

CONCURSO APARENTE DE TIPOS

Alberto Marques dos Santos

Como citar: SANTOS, Alberto Marques dos. **Concurso aparente de tipos**. In: *Revista Judiciária do Paraná*, Curitiba : JM Livraria Jurídica, vol. 1 (jan./2006), p. 161-199 1. Disponível em <albertosantos.org>. Acessado em (colocar a data de hoje).

“Um dos temas mais árduos e complexos do direito penal” 2.

“A doutrina do concurso de normas ... não terminou a fase da sua maturação” 3.

§ 1º. **Introdução: o que é concurso aparente de tipos.**

1. Pretende este trabalho apresentar as técnicas que servem para diferenciar um concurso real de um concurso aparente de tipos. Realizar essa diferenciação é parte do trabalho cotidiano do profissional do direito criminal, e uma breve lista de exemplos práticos confirma a utilidade do tema:

a) A, querendo roubar bens de B, furta um revólver, vai à morada da vítima portando a arma, invade clandestinamente a casa, e lá ameaça B, e exige a entrega de dois valiosos quadros. B reage, e A lhe desfecha cinco disparos, produzindo cinco ferimentos, que causam a morte da vítima. Feito isso, subtrai os quadros. Depois, destrói um deles, e, fazendo-se passar por legítimo dono, engana C, vendendo-lhe o outro. Dez tipos incriminadores descrevem fragmentos da narrativa: furto, porte ilegal de arma, violação de domicílio, ameaça, lesões corporais, homicídio, roubo, latrocínio, dano, estelionato. Aplicam-se a A as penas de todos esses tipos? Quantos crimes ele realmente cometeu?

b) A, dirigindo embriagado e sem habilitação, pratica várias manobras imprudentes, até que colide com um ponto de ônibus, matando B e C, e ferindo D.

1 Artigo disponível em: <http://www.amapar.com.br/images/stories/RevJudiciaria01.pdf>

2 FRAGOSO, *Lições*, p.375.

3 CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal Português*, I, p.167.

Dos tipos incriminadores que descrevem o fato, a saber, dirigir sem habilitação, dirigir sob efeito de álcool, homicídio culposo e lesão culposa de trânsito (respectivamente arts. 309, 306, 302 e 303 da Lei Federal nº 9.503/97), quantos realmente se aplicam ao caso?

Pelos exemplos *supra* se percebe que a apreciação jurídica dos fatos depende de realizar o seu enquadramento nas normas incriminadoras, para verificar *quantos* e *quais* crimes foram cometidos. Percebe-se que, em todos os casos exemplificados, mais de uma norma incriminadora parece cobrir o fato a ser julgado, ou fragmentos da sucessão de fatos. Intuitivamente se sabe, contudo, que não se poderá, em nenhum daqueles casos, punir o agente com as penas acumuladas de todos os tipos incriminadores aparentemente aplicáveis.

As técnicas que são abordadas neste trabalho servem para identificar *a)* os casos onde, dentre os vários tipos que descrevem o fato ou seus fragmentos, somente um prevalece, e *b)* qual deles é o prevalecente.

2. A função da teoria do delito é fornecer uma lista de requisitos comuns a todos os delitos, de modo a permitir identificar, num dado caso concreto, se há ali, ou não, um delito. Para desempenho desse mister a teoria do delito fornece um conceito analítico do delito: conduta típica, ilícita e culpável. Tal enunciado contém as características essenciais indispensáveis do fenômeno delito. Delas, é a tipicidade que diz respeito ao tema deste estudo.

Tipicidade é a adequação de uma conduta a um tipo legal de crime ⁴. No sentido jurídico-penal, tipo é um modelo de conduta. Pode ser um modelo de conduta permitida (tipo permissivo) ou um modelo de conduta proibida: o tipo incriminador. O tipo incriminador descreve (modela) a conduta proibida, e ameaçada com a pena. Ao fazê-lo cria um molde, um padrão para ser comparado com condutas da vida real. Logo, definir se um determinado fato constitui, ou não, um delito, passa pela realização do chamado juízo de tipicidade: a comparação do fato com os *modelos de conduta proibida*, que a lei criminal elenca *numerus clausus*. Três podem ser as conclusões dessa comparação: *a)* o fato não se enquadra em nenhum dos *modelos*: é *atípico*; *b)* o fato se enquadra em um só dos *modelos*: é *típico*; *c)* o fato se enquadra em *dois ou mais* dos *modelos*: é simultaneamente *típico para mais de um tipo*.

Quando essa terceira hipótese ocorre, temos um *concurso de tipos*.

3. Um concurso de tipos pode ser *efetivo* ⁵ ou *aparente*.

a) Há um concurso *efetivo* de tipos – *i.e.*, um *concurso de crimes* – quando há *pluralidade de fatos puníveis*. Isso importa dizer que há *mais de um delito* a punir. As situações em que esse fenômeno ocorre são de três espécies:

i) Concurso *material* ⁶, que consiste na *pluralidade sucessiva* de fatos típicos,

⁴ TOLEDO, *Princípios*, p.84.

⁵ O termo *real* seria um antônimo mais perfeito para *aparente*, mas causaria mal-entendidos, porque é quase unânime o emprego, na doutrina, da expressão *concurso real*, para designar uma das modalidades do concurso efetivo, o concurso *material* (art. 69 do CP).

iguais ou distintos, produzida mediante sucessivas condutas típicas independentes 7. Há, aqui, várias condutas, ou vários fatos, sucessivos e independentes entre si, que incidem em vários tipos incriminadores, ou incidem várias vezes no mesmo tipo incriminador (*i.e.*, mais de um fato e mais de um crime). O concurso entre eles é resolvido pelo critério da *cumulação das penas*, previsto no art. 69 do Código Penal.

ii) Concurso *formal* ou *ideal*, que implica na *pluralidade simultânea* de duas ou mais incidências típicas, iguais ou distintas, geradas através de uma mesma conduta típica isolada 8. Há, nesse caso, uma só conduta, que incide, concomitantemente, em dois ou mais tipos incriminadores (*i.e.*, um só fato, mais de um crime). Resolve-se o conflito com base na regra do art. 70 do Código Penal, que aplica o critério da *exasperação da pena*.

iii) *Crime continuado* ou continuidade delitiva, consistente na *pluralidade continuada* de condutas típicas independentes, da mesma espécie, que a lei trata como uma unidade. Há várias condutas, incidindo o agente várias vezes no mesmo tipo incriminador, e a lei, por razões de política criminal, trata os vários delitos como se fossem um só (*i.e.*: mais de um fato, mais de um crime, uma só pena). É a regra do art. 71 do Código Penal que regula a hipótese, adotando também o critério de *exasperação da pena*.

