graves e lesões gravíssimas.⁵⁵ É evidente que o sujeito ativo de um homicídio deve, antes de causar a morte, necessariamente causar uma lesão corporal. Porém, o elemento subjetivo do delito de homicídio não traz, em seu *iter*, o elemento subjetivo do crime de lesão corporal, visto que o atuar do agente com *animus necandi* tem em mira, somente, o crime mais grave, e não o mais leve. Em outras palavras: quem quer matar, não quer antes lesionar; quer simplesmente matar. Os diversos tipos penais só encontram-se em relação de necessariedade na análise da tipicidade *objetiva*, e não da tipicidade *subjetiva*. Inexiste, nesses casos, sequer conflito aparente de normas, pois que, para tanto, deve haver uma coexistência ou de tipos penais objetivos e subjetivos – como ocorre na *especialidade* –, ou de tipicidades

(53) “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 compreendida em outra, mais abrangente, aplicando-se somente esta” (Cezar Bitencourt, *op. cit.*, p. 160). No mesmo engano incidem os ensinamentos de Aníbal Bruno: “Pode ocorrer isso quando o fato previsto em uma norma figura como elemento constitutivo do tipo delituoso, definida em outra conduta inicial, meio para realizá-lo ou parte do todo que ele representa” (*op. cit.*, p. 276).

(54) É bem verdade que o crime complexo é conceituado pela maioria da doutrina como a fusão de dois ou mais tipos penais na formação de um terceiro. Assim, com base nesse conceito, o crime de latrocínio é um crime complexo, pois que formado pela fusão do tipo penal furto com o tipo penal do homicídio. Utilizando-se desse conceito, não seria crime complexo o tipo penal do constrangimento ilegal, pois que o tipo penal da ameaça não adere a outro para formar um terceiro, mas, simplesmente, é um elemento constitutivo do constrangimento.

(55) Silvio Ranieri. *Reato progressivo e progressione criminosa*, 1942.

objetivas e subjetivas – como ocorre na *consunção*. O tema será melhor abordado no item 9, ao tratarmos do falso princípio da subsidiariedade.

Por outro lado, também não se aplica a consunção para os casos em que um dos tipos penais é elemento constitutivo de outro, pela simples razão de que, neste caso, inexistente absorção. Assim, por exemplo, não se pode dizer que o delito de estupro absorva o delito de constrangimento ilegal, pois que este último constitui aquele, e, se restasse absorvido, inexistiria crime. O que se evidencia é que o constrangimento ilegal é punido através da punição do crime contra os costumes.

Portanto, a relação de necessariedade faz surgir duas situações: quando tal necessariedade dá-se por simples opção legislativa, em que o elemento constitutivo é *expresso* (p. ex., a grave ameaça componente do tipo penal de roubo), estaremos diante de um crime complexo; quando tal necessariedade é simplesmente lógica, em que o elemento é *tácito*, estaremos diante de um mero caso de adequação típica (v.g., as lesões corporais em relação ao homicídio). Em ambos, inexistente concurso de normas, nem real, nem aparente.

O correto é, porém, que só se poderá falar em absorção quando inexistir tal relação de necessariedade. Veja-se que a violação de domicílio não é uma etapa necessária para a prática de um crime de furto, e nem um elemento constitutivo deste.

c) *o crime absorvido deve ser um meio ou um fim do intuito criminoso*: a ausência de necessariedade, entretanto, não afasta a exigência de que o crime absorvido seja, ou um crime meio em relação ao crime fim (antefato impunível), ou um simples exaurimento do intuito criminoso (pós-fato impunível) – v. 8.2.4.

Essa é a razão pela qual o crime de estupro não absorve o crime de atentado violento ao pudor nos casos em que os atos libidinosos diversos da conjunção carnal não constituem os denominados *proeludia coiti*, ou seja, os meios normalmente – embora não necessariamente – utilizados para a consumação da conjunção carnal.

d) *o crime absorvido deve ser menos grave que o crime absorvente*: justamente por ser um critério de legitimação externa, o princípio da consunção pressupõe, como solução justa, que o crime absorvido seja de menor gravidade que o crime absorvente. Por essa razão é que o crime de dano pode ser absorvido pelo crime contra o patrimônio, a lesão corporal absorve os maus tratos, a calúnia absorve a injúria, o constrangimento ilegal absorve a violação de domicílio etc.