O tema do concurso efetivo de tipos (material, formal ou continuado) é relativo à resposta penal, e não é, pois, objeto deste opúsculo. Importa, contudo, deixar clara a diferença entre o concurso efetivo e o concurso aparente de tipos. No concurso efetivo (concurso de delitos), há *dois ou mais delitos*, sujeitando-se o agente às *penas de dois ou mais tipos* incriminadores (que são somadas, ou não, conforme seja o caso do art. 69, do art. 70 ou do art. 71 do Código Penal).

b) No concurso *aparente*, como a própria denominação denuncia, *aparentemente* o fato dá lugar a duas ou mais adequações típicas simultâneas, dois ou mais delitos. Um mesmo fato é coberto pelas descrições típicas de várias normas incriminadoras, que sobre ele *convergem*. Todavia, pela aplicação do princípio *ne bis in idem*, que impede a dupla punição pelo mesmo fato 9, somente uma das tipicidades se aplica, prevalecendo sobre as demais, e afastando a incidência destas. O fato subsume-se a *um tipo incriminador somente*: há múltiplos delitos na aparência, mas *delito único na realidade*. Delito único e pena única.

Concurso aparente é, assim, “a relação que medeia entre duas leis penais, pela qual, enquanto uma é excluída, a outra é aplicada” 10. A hipótese fática é teoricamente subsumível em vários preceitos, um dos quais, todavia, afasta os restantes; há mera possibilidade textual da dita subsunção, mas essa possibili-

6 Ou concurso *real*, na acepção em que a doutrina tradicionalmente usa esse conceito.

7 CIRINO DOS SANTOS, *A Moderna Teoria do Fato Punível*, p.327.

8 O conceito é baseado em CIRINO DOS SANTOS (*A Moderna Teoria do Fato Punível*, p.327), que, todavia, refere-se à pluralidade de *resultados* típicos. Todavia, tal conceituação parece excluir da possibilidade do concurso ideal as hipóteses de delitos de atividade, que, com certeza, também admitem tal gênero de concurso, e onde inexistente *resultado* típico.

9 MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, p.675; PRADO, *Curso*, v.1, p.130; TOLEDO, *Princípios*, p.52.

10 BELING, *apud* PRADO, *Curso*, v.1, p.130.

dade é, juridicamente, só “aparente”, *i.e.*, em última instância só uma das normas resulta aplicável ¹¹. “Aplica-se exclusivamente uma norma penal, com o afastamento de todas as demais, já que é suficiente para esgotar o total conteúdo de injusto da conduta” ¹².

4. Percebe-se, afinal, que na solução dos problemas sugeridos nos exemplos do preâmbulo identificam-se, a princípio, duas hipóteses básicas: unidade de fato e pluralidade de fatos.

Quando há *pluralidade de fatos*, há sempre *pluralidade de delitos*, ou na forma sucessiva (concurso material, art. 69 do CP e § 1º n. 3 a *i*, *supra*) ou na forma continuada (crime continuado, art. 71 do CP e § 1º n. 3 a *ii*, *supra*) ¹³.

Já quando há *unidade de fato*, pode haver unidade ou pluralidade de delitos ¹⁴.

Haverá *unidade* de delito quando um dos tipos incriminadores que descrevem o fato prevalecer sobre os demais, por cobrir mais exata e completamente o conteúdo do injusto. Essa hipótese – que corresponde ao concurso aparente de tipos – é identificada mediante três critérios: especialidade, subsidiariedade e consunção.

Se, todavia, nenhum dos três critérios for aplicável, então nenhum dos tipos em exame esgota, isoladamente, o conteúdo do injusto, que só poderá ser alcançado em plenitude pela aplicação simultânea das duas tipicidades ¹⁵. Haverá, aí, concurso formal de delitos (§ 1º n. 3 a *ii supra*).

5. Dessa introdução extraem-se duas premissas: *a*) o passo preliminar, para identificação do concurso aparente, é apurar a unidade ou pluralidade de fatos; e *b*) identificada a unidade de fato, o problema se situa em investigar se a hipótese é de concurso ideal (formal) ou de concurso aparente de tipos.

¹¹ DEL ROSAL & ANTÓN, *Derecho Penal*, p.173.

¹² PRADO, *Curso*, v.1, p.130.

¹³ Advertem DEL ROSAL & ANTÓN que pode haver concurso aparente de tipos em caso de pluralidade de fatos, ao menos se entendida no sentido naturalístico, como ocorre nos chamados fatos anterior e posterior co-punidos. Neles “a pluralidade naturalística se transforma em unidade jurídica, em virtude da dependência valorativa a respeito de um fato principal. Assim, na hipótese de que se causem lesões para produzir a morte, se esta efetivamente se produz, o delito de lesões não será senão um episódio sem substantividade própria frente ao de homicídio” (*Derecho Penal*, p.764). Todavia, como será visto adiante, a identificação da unidade ou pluralidade de fato não se faz utilizando um critério naturalístico, mas sim jurídico-valorativo. E, nesse sentido, as lesões que se inflige para matar, e a morte que se segue, não são dois fatos, mas um só.

¹⁴ MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, p.662.

¹⁵ “Necessita-se, constantemente, discutir a eventualidade do conflito de leis como preliminar à apuração de um concurso de delitos” (GARCIA, *Instituições*, v.1, t.2, p.508).

§ 2º. Pluralidade e unidade de fato.

6. Do exposto acima se percebe, logo, que a diferenciação entre concurso efetivo e concurso aparente de tipos pressupõe a prévia identificação da unidade ou da pluralidade de fatos. Trata-se, pois, de uma questão preliminar, o compreender o que significam as expressões “um só fato” e “vários fatos”, nos domínios do tema agora em estudo ¹⁶.

7. Antes, porém, de esclarecer esses conceitos, é útil resolver uma questão terminológica que pode ocasionar mal-entendidos.

É que parte da doutrina, tratando do tema, prefere falar em unidade e pluralidade de *conduta*, ou de *ação*. A expressão *fato*, contudo, é preferível, porque indica mais precisamente o fenômeno que se quer descrever ¹⁷.

Os tipos incriminadores (e este trabalho é sobre o concurso entre eles) descrevem não apenas condutas ou ações, já que na descrição típica, pelo menos na maioria dos casos, figuram a ação, o nexos causal, o resultado naturalístico, e circunstâncias acessórias de tempo, lugar, meio ou modo de execução, qualidades do sujeitos ativo e passivo, relações entre estes, etc.. O vocábulo *fato*, por ser mais abrangente, é mais qualificado para descrever esse complexo de elementos, que não cabe inteiramente nas palavras *conduta*, ou *ação* ¹⁸.

8. De um ponto de vista naturalístico cada movimento corporal, cada ato, pode ser considerado como *um* fato ¹⁹. Por esse prisma cada punhalada que o homicida desfere contra a vítima seria *um* fato, e num assassinio feito a facadas haveria pluralidade de fatos.

Entretanto, no tema em estudo não se emprega a palavra *fato* nesse insuficiente sentido natural, mas num sentido jurídico-valorativo, e essa é uma opinião unânime ²⁰. Do ponto de vista jurídico-valorativo um grande conjunto de movimentos corporais independentes pode constituir *um só fato*: o conceito de unidade de fato é valorativo, no sentido de que depende de uma determinada va-

¹⁶ Nesse sentido: MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, p.661.