Admite-se, também, a absorção quando os delitos são de igual gravidade. Assim, por exemplo, o uso de documento falsificado pelo autor (art. 304 do CPB) absorve a falsificação (arts. 297 a 302 do CPB).⁵⁶

(56) Nesse sentido: “Quando o mesmo agente se torna responsável pela falsificação e uso do documento falsificado, não ocorre o crime progressivo, pois não existe unidade de ação, mas duas condutas distintas. Assim, o crime de uso, que revela maior audácia, absorve o falso que, em última análise, assume a condição de *antefactum* não punível”. RT 496/264.

e) o sujeito passivo direito deve ser idêntico em todas as infrações penais: assim como seria injusto afirmar que a dívida pecuniária que possuo com dois credores esteja adstrita ao pagamento da maior em relação a um deles, também seria injusto admitirmos a absorção total entre crimes com sujeitos passivos diferentes. Dessarte, se diversas condutas lesam pessoas diversas, impossível é a absorção.

Como vimos (item 2), a função do direito penal, segundo o modelo *Garantista*, é tanto a defesa social como a defesa individual, ou seja, a proteção do mais fraco em relação ao mais forte: do mais fraco ofendido ou ameaçado pelo delito, assim como o mais fraco ou ameaçado da vingança; contra o mais forte, que no delito é o delinquente e na vingança é a parte ofendida em relação aos sujeitos públicos ou privados solidários a ele. Impossível será, entendo, admitirmos tal legitimação ao direito penal se aceitarmos que uma lesão reste absorvida por outra, com vítimas diversas. A supressão desse requisito faz com que a função do direito penal seja, somente, a defesa individual, e não a social.

Esse requisito exclui, desde já, a consunção entre os crimes de estelionato mediante falsificação de documento, pois que a vítima do primeiro não se confunde com o Estado, vítima do segundo.⁵⁷ O mesmo ocorre em relação ao estelionato praticado mediante a venda de um bem anteriormente furtado, pois a vítima do furto é uma; a do estelionato é outra.⁵⁸ Essas mesmas conclusões podem ser extraídas dos seguintes casos: o falso testemunho não absorve a injúria proferida em juízo;⁵⁹ o estelionato praticado mediante a falsificação de assinatura de cheque subtraído não absorve nem o furto, nem a falsidade;⁶⁰ a bigamia não absorve a falsificação da certidão de nascimento ou o constran-

⁽⁵⁷⁾ Pode-se perceber que essa solução vai de encontro à solução prevista na Súm. 17 do STJ: "Quando o falso exaure o estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido." Aparentemente nesse sentido: "O falso foi, pois, o meio necessário à disposição da coisa alheia fraudulenta obtida, isto é, à realização do proveito econômico inerente ao estelionato. (...) Não se vêem dois crimes, como naturalmente poderia parecer, mas um fato que se consome como realização do fim visado com o primeiro crime" *RJTJSP* 13/516.

⁽⁵⁸⁾ Nesse sentido: Johannes Wessels. *Direito penal – Parte geral (Aspectos fundamentais)*, 1976. p. 181; Assis Toledo, op. cit., p. 54.

⁽⁵⁹⁾ Nesse sentido: "Testemunha que em seu depoimento relata fato tido como mendaz e injurioso. Comprovação, posteriormente, de falso testemunho. Não absorção, por essa figura, do crime contra a honra" *JUTACrim-SP* 88/151.

⁽⁶⁰⁾ Nesse sentido: "O furto não é meio ordinário, segundo o *id quod plerumque accidit*, para chegar ao estelionato, nem foi cometido visando a sua prática, o que exclui o reconhecimento do crime progressivo ou do *antefactum* não punível. Os autores que estudam esta última categoria não a reconhecem quando diverso o sujeito passivo do crime posterior, e por conseguinte, maior o dano que resulta de sua prática" *JUTACrim-SP* 74/279.

gimento ilegal; a lesão corporal não absorve o abuso de autoridade;⁶¹ o desacato não absorve as lesões corporais⁶² etc.

f) *ausência de exclusão legislativa da absorção*: pode ocorrer que, apesar de presentes todos os requisitos legais para a absorção, o legislador expressamente imponha o concurso real de crimes. Isso dá-se, por exemplo, no caso do art. 10, § 2.º, da Lei 9.437/97,⁶³ em que o delito de contrabando ou descaminho não resta absorvido pelo porte ilegal de arma de uso proibido ou restrito.

8.2.3 Pressupostos da consunção parcial

A ausência de um ou mais dos pressupostos mencionados impede a absorção total entre as infrações. Entretanto, pode resultar extremamente injusto que o agente, por exemplo, que falsifica um instrumento de procuração para a prática de um estelionato receba cumulativamente as penas de ambos os crimes, pois que aquele foi um meio para a prática de um crime fim.

Dessa forma, pode-se buscar uma solução moderada a fim de ser atingida a legitimação externa do modelo aqui proposto. Surge, nesse caso, a absorção parcial como proposta de solução ao problema, em que o agente deve ser punido só com a pena do crime fim, com a incidência, entretanto, de uma causa de aumento de pena.

E, assim como a *consunção total*, também a *consunção parcial* deve preencher alguns pressupostos para que ocorra:

- a) *pluralidade de elementos subjetivos* (v. 8.2.2.a);
- b) *inexistência de relação de necessidade entre crime absorvido e o crime absorvente* (v. 8.2.2.b);
- c) *o crime absorvido deve ser um meio ou um fim do intuito criminoso* (v. 8.2.2.c);
- d) *o crime absorvido deve ser mais grave que o crime absorvente* (v. 8.2.2.d).⁶⁴

(61) Nesse sentido: "Se da violência empregada por autoridade no exercício das funções ou a pretexto de exercê-la, resultar lesão corporal deverá aquela responder, cumulativamente, por ambos" RT 393/450.

(62) "Em tema de desacato, sendo as ofensas morais ao funcionário público seguidas de agressão física, esta constitui mero desdobramento do propósito inicial de humilhá-lo e desprestigiá-lo, inserindo-se na própria figura do desacato" RT 565/343.

(63) "Art. 10. (...) § 2.º A pena é de reclusão de dois a quatro anos e multa, na hipótese deste artigo, sem prejuízo da pena por eventual crime de contrabando ou descaminho, se a arma de fogo ou acessórios forem de uso proibido ou restrito."

(64) Situação que pode acarretar dúvidas é o tratamento a ser dado ao porte ilegal de armas, erigido à categoria de crime pela Lei 9.437/97. Quando tal fato constituía

e) *ausência de exclusão legislativa da absorção* (v. 8.2.2.e).

Portanto, admissível é a absorção parcial dês que presentes esses pressupostos, sem necessidade, contudo, de serem as infrações penais praticadas contra o mesmo sujeito passivo. Essa solução autoriza que o autor de um estelionato mediante falsificação de documento⁶⁵ responda somente pela pena do primeiro, mas exasperada. O mesmo pode ocorrer em relação às seguintes infrações penais: estelionato e furto, falso testemunho e injúria, bigamia e falsificação de documento, lesão corporal e abuso de autoridade, desacato e lesões corporais etc.

Da mesma forma, seria possível a absorção parcial entre infrações dolosas e culposas, como por exemplo: o homicídio e a lesão corporal culposa de trânsito absorvem parcialmente a falta de habilitação para dirigir veículo automotor e a participação de "racha".

Com essa solução estaremos oferecendo uma legitimação eficaz ao direito penal, cumprindo com a sua função tanto de defesa social – pois que nenhuma das lesões restará impune – como de defesa individual.

8.2.4 A *consunção* de lege lata e de lege ferenda

Pode-se objetar que a consunção total e parcial não pode ser aplicada em conformidade com nosso atual ordenamento penal. É possível, contudo, que a consunção parcial seja adaptada à primeira fase de aplicação da pena: a pena-base. Assim, em sendo verificada a absorção parcial, poderá o juiz, *de lege lata*, aplicar somente a pena da infração penal mais grave, elevando-a sutilmente, contudo, quando da utilização do art. 59 do CPB.

De lege ferenda, como vimos, o modelo proposto poderia ser objeto de normatização expressa. No capítulo referente à *aplicação da lei penal*, poder-se-á acrescentar um dispositivo com a seguinte redação:

Princípio da consunção – "Art. (...). Se a conduta voluntária do agente realiza a descrição de mais de uma norma penal incriminadora, desprovidas de uma relação de necessariedade, ser-lhe-á aplicada somente a pena da infração mais grave, desde que as condutas praticadas atinjam a mesma vítima.

uma mera contravenção penal (art. 19 do Dec.-lei 3.688/41), a doutrina e a jurisprudência majoritárias entendiam que tal infração penal restava absorvida se realizada como meio para a prática, por exemplo, de um crime de constrangimento ilegal. Doravante, entretanto, tal solução não mais poderá ser adotada, pois que o crime de porte ilegal de armas tornou-se mais gravemente apenado que o constrangimento ilegal.