¹⁷ “A terminologia que empregamos de ‘unidade de fato’ tem a vantagem, sobre a de ‘unidade de ação’, que permite vinculá-la à unidade típica sem desconhecer que o tipo descreve frequentemente várias ‘ações’: toda unidade típica suporá unidade de fato, ainda que implique em certos casos pluralidade de atos típicos (MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, p.662).”

¹⁸ Nesse sentido: DEL ROSAL & ANTÓN, *Derecho Penal*, p.765-6. Mas há quem empregue as palavras *conduta* e *ação* em duplo sentido, para significar tanto a ação em sentido estrito, quanto o complexo ação + nexos causal + resultado. Essa ambigüidade, contudo, não beneficia a comunicação.

¹⁹ Ou uma conduta, ou uma ação, para os que adotam tal terminologia.

²⁰ “A unidade de ação deve ser considerada por um prisma jurídico: não se trata simplesmente de unidade natural. A diferenciação entre unidade e pluralidade de ações só é possível a partir da interpretação do sentido do tipo de injusto” (JESCHECK, *apud* PRADO, *Curso*, v.1, p.131). No mesmo sentido: MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, p.661; CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal Português*, I, p.162.

loração, segundo a qual vários movimentos musculares devem contemplar-se como formando uma só unidade ²¹.

Essa singularização ocorre quando os vários atos seqüenciais estão unificados por dois fatores: *a)* um fator teleológico, e *b)* um fator valorativo. O primeiro é pressuposto do segundo, e só há unidade de fato quando os dois estão presentes.

a) O fator teleológico, ou fator final, consiste na existência de um plano comum que dá sentido uno aos vários movimentos; há uma unidade de resolução reunindo os vários movimentos isolados ²². O agente representa, em sua mente, os vários atos físicos seqüenciais como etapas, meios, passos, para alcançar um fim único. No plano do agente, os vários atos não são fatos independentes, mas fases da realização do mesmo fato final visado ²³, e aparecem no mundo empírico “num contexto situacional e motivacional unitário segundo a valoração usual” ²⁴.

Assim é que, no plano do ladrão de quadros do nosso primeiro exemplo, furtar a arma, invadir a casa e alvejar a vítima são momentos da realização do mesmo projeto. A finalidade comum consolida os vários atos-meio num só fato-fim.

b) Não basta essa unidade de resolução para converter a pluralidade de atos num único fato. É necessário agregar um fator valorativo-normativo. É preciso verificar se as normas incriminadoras, que expressam a reprovação jurídico-social, também reúnem aqueles atos numa só unidade de valoração ²⁵. Cada tipo incriminador constitui uma unidade de valoração, construída para reprovar um dado conjunto de atos e circunstâncias ²⁶. Importa conferir se a seqüência de atos em exame, que o plano do agente englobava num plano comum, pode ser totalmente incluída num único núcleo de valoração, ou, em termos simples, se um único tipo incriminador é capaz de abarcar todos aqueles atos. Se a resposta for positiva, aqueles atos são, para efeitos jurídico-penais, um só fato.

²¹ MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, p.661.

²² ZAFFARONI & PIERANGELI, *Manual de Direito Penal Brasileiro*, p.722-726, *passim*.

²³ “Na ação se uniram em uma unidade (com sentido) uma pluralidade de atos físicos isolados, pelo fato de que cada ato passa a ocupar, em virtude da vontade final, um lugar fixo e determinado no acontecer da ação” (WELZEL, *Derecho Penal Aleman*, p.265).

²⁴ MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, p.664.

²⁵ “A unidade de ação jurídico-penal se estabelece, assim, por dois fatores (tal qual urdidura e trama): pela proposição de um fim voluntário e pelo julgamento normativo social jurídico em razão dos tipos” (WELZEL, *Derecho Penal Aleman*, p.266.). Valorar um fato é atribuir-lhe efeitos jurídicos (CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal Português*, I, p.162).

²⁶ “... o problema de que sentido de ação e quantas unidades de sentido social foram realizadas nessa real conexão final, se determina de acordo com o julgamento social objetivo dessa conexão, que para o direito penal está expressa nos tipos legais. De acordo com eles se aprecia o que a realização final significa socialmente ...” (WELZEL, *Derecho Penal Aleman*, p.266).

Se for negativa, há mais de um fato ²⁷. O critério para valorar um fato como unitário só pode ser jurídico, e, mais concretamente, só pode ser apurado do sentido do tipo correspondente ²⁸.

Assim, no exemplo já mencionado do ladrão de quadros, embora o furto do revólver e o posterior latrocínio estejam reunidos pelo fator final, porque, no plano do agente, são meios para alcançar o mesmo fim, não constituem um só fato, porque não há uma só unidade de valoração que possa abranger os dois atos, cuja reprovação só pode ser esgotada pela aplicação concomitante de dois tipos incriminadores.

Ensinam, a propósito, DEL ROSAL & ANTÓN:

“Para falar-se de concurso de leis é preciso que uma das normas em concurso contemple totalmente o desvalor e a reprovação que o ordenamento jurídico atribua à conduta de que se trata. Se só o contempla em parte será precisa a consideração combinatória de outra lei para apreciá-lo em sua totalidade. Portanto, nos encontramos ante um concurso de infrações e não ante um concurso de normas. [...] Em termos gerais, pode dizer-se que haverá concurso de leis onde um só dos tipos em conflito abarque totalmente o injusto da conduta delitativa, e haverá concurso de crimes onde, para captar completamente dito injusto, se haja de tomar em consideração vários tipos” ²⁹.

9. Em princípio são estes os casos em que a consideração típica é unitária, *i.e.*, há unidade de desvalor: *a*) o tipo admite pluralidade eventual de movimentos (p.ex.: homicídio); *b*) o tipo requer uma pluralidade necessária de movimentos (p.ex.: ameaçar e praticar conjunção carnal); *c*) os movimentos integram duas tipicidades, mas a primeira contém a segunda como elemento subjetivo (p.ex.: matar para roubar); *d*) os movimentos integram duas tipicidades, mas a segunda é forma usual de exaurimento da primeira (p.ex.: falso para estelionato); *e*) o tipo é necessariamente permanente: todos os atos que visam manter o estado antijurídico são uma só conduta (p.ex.: seqüestro); *f*) o tipo exige sua realização por um meio simbólico: todos os movimentos contidos numa unidade simbólica são uma só conduta (p.ex.: escrever um livro que injuria várias pessoas) ³⁰.

Mas nem sempre é simples detectar se há essa “unidade de desvalor”, isto é, a suficiência de um único tipo para expressar a reprovação integral de um conjunto de atos. Está evidente que o tipo do homicídio engloba a punição das lesões letais; e que o do latrocínio contém a reprovação do homicídio, e do roubo que o motiva, e não contém a reprovação do prévio furto da arma usada para matar. Mas conterà a reprovação da invasão do domicílio, ou do posterior engodo usado para vender a *res*? Nos casos duvidosos, em que “a pluralidade de

²⁷ “Há unidade de ação quando diversas atuações, que se encontram numa mesma conexão final, são membros de um mesmo tipo de injusto” (WELZEL, *Derecho Penal Aleman*, p.267).