⁽⁶⁵⁾ Só haverá a consunção parcial nos casos de falsidade ideológica ou de falsidade material de documento privado, pois que, nessas situações, a pena do *falsum* é idêntica à do estelionato (reclusão de 1 a 5 anos e multa). Por ser a falsificação de documento público mais gravemente apenada, impossibilita-se a absorção parcial.

Parágrafo único. A pena da infração mais grave será exasperada até o dobro, no caso de lesão a vítimas diferentes, observados os limites referentes ao concurso material”.

Dessa forma, teríamos a solução para grande parte das divergências que a matéria tem sofrido.

9. Princípio da subsidiariedade

9.1 O princípio da subsidiariedade na doutrina

Segundo Aníbal Bruno, “A norma principal prevalece sobre a norma simplesmente subsidiária; isto é, a norma subsidiária só se aplica se ao caso não for aplicável a norma principal. É o princípio da subsidiariedade. Às vezes, é a própria lei que cria a subsidiariedade por meio de expressões que indicam que só será aplicável se o fato não constituir crime mais grave; outras vezes, a subsidiariedade deve concluir-se da relação existente entre as normas, que se ocupam de fatos que podem ser tomados por graus diversos, de gravidade diferente, da violação do mesmo bem jurídico, sendo aplicáveis as normas relativas às formas menos graves só quando não caiba a aplicação da referente aos fatos de mais gravidade. A norma subsidiária é a menos grave, para a qual recai o fato se não se ajusta tipicamente à norma principal. São subsidiárias, por exemplo, as disposições de leis que definem crimes de perigo em confronto com as referentes a crimes de dano, desde que seja o mesmo bem jurídico ameaçado ou violado”.⁶⁶

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Wessels ratifica, sumariamente, que “subsidiariedade significa que uma disposição penal só é aplicável secundariamente, isto é, só reivindica validade para o caso em que uma outra já não intervenha”.⁶⁷ Trata-se, pois, de uma forma de solução a etapas ou graus diversos de ofensa a um mesmo bem jurídico.

A doutrina costuma apontar duas situações de subsidiariedade: a expressa e a tácita.

Quando o art. 132 do CP, depois de definir, na regra preceptiva, o crime de “perigo para a vida e a saúde de outrem”, estatui, na regra sancionadora, que a pena será de detenção, de três meses a um ano, “se o fato não constitui crime mais grave”, – está o legislador, de maneira explícita, salientando o caráter subsidiário da norma incriminadora: a regra nesta contida só incidirá sobre o fato, subsidiariamente, isto é, se a conduta humana lesiva não se enquadrar, antes, ou numa tentativa de homicídio, ou no “perigo de contágio de moléstia venérea” etc.⁶⁸

(66) Op. cit., p. 276-277.

(67) Op. cit., p. 180.

(68) Frederico Marques, op. cit., p. 338-339.

A subsidiariedade se diz implícita quando a relação entre duas ou mais normas promana da comparação entre os meios e escopo de seu conteúdo, como o ensina Bettiol. De subsidiariedade tácita denomina-a Nélson Hungria, porque o fato incriminado pela norma subsidiária “entra como elemento componente ou agravante especial do fato incriminado pela outra norma, de modo que a presença do último exclui a simultânea punição do primeiro”, em virtude de prevalecer, no caso, “o princípio de que *ubi major minor cessar*”.⁶⁹

E, dessarte, Damásio de Jesus formula os seguintes exemplos de subsidiariedade implícita:⁷⁰ o crime de dano (art. 163) é subsidiário do furto qualificado pela destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa (art. 155, § 4.º, I); a ameaça (art. 147) é crime constitutivo do constrangimento ilegal (art. 146).

9.2 A subsidiariedade como resquício da teoria causal-naturalista.

Em diversos tipos penais incriminadores, deparamo-nos com a adstringência da punição à condição de não constituir o fato crime mais grave.⁷¹

Pela formulação de um exemplo demonstraremos o equívoco dessa formulação: “A” deflagra dois disparos de arma de fogo contra “B”, sem, entretanto, atingi-lo. Tal situação, se analisada somente sob o aspecto objetivo, enquadrar-se-ia perfeitamente no tipo penal do art. 132 do CPB, já que “A” causou um perigo para a vida de “B”, e o fato não constituiu crime mais grave. E essa era a solução apontada pela Teoria Causal-Naturalista da Ação, de Liszt e Beling, já que a tipo penal era formado, apenas, pela descrição de uma conduta que, necessariamente deveria ser (somente) voluntária.