²⁸ MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, p.662.

²⁹ DEL ROSAL & ANTÓN, *Derecho Penal*, p.180 (o primeiro excerto) e p.764 (o segundo).

³⁰ ZAFFARONI & PIERANGELI, *Manual de Direito Penal Brasileiro*, p.722-726, *passim*.

valorações é meramente aparente”³¹, o recurso às técnicas de identificação do concurso aparente de tipos é indispensável. Essas técnicas servirão para identificar se existe, ou não, a unidade de desvalor, ou seja, se existe unidade ou pluralidade de fatos.

10. Mais desafiadora é a situação em que um único movimento, um ato singular e isolado, recai numa desvalorização jurídica plural, *i.e.*, *um só ato* naturalístico constitui *mais de um fato* para o direito penal. No segundo exemplo do nosso preâmbulo o motorista, num único gesto impensado, arremessa o carro contra três vítimas. Essa é uma hipótese onde um aparente ato único não pode ter sua reprovabilidade esgotada por uma única incidência típica. Há, aí, concurso ideal: “O concurso ideal está caracterizado pela circunstância de, na valoração penal de um fato, concorrerem simultaneamente diversos tipos, que só em seu conjunto esgotam o conteúdo de injusto daquele [...] O princípio que rege o concurso ideal consiste em que o conteúdo delitivo de uma ação só é compreendido em todos os seus aspectos mediante vários tipos”³².

Em síntese, “No concurso formal existe uma só ação que dá lugar a diversos crimes. No concurso aparente uma só ação pode, em tese, configurar mais de um crime: todavia, só uma norma é aplicável, excluídas as demais por princípios lógicos e de valoração jurídica do fato”³³.

11. Sustentando toda a teoria que rege o conflito aparente de tipos está o brocardo *ne bis idem*: “O fundamento geral das diversas regras de solução do concurso aparente de leis penais radica, de uma parte, na idéia de que o ordenamento jurídico é um sistema ‘consistente’, isento de contradições; e, de outra, no axioma de que não se pode castigar duas vezes o mesmo fato (*ne bis in idem*)”³⁴. “No concurso de leis resulta que a aplicação concorrente de ambos os preceitos levaria a *punir duas vezes o mesmo fato*”³⁵.

§ 3º. Questões terminológicas.

12. As questões referentes ao tema em estudo são “*intensamente discutidas* até na própria terminologia”³⁶. Há divergência acerca da correta denominação do fenômeno que designamos por concurso aparente de tipos. Empregam-se, para designar o mesmo ente, as expressões concurso de leis penais³⁷, concurso apa-

³¹ DEL ROSAL & ANTÓN, *Derecho Penal*, p.763.

³² WELZEL, *Derecho Penal Aleman*, p.273-276.

³³ FRAGOSO, *Lições*, p.374.

³⁴ DEL ROSAL & ANTÓN, *Derecho Penal*, p.172. No mesmo sentido: PRADO, *Curso*, v.1, p.130; TOLEDO, *Princípios*, p.52; MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, p.675.

³⁵ DEL ROSAL & ANTÓN, *Derecho Penal*, p.174.

³⁶ JESCHECK & WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal*, p.790. A ênfase está no original.

³⁷ MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, p.675.

rente de leis ³⁸, concurso de normas ³⁹, concurso aparente de normas ⁴⁰, conflito aparente de normas ⁴¹, unidade de lei ⁴², consunção ⁴³, colisão de normas penais, concurso ideal impróprio, concurso fictício ou impróprio de normas, concorrência imprópria de normas, concurso aparente de tipos ⁴⁴.

Esta última designação parece-nos mais precisa.

Há *concurso*, e não conflito ⁴⁵, entre as normas que aparentemente incidem sobre o caso, porque a aparência não é a de estarem uma afastando ou impedindo a incidência da outra (“conflitando”), mas a de estarem todas incidindo simultaneamente, *i.e.*, *concorrendo* ⁴⁶.

O concurso é *aparente* porque “várias leis são aparentemente aplicáveis a um mesmo fato, mas, na realidade, apenas uma tem incidência” ⁴⁷. Parece haver co-incidência, simultânea aplicabilidade, concorrência, enfim, dos diversos tipos sobre o fato, mas em verdade não há ^{48 49}, porque “para que não seja violado o princípio do *ne bis in idem*, somente uma norma irá regulamentar efeti-

³⁸ TOLEDO, *Princípios*, p.50; DEL ROSAL & ANTÓN, *Derecho Penal*, p.171; PRADO, *Curso*, v.1, p.129.

³⁹ CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal Português*, I, p.159.

⁴⁰ FRAGOSO, *Lições*, p.374; DOTI, *Curso de Direito Penal, Parte Geral*, p.286; PRADO, *Curso*, v.1, p.129; COSTA JR., *Direito Penal*, p.25.

⁴¹ BITENCOURT, *Manual*, v.1, p.129.

⁴² JESCHECK & WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal*, p.788.

⁴³ KOHLRAUSCH & LANGE, *apud* JESCHECK & WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal*, p.792, nota 26.

⁴⁴ ZAFFARONI & PIERANGELI, *Manual de Direito Penal Brasileiro*, p.736.

⁴⁵ Ensina CAVALEIRO DE FERREIRA (*Direito Penal Português*, I, p.160) que se fala de conflito entre normas antitéticas, e não, como ocorre no tema em exame, entre normas que prevêm efeitos jurídicos da mesma natureza para o mesmo caso. Cabe reconhecer, entretanto, que a partir do instante em que se reconhece a unidade de fato, e, de consequência, a necessidade de resposta penal única (*ne bis in idem*), os diversos tipos que parecem querer punir o mesmo fato singular parecem competir entre si pela primazia. E, somente nesse sentido, se pode dizer que há, entre eles, conflito, porque somente um há de prevalecer.

⁴⁶ “Concorrer: colaborar, contribuir, cooperar” (HENRIQUES & ANDRADE, *Dicionário de Verbos Jurídicos*, São Paulo : Atlas, 1996, p.53). “Concurso [...] mostra, em regra, a participação de várias pessoas a um ato, ou a afluência de coisas ou atos para a composição de outra uma coisa” (DE PLÁCIDO E SILVA, *Vocabulário Jurídico*, Rio : Forense, 1987, p.491). No latim, *concursum* significava “correr juntamente” (BUSSARELLO, *Dicionário Básico Latino-Português*, Florianópolis : UFSC, 1998, p.51).

⁴⁷ PRADO, *Curso*, v.1, p.130.

⁴⁸ “Desde um ponto de vista formal seriam aplicáveis vários tipos à ação, mas o conteúdo delitivo é determinado totalmente mediante um desses tipos. Esse tipo elimina a todos os restantes” (WELZEL, *Derecho Penal Aleman*, p.276).

⁴⁹ Em sentido contrário MIR PUIG (*Derecho Penal Parte General*, p.676) afirma que é preferível a concepção segundo a qual o concurso é real, no sentido de que todos os preceitos em jogo efetivamente concorrem, de modo que o fato cabe em todos e cada um deles, ainda que só um seja aplicável. Isso porque a efetividade dessa concorrência é que atenderia à eventual necessidade de ter de aplicar, em lugar do tipo preferente, um dos preteridos, como no caso de alteração legislativa superveniente, p.ex.. A questão nos parece, ainda, de mera terminologia. Concurso significa aplicação concorrente, isto é, simultânea dos vários tipos. Mas a “convergência de normas sobre uma situação de fato” (CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal Português*, I, p.160), isto é, a possibilidade de enquadrar o fato em cada um dos tipos, essa é real. Em termos enfáticos: a incidência é real, a co-incidência é que é aparente.

vamente a hipótese fática” 50. A interpretação adequada dos tipos descarta a concorrência 51.

O concurso é *de tipos*, e não de normas ou leis penais. As normas penais podem ser incriminadoras e não incriminadoras. No tema em estudo, só as incriminadoras é que aparentemente concorrem. O concurso aparente só se dá entre normas penais incriminadoras. E estas são usualmente chamadas de *tipos*.

A expressão concurso aparente de tipos é, assim, a mais rigorosamente adequada para designar o objeto deste estudo.

13. É amplamente majoritário o emprego da expressão *princípios* para designar as três ferramentas de que se vale o intérprete para solucionar o concurso aparente. Diz-se, assim, em quase toda doutrina, *princípio* da especialidade, *princípio* da subsidiariedade, *princípio* da consunção. Todavia, por serem, como foi dito, ferramentas ou instrumentos que resolvem o problema do concurso aparente, merecem mais exatamente a designação de critérios, ou regras 52.

A expressão mais acurada, entretanto, para definir a natureza de tais entidades, é *relação*. Como será visto no exame específico de cada hipótese, o que se apura, para solucionar o conflito aparente, é a existência, entre os tipos, de uma determinada espécie de *relação*, que pode ser uma relação de especialidade, uma relação de subsidiariedade ou uma relação de absorção. Na especialidade os fatos se apresentam numa relação *de espécie a gênero* (o tipo *geral* é gênero, o especial é *espécie*) 53. Na relação de subsidiariedade os tipos em conflito são duas espécies (*principal* e *subsidiária*) de um mesmo gênero 54, e se apresentam numa relação de interferência de maior para menor. Na consunção os tipos se apresentam numa relação *de parte a todo* (o delito consunto é a parte, o delito consuntivo é o todo) 55.

§ 4º. Questão topológica

14. Entendemos que o chamado concurso ou conflito aparente de normas penais está relacionado com o estudo da tipicidade, por uma questão de pertinência lógica 56.

50 COSTA JR., *Direito Penal*, p.25.

51 ZAFFARONI & PIERANGELI, *Manual de Direito Penal Brasileiro*, p.736.

52 Nesse sentido: DOTI, *Curso de Direito Penal, Parte Geral*, p.286.

53 Vide § 6º n. 23 *infra*.

54 Vide § 7º n. 25 *supra*, especialmente a nota 120.

55 Vide § 8º n. 29 *infra*.

56 Também tratando do tema dentro do capítulo da tipicidade: MIRABETE, *Manual de Direito Penal*, p.116. Mas a opinião majoritária é a de que o tema diz respeito à interpretação e aplicação da lei penal (PRADO, *Curso*, v.1, p.130, citando BRUNO, LEIRIA, TOLEDO, FRAGOSO, JESUS. COSTA JR., *Direito Penal*, p.25), *i.e.*, pertence à teoria da lei penal (DEL ROSAL & ANTÓN, *Derecho Penal*,

Na realidade, quando se trata do concurso aparente de normas, trata-se de apurar se há concurso *efetivo* ou *aparente* entre duas ou mais normas *incriminadoras*, para saber se um determinado fato é simultaneamente típico para mais de um *tipo*. De forma que quem diz *concurso de normas* diz *concurso de normas incriminadoras*; quem diz *norma incriminadora*, no Direito Criminal, diz *tipo incriminador*.

A questão está, pois, no âmbito da tipicidade. Os princípios preconizados para *identificação* e *solução* do falso concurso de normas são, por assim dizer, *princípios gerais da adequação típica*. Essa afirmação é comprovada ao longo da exposição que segue.

§ 5º. Introdução aos princípios.

15. O propósito deste trabalho é examinar os *critérios* que permitem *a) identificar* se um concurso de tipos é *real* ou *aparente* e *b) se for aparente*, identificar *qual dos tipos prevalece*, qual dos tipos aparentemente adequados ao fato é o que realmente se aplica. Os critérios úteis para cumprir essas duas operações são o da *especialidade*, o da *subsidiariedade* e o da *consunção*.

Na prática, na operação de avaliação da tipicidade, quando o intérprete se depara com uma possível tipicidade múltipla, primeiro submete o caso ao crivo dos três critérios (especialidade, subsidiariedade e consunção). Se, por qualquer dos três, apura-se que um dos tipos aparentemente adequados prevalece sobre os demais, estes restam excluídos: o concurso (*i.e.*, a *eficácia cumulativa* ⁵⁷ dos tipos) era só *aparente*. Quando nenhum dos três critérios exclui a multiplicidade de tipos, então há concurso efetivo: verdadeira co-incidência dos vários tipos sobre o caso, ou, em suma, mais de um delito a punir. Restará, depois, identificar se se trata de concurso material, formal ou por continuidade (vide § 1º n. 3, *supra*).

16. Ensina BOBBIO ⁵⁸ que a situação de normas incompatíveis entre si é uma dificuldade tradicional, e tem uma denominação característica: *antinomia*, expressão que já era consagrada no DIGESTO de JUSTINIANO. Uma das finalidades

p.171; BITENCOURT, *Manual*, v.1, p.131; CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal Português*, I, p.159), especialmente à aplicação da lei penal (DOTTI, *Curso de Direito Penal, Parte Geral*, p.286) ou à teoria das fontes (DEL ROSAL & ANTÓN, *Derecho Penal*, p.764). “Os que o estudam junto à teoria do concurso de delitos o fazem por razões expositivas e didáticas” (DEL ROSAL & ANTÓN, *Derecho Penal*, p.764; no mesmo sentido FRAGOSO, *Lições*, p.374). Tratando do tema junto com o concurso de crimes, num tópico chamado “problemática especial da tipicidade”: ZAFFARONI & PIERANGELI, *Manual de Direito Penal Brasileiro*, p.736. JESCHECK & WEIGEND (*Tratado de Derecho Penal*, p.789 *et seq.*) embora afirmando que a questão refere-se à interpretação das normas, dela tratam juntamente com o concurso efetivo.

⁵⁷ DOTTI, *Curso de Direito Penal, Parte Geral*, p.286.

⁵⁸ Teoria do ordenamento jurídico, p.81 *et seq.*, *passim*.

da interpretação é eliminar as antinomias, porque o ordenamento jurídico, como sistema que é, não as tolera ⁵⁹.