No mesmo exemplo, se “B” fosse atingido pelo disparo, resultando, entretanto, somente com lesões corporais leves, a punição do art. 132 daria lugar à do art. 129, já que o fato constituiu crime mais grave.

Imagine-se, agora, se no primeiro caso – em que a vítima não foi atingida – a intenção do agente fosse não só causar um perigo, mas sim causar a morte de “B”, não logrando êxito por circunstâncias alheias à sua vontade. Se perguntasse eu qual o crime praticado, por certo todos responderiam: tentativa de homicídio. A mesma resposta seria dada para o segundo caso – em que a vítima foi lesionada – se também o ânimo do agente era de matar.

Esses exemplos demonstram, pois, que é impossível a opção pela correta adequação típica do fato sem a análise do elemento subjetivo do agente, pois,

⁽⁶⁹⁾ Idem, p. 339.

⁽⁷⁰⁾ Op. cit., p. 98.

⁽⁷¹⁾ No Código Penal brasileiro, temos os seguintes casos: arts. 132 e 337. Já na Lei de Contravenções Penais: arts. 21, 46 e 68.

do contrário, o tipo penal ficará adstrito, apenas, à verificação ou não de um resultado. Isso fica mais evidente quando se percebe que o dolo do agente, no crime de homicídio, não é, inicialmente, causar um perigo, e, após, causar a morte. Seu elemento subjetivo é uno: o ânimo de matar, e não o de causar perigo ou de lesionar.

Jamais poderemos afirmar que o autor do homicídio, antes de atingir o seu desiderato, realizou os tipos penais de perigo e de lesão para, só após, chegar ao de homicídio. Se a sua intenção originária era matar, o crime de perigo e o de lesão corporal somente poderão ser considerados como etapas necessárias se a tipicidade for avaliada, apenas, objetivamente, e não também subjetivamente.

Dessarte, ao admitirmos a subsidiariedade como etapas ou graus diversos da ofensa a um mesmo bem jurídico, estaremos divagando, somente, acerca da tipicidade objetiva, e não da subjetiva, pois é só com essa ênfase que se pode admitir ser o perigo, a lesão ou a morte, graus diversos de agressão a um mesmo bem jurídico.

A inobservância dessa peculiaridade é a origem do equívoco em que incidem doutrina e jurisprudência quando afirmam a impossibilidade de lesões corporais leves na forma tentada, pois que, nesse caso, seria o agente punido, apenas, pela contravenção de vias de fato.⁷² E chegam a essa solução pela análise exclusivamente objetiva da conduta, sem a percepção de que a vontade de lesionar é diferente e oposta à vontade, simplesmente, de chegar às vias de fato. Quem assim pensa é obrigado a afirmar que a tentativa incruenta de homicídio constitui, apenas, um crime de perigo à vida de outrem.

O equívoco em que incidem as normas que adstringem a sua punição à situação de o fato não constituir crime mais grave origina-se da possibilidade de o fato constituir crime mais grave e, inobstante, ser punido somente como crime de perigo, ou da possibilidade de o fato não constituir crime mais grave e, ainda assim, ser punido como tal.

Devem ser banidas, portanto, da legislação as fórmulas semelhantes às contidas no art. 132 do CPB.

Os demais casos de subsidiariedade apontados pela doutrina configuram, ou um mero caso de crime complexo – o estupro, por exemplo, é formado pelo constrangimento ilegal e pelas lesões corporais leves –, ou como uma simples análise de adequação típica – como é o caso, *verbi gratia*, da quadrilha ou bando formado para a prática de uma extorsão mediante seqüestro. Em ambos, inexistente conflito – sequer aparente – de normas.

(72) Nesse sentido: “A distinção entre vias de fato e lesões corporais está precisamente no resultado objetivo: ambos têm como elemento comum a agressão aliada ao *animus laedendi*. Mas, se resulta ofensa à integridade corporal ou à saúde de outrem, o que se verifica é o crime; quando não, a contravenção” *RJTJSP* 49/337. Idem: *RT* 465/368 e 508/347.