Para haver antinomias são necessárias duas condições: as duas normas aparentemente aplicáveis devem pertencer ao mesmo ordenamento, e ter o mesmo âmbito de validade. Os âmbitos de validade de uma norma são quatro: temporal, especial, pessoal e material ⁶⁰. A antinomia jurídica consiste na situação que se verifica entre duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento, e tendo o mesmo âmbito de validade ⁶¹.

As antinomias podem ser aparentes ou reais. As aparentes são solucionáveis através de três critérios: cronológico, hierárquico e de especialidade. As antinomias reais são aquelas a que não se pode aplicar nenhum dos critérios, ou onde os critérios entram em conflito ⁶².

Explicam-se assim os critérios que solvem as antinomias aparentes:

a) Cronológico: *lex posterior derogat priori*.

b) Hierárquico: *lex superior derogat inferiori*. A inferioridade de uma norma em relação a outra consiste na menor força de seu poder normativo ⁶³.

c) De especialidade (ou da *lex specialis*). *Lex specialis derogat generali*. Esclarece o mestre: “Lei especial é aquela que anula uma lei mais geral, ou que subtrai de uma norma uma parte da sua matéria para submetê-la a uma regulamentação diferente (contrária ou contraditória). A passagem de uma regra mais extensa (que abrange um certo *genus*) para uma regra derogatória menos extensa (que abrange uma *species* do *genus*) corresponde a uma exigência fundamental de justiça”, porque cumpre um processo natural de “diferenciação de categorias”, para dar tratamento igual a categorias iguais, e diferente para categorias diversas ⁶⁴.

Quando se aplicam os critérios cronológico ou hierárquico, tem-se geralmente a eliminação total de uma das normas. Quando se usa o critério da especialidade geralmente ocorre a eliminação apenas daquela parte da lei geral que é incompatível com a lei especial ⁶⁵.

17. Os casos tratados sob o pálio do concurso aparente tipos são reconduzíveis à idéia geral, já mencionada, de antinomias, verdadeiras e falsas. Como visto, BOBBIO preconiza que as contradições normativas devem ser resolvidas pelos princípios da especialidade, hierarquia e cronologia.

Como ensinam DEL ROSAL & ANTÓN, essa especialidade, antes referida, pode ser entendida em dois sentidos:

⁵⁹ BOBBIO, *Teoria do ordenamento jurídico*, p.81-82.

⁶⁰ BOBBIO, *Teoria do ordenamento jurídico*, p.87.

⁶¹ BOBBIO, *Teoria do ordenamento jurídico*, p.88.

⁶² BOBBIO, *Teoria do ordenamento jurídico*, p.92.

⁶³ BOBBIO, *Teoria do ordenamento jurídico*, p.92.

⁶⁴ BOBBIO, *Teoria do ordenamento jurídico*, p.96.

⁶⁵ BOBBIO, *Teoria do ordenamento jurídico*, p.97.

a) especialidade formal, a que apresentam as normas particulares por oposição às codificadas, e

b) especialidade material, que atende ao *conteúdo* das normas.

Esta última pode ser entendida

i) num sentido estrito, puramente *lógico*: há especialidade quando se pode estabelecer entre duas normas relação de gênero a espécie; ou

ii) num sentido amplo, *lógico-valorativo*: a norma é especial, em relação a outra, quando contempla de modo mais satisfatório e completo as particularidades de uma determinada hipótese de fato.

Na teoria geral do direito se usa a expressão especialidade nesse último sentido, enquanto no direito penal se utiliza o primeiro. O princípio da especialidade, como usualmente essa expressão é empregada, pela doutrina, no trato do tema deste trabalho, é apenas uma parte do princípio da especialidade de que falam ALF ROSS e BOBBIO ⁶⁶.

Há, assim, uma grande regra de especialidade em sentido genérico (material) ⁶⁷, que se desdobra em três regras diferentes (especialidade em sentido estrito [lógico], subsidiariedade e consunção) ⁶⁸. Ou, em termos esquemáticos, a especialidade em sentido genérico material se desdobra em duas “espécies” de especialidade: a) a especialidade em sentido estrito ou lógico, que, no tema do concurso aparente de tipos, é conhecida vulgarmente como “princípio da especialidade”; e b) a especialidade em sentido valorativo, que, no tema em estudo, desdobra-se nos “princípios” da subsidiariedade e da consunção.

Em verdade, uma única fórmula genérica resolve o concurso aparente, e ela corresponde ao princípio genérico de especialidade, à especialidade no sentido material: “em caso de conflito, a norma que se ajusta mais exatamente à hipótese de fato expressa de modo mais completo a valoração que dele efetua o ordenamento jurídico e prevalece sobre a que o contempla de maneira mais vaga e abstrata” ⁶⁹. Essa fórmula geral consolida o significado das três fórmulas específicas em que se decompõe (especialidade *stricto sensu*, subsidiariedade, consunção), como será visto.

18. O sumário dessas lições é este: só há conflito entre normas contemporâneas e de mesma hierarquia. Não existe antinomia, fora desses casos, porque prevalecerá a norma mais nova sobre a mais antiga ⁷⁰, ou a mais graduada hierarquicamente sobre a de grau inferior. Quando as normas são simultaneamente

⁶⁶ DEL ROSAL & ANTÓN, *Derecho Penal*, p.172.

⁶⁷ Que constitui um princípio geral do direito (CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal Português*, I, p.162.).

⁶⁸ DEL ROSAL & ANTÓN, *Derecho Penal*, p.174.

⁶⁹ DEL ROSAL & ANTÓN, *Derecho Penal*, p.174.

⁷⁰ Exceto se a mais antiga for especial, e a mais nova geral, porque “O conflito entre critério de especialidade e critério cronológico deve ser resolvido em favor do primeiro: a lei geral sucessiva não tira do caminho a lei especial precedente” (BOBBIO, *Teoria do ordenamento jurídico*, p.108; no mesmo sentido GARCIA, *Instituições*, v.1, t.2, p.508: “a lei especial prevalece sobre a geral, ainda que esta lhe seja posterior”).

te vigentes, e de mesma hierarquia, o conflito entre elas deve ser resolvido pela prevalência da norma que contempla, de modo mais satisfatório e completo, as peculiaridades do fato.

Finda essa introdução, sabemos que há concurso aparente de tipos quando há:

a) um só ato, ou uma multiplicidade de atos unificados por uma finalidade comum, segundo o plano do agente (*i.e.*, um só fato, *do ponto de vista teleológico-final*),

b) pluralidade aparente de normas incriminadoras para abranger a hipótese, mas

c) prevalência de uma das normas incriminadoras sobre as demais, por esgotar toda a reprovação jurídico-social do fato (unidade valorativa-normativa, *i.e.*, um só fato, *do ponto de vista jurídico-social*)^{71 72}.

A apuração da norma prevalecente, ou, em melhores termos, a constatação de que um só dos tipos é suficiente para, sozinho, reprovar o fato, é feita pela aplicação dos critérios científicos já mencionados (especialidade, subsidiariedade e consunção), de construção doutrinária e jurisprudencial, porque não há norma expressa que os regule⁷³. Como adverte MIR PUIG, tais princípios só resultam válidos com a condição de que se admita que não costumam oferecer soluções automáticas⁷⁴ para os problemas do concurso aparente.

19. Foi visto que uma única fórmula genérica preside a solução do concurso aparente. É o critério da especialidade, em sentido valorativo. Talvez por que ela forneça uma regra um tanto vaga e imprecisa (prevalece a norma que contempla mais completa e especificamente o desvalor do fato), esforçou-se a doutrina por desdobrá-la em sub-fórmulas, em sub-princípios, dotados de mais concreção e consistência.

Quantos e quais são esses desdobramentos é tema de controvérsia.

Para alguns, há um só critério para resolver o concurso aparente de tipos, e esse é o da especialidade⁷⁵. Para outros, há dois, especialidade e subsidiariedade

⁷¹ Ou, por termos mais lacônicos: “um dos preceitos basta por si só para apreender todo o desvalor do fato ou dos fatos concorrentes” (MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, p.675).

⁷² Os “requisitos” tradicionalmente listados pela doutrina são a) a unidade de fato, b) aparente pluralidade de tipos aplicáveis, e c) unicidade de delito pela aplicação da norma prevalecente (STEVENSON, *Concurso aparente de normas penais*, p.28). Ou, com palavras diversas: unidade de fato e pluralidade de leis (PRADO, *Curso*, v.1, p.130), unidade de conduta ou de fato, pluralidade de normas coexistentes e relação de hierarquia ou de dependência entre essas normas (BITENCOURT, *Manual*, v.1, p.130). O primeiro desses requisitos, unanimemente arrolado, deve ser esclarecido, porque a *unidade de fato* só cabe, aí, se for entendida num sentido limitado, como anotamos: unidade apenas do ponto de vista final-teleológico.

⁷³ FRAGOSO, *Lições*, p.374. Mas o critério da especialidade vem previsto no art. 12 do CP (COSTA JR., *Direito Penal*, p.25).

⁷⁴ *Derecho Penal Parte General*, p.677.

⁷⁵ ANTOLISEI, LANDECHO & MOLINA (*apud* DEL ROSAL & ANTÓN, *Derecho Penal*, p.175), DEAN (*apud* COSTA JR., *Direito Penal*, p.25).

de 76. Ou subsidiariedade e consunção 77. A maioria consagra os três critérios, especialidade, subsidiariedade e consunção 78. Outros incluem um quarto, o da alternatividade 79. Há quem negue a autonomia dos critérios da consunção e da subsidiariedade 80, e proponha um princípio da progressão, para substituí-los: a norma que prevê o fato menos grave, contemplado por outra norma, absorve a segunda 81.

De nossa parte, ficando claro que sejam quantos forem os desdobramentos propostos, não deixarão de ser meras especificações da mesma regra geral, abordaremos os mais tradicionalmente aceitos.

20. O fato de serem os princípios tradicionalmente estudados meras especificações ou aspectos da fórmula geral de especialidade valorativa leva a que, em muitos casos, um conflito aparente entre duas normas possa ser solvido por mais de um daqueles sub-critérios 82. Ver-se-á, na seqüência, que algumas hipóteses fáticas aparecem mencionadas, como exemplos, em mais de um critério. Isso não prejudica o trabalho do intérprete, nem indica inconsistência dos conceitos em estudo, mas apenas comprova o que foi dito no § 5º n. 17, *supra*.

§ 6º. Relação, regra, critério ou princípio da especialidade.

21. O chamado princípio da especialidade é, dentre os três que solucionam o conflito aparente, o único que opera com critérios lógicos, e não de valoração jurídica 83; o único a ter aceitação pacífica na doutrina 84 e a ser objeto de uma prática unanimidade 85; o único afirmado no direito positivo (art. 12 do CP) 86; e o único que pode ser estabelecido *in abstracto* 87, enquanto os outros princípios exigem o confronto *in concreto* das leis que definem o fato 88. Tem origem no

76 FROSALI (*apud* DEL ROSAL & ANTÓN, *Derecho Penal*, p.177); ALDO MORO (*apud* COSTA JR., *Direito Penal*, p.25).

77 DELITALA e GRISPIGNI (*apud* COSTA JR., *Direito Penal*, p.25).

78 DEL ROSAL & ANTÓN; FRAGOSO; WELZEL; ZAFFARONI & PIERANGELI, *Manual de Direito Penal Brasileiro*, p.736; BITENCOURT, *Manual*, v.1, p.130; PRADO, *Curso*, v.1, p.129 *et seq.*; TOLEDO, *Princípios*, p.50 *et seq.*; GARCIA, *Instituições*, v.1, t.2, p.507 *et seq.*.

79 DOTTI; STEVENSON; MIRABETE, JESUS, ÁLVARO MAYRINK DA COSTA (estes *apud* Prado, *Curso*, v.1, p.132).

80 ANTOLISEI (*apud* GARCIA, *Instituições*, v.1, t.2, p.511).

81 *Apud* GARCIA, *Instituições*, v.1, t.2, p.511.

82 Vide, p.ex., § 8º n. 28 *infra*, e § 7º n. 27 par. 3º *infra*, especialmente nota 145.

83 FRAGOSO, *Lições*, p.374.

84 PRADO, *Curso*, v.1, p.132.

85 CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal Português*, I, p.167.

86 COSTA JR., *Direito Penal*, p.25.

87 Por um confronto de estruturas formais facilmente identificáveis (CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal Português*, I, p.163.).

88 BITENCOURT, *Manual*, v.1, p.130.

direito romano ⁸⁹, e é o princípio fundamental na solução do problema do conflito aparente, o de maior rigor científico, sendo os demais critérios subsidiários ⁹⁰ e complementares ⁹¹.

22. Já foi dito que a regra da especialidade, como critério de solução de falsas antinomias, tem duplo sentido (*supra*, § 5º n. 16 e n. 17). Neste tópico, usa-se a expressão *especialidade* no seu sentido estrito, como especialidade puramente lógica ⁹² (*supra*, § 5º n. 17 b ii). As normas em conflito estão em relação de gênero a espécie. A classe das hipóteses de fato prevista em uma das normas deve ser uma subclasse da dos previstos em outra ⁹³.

O princípio (ou regra, critério ou relação) de especialidade pode ser assim enunciado: *a norma especial derroga a norma geral (lex specialis derogat legi generali)*, ou, em termos mais exatos, a norma especial *prevalece* sobre a geral, afastando a incidência desta. Não se trata, na verdade, de um caso de *derrogação*, porque a norma especial não *retira a vigência* da norma geral (não a *revoga*). A norma especial apenas afasta a incidência, *num determinado caso concreto*, da norma geral, que continua vigendo para outros casos ⁹⁴.

23. Reconhece-se a especialidade quando entre as normas existe uma relação de gênero para espécie ⁹⁵. Entre a norma geral e a especial há uma relação hierárquica de subordinação onde prevalece a última ⁹⁶, uma relação lógica de dependência, própria da subordinação ⁹⁷. Um tipo faz *fechamento conceitual* do outro, de maneira que há uma *relação de subordinação conceitual* entre os tipos ⁹⁸, o que ocorre quando “dos vários preceitos aparentemente concorrentes um deles contempla mais especificamente o fato que os demais” ⁹⁹, ou o contempla “desde um particular ponto de vista” ¹⁰⁰.