10. Crime progressivo e progressão criminosa

Há *crime progressivo*, ensina Jiménez de Asúa, quando “o agente passa de uma conduta inicial, que realiza um tipo de delito, a uma atividade ulterior, que realiza um tipo de delito mais grave, nas quais se incluem os elementos constitutivos do delito mais leve. O autor passa por etapas sucessivas, cada uma das quais podendo, em si mesma, revestir um determinado tipo delitivo. Mas entre um estágio e outro se produz tão estreito ligamento causal que a categoria superior do delito vai absorvendo inteiramente os anteriores. Destroem-se, assim, os possíveis tipos sucessivos no tempo, que se vão superando, e, em consequência, caem absorvidos, na última e mais grave penalidade, as sanções dos outros”.⁷³ Dessa forma, vemos que, no *crime progressivo*, um tipo penal, abstratamente considerado, contém outro, de modo que deve, necessariamente, ser realizado o segundo para se alcançar o resultado do primeiro.⁷⁴

É o que ocorre, *verbi gratia*, no caso de um crime de homicídio: para que o agente atinja o seu desiderato, deverá, necessariamente, praticar um crime de lesão corporal. Só com a passagem necessária pelo crime subsidiário é que o agente realizará o crime fim. O mesmo ocorre no crime de lesão corporal: para que se concretize, há que se realizar, necessariamente, um crime de perigo. Nesses casos, os crimes mais graves absorvem os menos graves.

No *crime progressivo*, portanto, como bem afirma Silvio Ranieri, a nota específica está na relação existente entre figuras típicas abstratas, independentemente de sua realização concreta pelo atuar de alguém. Trata-se, assim, de relação contida na estrutura interna do tipo, e não, fora deste, com outro tipo anteriormente concretizado.⁷⁵

Já a *progressão criminosa* ocorre quando uma figura típica, anteriormente realizada, ainda se concretiza através da realização sucessiva de outra figura típica em que já se encontra implicada. Trata-se, portanto, de conceito diverso e mais amplo que o do crime progressivo. E isto porque se este deriva de relação contida na estrutura interna do tipo, a progressão criminosa tem sua razão de ser na forma de concretização da figura típica abstrata.⁷⁶ É o que se dá, por exemplo, com a destruição da *res furtiva* após a consumação do crime de furto, e com o homicídio culposo de trânsito em havendo inabilitação do condutor.

Existem três formas de *progressão criminosa*:

a) progressão criminosa em sentido estrito: ocorre quando o agente pratica, inicialmente, uma infração penal e, posteriormente, em razão da mudança de

(73) Luis Jiménez de Asúa, op. cit., p. 484.

(74) Wiliam Wanderley Jorge. *Curso de direito penal*, 1986. vol. 1, p. 217.

(75) Op. cit., p. 13 e 14.

(76) Silvio Ranieri. Apud Frederico Marques, op. cit., idem, p. 367.

sua intenção, pratica outro crime mais grave. *Ab initio*, tal situação se consideraria um *crime progressivo*, mas um desligamento temporal e subjetivo transmuda-o em *progressão criminosa*. É a situação, por exemplo, do agente que produz lesões corporais em outrem, e, após, decide matá-lo. Não responderá ele por duplicidade de crimes, mas sim por um todo único: só o crime de homicídio. É o elemento subjetivo, aponta Frederico Marques, na *progressão criminosa*, que a distingue do crime de caráter *progressivo*: neste, havia, desde o início, a intenção de praticar o delito mais grave; naquela, o impulso volitivo, de origem, era a prática do delito menor, e só sucessivamente é que o agente, se bem que no mesmo contexto da conduta, delibera praticar o crime mais grave.⁷⁷

b) antefato impunível: dá-se quando o crime anterior serve de meio para a prática de um crime mais grave, que é a principal finalidade do agente. Assim, por exemplo, o crime de falsidade ideológica resta absorvido pelo crime de bigamia;

c) pós-fato impunível: nos casos em que o crime posterior incide na linha de atuação do fim que se propôs o agente ao cometer o primeiro crime.⁷⁸ A destruição da coisa subtraída resta absorvida pelo crime de furto.

10.1 Diferenciação

Não se confundem o *crime progressivo* e a *progressão criminosa*. Vejamos as principais diferenças.

O *crime progressivo* pressupõe um só fato; a *progressão criminosa*, uma pluralidade de fatos cometidos de forma continuada. Naquele, assevera Francesco Antolisei, há um só fato que, por sua natureza intrínseca, contém outro menos grave, pelo que a realização do primeiro sempre pressupõe a do segundo; neste, há referência a múltiplos fatos, isto é, a vários fatos típicos que se realizam de modo continuativo, em um só contexto.⁷⁹

Sob o aspecto subjetivo do sujeito, existe, no *crime progressivo*, desde o início, a vontade de cometer a infração de maior gravidade; na *progressão criminosa* a intenção inicial é de praticar o delito menor, e só depois é que, no mesmo *iter criminis*, resolve ele cometer a infração mais grave.⁸⁰ Naquele, há unidade de dolo; neste, pluralidade.

Tal elemento subjetivo, por consequência, é verificado em momentos distintos. No *crime progressivo*, havia, desde o início, a intenção de praticar o

(77) Op. cit., idem, p. 368.

(78) Nelson Hungria, op. cit, p. 121.

(79) Op. cit., p. 282.

(80) Aldo Moro. *Unità e pluralità di reati*, 1951. p. 105, apud Damásio Evangelista de Jesus, op. cit., p. 102.

crime mais grave. *Consiste em superar, no mesmo momento da ação, aquele mínimo que é necessário e suficiente para que se concretize um determinado delito.*⁸¹ Já na *progressão criminosa* o impulso volitivo era, *ab initio*, voltado para a prática do crime menor, e só sucessivamente é que o agente, se bem que no mesmo contexto da conduta, delibera praticar o crime mais grave.

O *crime progressivo* verifica-se abstratamente, pela simples leitura do dispositivo penal incriminador. Já a *progressão criminosa* depende da análise do caso concreto para a percepção de sua incidência.

10.2 O crime progressivo, a progressão criminosa, a subsidiariedade e a consunção

Da análise dos conceitos oferecidos pela doutrina, pode-se chegar à conclusão de que o crime progressivo está relacionado ao princípio da especialidade, enquanto que a progressão criminosa liga-se à consunção.

Dessa forma, se a doutrina soluciona o problema resultante do crime progressivo com a aplicação do princípio da subsidiariedade, e se, como vimos no item 9, retro, este princípio é um manifesto equívoco resultante da concepção causal-naturalista de Liszt-Beling, conclui-se que, a bem da verdade, inexistente tal classificação de crime.

Por outro lado, pode-se concluir que o problema originado com a verificação da progressão criminosa encontra solução no princípio da consunção, com todos os requisitos e conseqüências traçados no item 8, retro.

11. Conclusões

1. O tipo penal, segundo a concepção finalista da ação de Hans Welzel, é composto tanto por aspectos objetivos como subjetivos. A todo tipo penal objetivo corresponde um tipo penal subjetivo que lhe é congruente. No segundo aspecto encontra-se o dolo.

Da mesma forma, a tipicidade, surgida da realização do conteúdo de um tipo penal, também compõe-se objetiva e subjetivamente, já agora no plano do *ser*, e não do *dever ser*.

2. Da separação entre direito e moral decorre a ausência de conexão entre proibições legais e imoralidades. Dessa forma, há que se ressaltar a diferença entre tudo aquilo que é verdadeiro ou falso, e tudo aquilo que é justo ou injusto, pois que o verdadeiro pode ser justo, assim como o falso, ou, por outro lado, serem injustos.

⁽⁸¹⁾ Vincenzo Manzini. *Tratado de derecho penal*, 1948. t. 2, vol. 2, p. 112.

3. Empregamos a terminologia *concurso aparente de normas* para caracterizar o gênero do qual são espécies o *conflito aparente de tipos penais* e o *conflito aparente de tipicidades*.

4. O princípio da especialidade situa-se no *conflito aparente de tipos penais*, incriminadores ou permissivos, e soluciona-se segundo critérios de verdadeiro ou falso, já que independe de situações fáticas concretizadas para que possa ser analisado.

5. O princípio da consunção situa-se no *conflito aparente de tipicidades*, e soluciona-se segundo critérios de justiça ou injustiça, pois que, no plano do dever ser, estamos diante de um conflito real de normas. Impossibilita-se sua análise num plano abstrato.

6. O princípio da especialidade dispensa regulamentação legal, pois o que é verdadeiro não precisa ser normatizado para ser considerado como tal; já o princípio da consunção há que receber tratamento legislativo, visto que o verdadeiro – concurso real de crimes – pode resultar injusto, e só poderá ser justo mediante uma normatização que mitigue os efeitos injustos da verdade.

7. O concurso aparente de normas é problema ligado à *aplicação da lei penal*, e não ao *concurso de crimes*.

8. O princípio da especialidade tem por fundamento evitar o *bis in idem*, enquanto que o princípio da consunção tem por fundamento a *proporção* entre a pena e a lesão causada.

9. Dá-se o concurso aparente de tipos penais quando uma norma penal coloca-se em situação de norma geral em relação a outra, que possui todos os elementos daquela acrescida, entretanto, de um elemento especializador. Propõe-se a solucionar o problema o princípio da especialidade, expresso ou tácito, e atua sobre tipos penais incriminadores, permissivos e causas de aumento de pena. São requisitos para a sua incidência: a norma penal especial deve conter todos os elementos da norma geral, mais o elemento especializador; o *plus* da norma especial não pode configurar um tipo penal autônomo; e tanto a norma geral quanto a especial devem estar em vigor quando da prática da conduta. Por outro lado, incide o princípio ainda que a norma especial seja mais grave, esteja prevista em lei diversa, e possua objeto jurídico diverso.

10. Já o concurso aparente de tipicidades ocorre quando a conduta do agente realiza a descrição contida em mais de um tipo penal incriminador, sendo que, entretanto, apenas um deles incidirá. Nesse caso, o problema é resolvido pelo princípio da consunção, que possui os seguintes pressupostos: pluralidade de elementos subjetivos; inexistência de relação de necessariedade entre crime absorvido e o crime absorvente; o crime absorvido deve ser um meio ou um fim do intuito criminoso; o crime absorvido deve ser menos grave que o crime absorvente; o sujeito passivo direito deve ser idêntico em todas as infrações penais; e ausência de exclusão legislativa da absorção. Se as diversas infrações penais forem praticadas contra vítimas diferentes, impõe-se somente a absorção

parcial, punindo-se o agente com a pena do crime fim, acrescida de uma majoração.

11. A doutrina aponta o princípio da subsidiariedade como incidente nos casos em que uma disposição penal só é aplicável secundariamente, isto é, só reivindica validade para o caso em que uma outra já não intervenha. Tal princípio é uma decorrência da falácia causal-naturalista, pois que não é a maior gravidade ou não de um infração penal que irá determinar o tipo penal incidente, e sim o elemento subjetivo do autor do delito. E, como tal, deve ser descartado.

12. Os casos de progressão criminosa são solucionados pelo princípio da consunção. Já o crime progressivo mantém relação com o princípio da subsidiariedade e, como tal, também deve ser descartada sua autonomia.

Bibliografia

- ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale*. Milão : Giuffrè, 1947.
- ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires : Lousada, 1950.
- BARBOSA, Marcelo Fortes. *Concurso de normas penais*. São Paulo : RT, 1976.
- BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. Trad. de Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco. São Paulo : RT, 1971.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal – Parte geral*. São Paulo : RT, 1997.
- BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Rio de Janeiro : Forense, 1973.
- COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal – Parte geral*. Rio de Janeiro : Forense, 1982.
- COSTA E SILVA, A. J. *Código Penal*. São Paulo : Ed. Nacional, 1938.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. São Paulo : Saraiva, 1990.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madri : Trotta, 1995.
- FILLIPO, Grispi. *Diritto penale italiano*. Milão : Giuffrè, 1952.
- GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. São Paulo : Max Limonad, 1982.
- HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro : Forense, 1949.
- JESUS, Damásio de. *Direito penal*. São Paulo : Saraiva, 1994.
- JORGE, William Wanderley. *Curso de direito penal. Parte geral*. Rio de Janeiro : Forense, 1986. vol. 1.
- LUISI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista da ação e a nova legislação penal*. Porto Alegre : Fabris, 1987.
- MANZINI, VINCENZO. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires : Ediar, 1948, t. 2, vol. 2, 1948.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. São Paulo : Saraiva, 1967.
- MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. Madri : Ed. Revista de Derecho Privado, 1956.

- PEÑA, Frederico Puig. *Colisión de normas penales*. Barcelona : Bosch, 1958.
- PIERANGELLI, José Henrique e outro. *Manual de direito penal – Parte geral*. São Paulo : RT, 1997.
- RANIERI, Silvio. *Reato progressivo e progressione criminosa*. Milano : Giuffrè, 1942.
- ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa : Vega, 1998.
- SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires : Tea, 1954.
- STEVENSON, Francisco Oscar Penteado. “Concurso aparente de normas penais”, *Estudos de direito e processo penal em homenagem a Nélson Hungria*. Rio de Janeiro : Forense, 1962.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo : Saraiva, 1994.
- WELZEL, Hans. *Derecho penal – Parte general*. Trad. de Carlos Fontán Balestra, 1956.
- WESSELS, Johannes. *Direito penal – Parte geral (Aspectos fundamentais)*. Porto Alegre : Fabris, 1976.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl et alii. *Manual de direito penal – Parte geral*. São Paulo : RT, 1997.