É *especial* a norma incriminadora que possui em sua definição legal todos os elementos típicos de outra (a chamada *norma geral* ou norma comum), e mais alguns, de natureza subjetiva ou objetiva, denominados *especializantes*, apresen-

⁸⁹ COSTA JR., *Direito Penal*, p.25; PRADO, *Curso*, v.1, p.132.

⁹⁰ BITENCOURT, *Manual*, v.1, p.133.

⁹¹ PRADO, *Curso*, v.1, p.134.

⁹² DEL ROSAL & ANTÓN, *Derecho Penal*, p.174.

⁹³ DEL ROSAL & ANTÓN, *Derecho Penal*, p.175.

⁹⁴ A prevalência da norma especial acontece quer ela preveja um crime mais grave, quer preveja um menos grave, isto é, não importa se a norma especial é qualificadora, agravante, majorante ou privilegiadora, ela será a quem mais especificamente contempla o desvalor do fato (“agarrar mais de perto a situação de fato que regulamenta”) (CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal Português*, I, p.164.).

⁹⁵ TOLEDO, *Princípios*, p.51; FRAGOSO, *Lições*, p.375.

⁹⁶ PRADO, *Curso*, v.1, p.132.

⁹⁷ JESCHECK & WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal*, p.790.

⁹⁸ ZAFFARONI & PIERANGELI, *Manual de Direito Penal Brasileiro*, p.738.

⁹⁹ MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, p.677-678.

¹⁰⁰ JESCHECK & WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal*, p.790.

tando, por isso, um *minus* ou um *plus* de severidade ¹⁰¹. A norma especial *contém* a norma geral (contém a descrição do delito descrito na norma geral), a norma geral está *contida* na norma especial (o delito descrito na norma geral está contido na descrição da norma especial). O tipo especial tem os mesmos elementos do tipo geral, e mais um, ou mais alguns ¹⁰²: se um dos tipos requer os pressupostos *A* e *B*, e outro requer os pressupostos *A*, *B* e *C*, este é especial em relação àquele ¹⁰³. O tipo especial é, assim, o tipo geral com *um algo mais*, um *plus*, e “todo fato que realiza o preceito especial realiza necessariamente o teor literal do geral, mas nem todo fato que infringe o preceito geral realiza o teor literal do especial” ¹⁰⁴. “O âmbito da norma comum e da norma especial semelham círculos concêntricos de sorte que o âmbito da norma comum abarca e excede todo o âmbito da norma especial” ¹⁰⁵.

Quando o nosso ladrão de quadros, apontando a arma para a vítima e ameaçando-a de morte, obriga-a a entregar seus bens, e depois a mata a tiros, pratica uma conduta que é aparentemente típica para o art. 155 (subtraiu uma coisa alheia, móvel, para si) e também para o art. 157 (subtraiu, etc., usando de grave ameaça ou violência). Essa mesma conduta parece típica também para o art. 147 (o agente ameaçou a vítima de mal grave e injusto) e para o art. 146 (o agente, usando violência ou ameaça, constrangeu a vítima a fazer o que a lei não obriga). E, enfim, parece haver um homicídio (art. 121). Há um aparente conflito entre os cinco tipos, porque o fato parece ser enquadrável em todos eles: parece, à primeira vista, que o agente cometeu cinco crimes. O conflito é aparente porque a regra da especialidade informa que o tipo do art. 157, § 3º, prevalece sobre os dos arts. 121, 155, 147 e 146. O art. 157 (roubo) é norma especial em relação ao art. 155 (furto): contém todos os elementos do furto (subtração de coisa alheia móvel, para si ou para outrem) e mais um (o emprego de violência ou grave ameaça como meio executório). É também especial em relação ao do art. 146: contém todos os elementos deste (constranger a fazer ou não fazer, mediante violência ou grave ameaça) e mais um, que é a especificação do objetivo, usar o constrangimento para subtrair bens. E é, enfim, especial em relação ao tipo do art. 147, porque contém todos os elementos deste (ameaça de fazer mal grave e injusto) e mais a especificação de que, no caso, essa ameaça é feita como meio para subtrair patrimônio. E o tipo do art. 157, § 3º, é, enfim, especial em relação ao do art. 121, porque contém a descrição do “matar alguém”, acrescida de um *plus*, que é a finalidade do assassinio, feito para subtrair bens. O assaltante, no exemplo, incidiu apenas do tipo do art. 157, § 3º ¹⁰⁶. Os outros tipos que aparen-

¹⁰¹ A norma especial agrega aos elementos da geral um ou mais elementos especializantes, “demonstrativos de um fundamento específico de punibilidade” (PRADO, *Curso*, v.1, p.132).

¹⁰² “A norma especial acrescenta elementos próprios à descrição típica prevista na norma geral” (BITENCOURT, *Manual*, v.1, p.130).

¹⁰³ MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, p.678.

¹⁰⁴ MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, p.678.

¹⁰⁵ CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal Português*, I, p.163.

¹⁰⁶ Estamos, aqui, comparando apenas os tipos mencionados. Falta a apreciação sobre eventual incidência nos tipos de violação de domicílio, porte de arma, estelionato e dano, a serem solu-

temente se aplicavam – arts. 121, 155, 147 e 146, as normas *gerais* – ficam afastados, pela prevalência da regra especial.

Outros exemplos: o tipo *matar alguém* (art. 121) é geral em relação ao tipo *matar o Presidente da República* (art. 29 de Lei nº 7.170). Esse art. 29 contém, na sua descrição típica, todos os elementos do art. 121 (*matar e alguém*) e mais um elemento especializante, um *plus*: o *alguém* é o Presidente da República. Da mesma forma o tipo do infanticídio (art. 123) é especial em relação ao tipo do homicídio (art. 121): contém todos os elementos do homicídio (*matar alguém*) e mais alguns *especializantes* (o agente é a mãe em estado puerperal, a vítima é o filho nascente ou neonato, etc.). O tráfico é especial em relação ao contrabando e a injúria de imprensa em relação à comum¹⁰⁷. De modo geral, o tipo derivado é sempre especial em relação ao tipo fundamental. São tipos derivados o qualificado (p.ex. arts. 155 § 4º e 155 § 5º; art. 121 § 2º), o agravado ou majorado (p.ex. art. 155 § 1º; art. 121 § 4º), o atenuado ou privilegiado (p.ex. art. 155 § 2º; art. 121 § 1º), ou ainda o derivado elevado a “delito autônomo” ou *sui generis* (p.ex. art. 156; art. 123). O latrocínio é tipo derivado qualificado do roubo, que é derivado *sui generis* do furto. O estupro é especial em relação ao atentado violento ao pudor, que é especial em relação ao constrangimento ilegal, que é especial em relação à ameaça. A extorsão mediante seqüestro (art. 159) é especial em relação ao seqüestro (art. 148) e à extorsão (art. 158). E, de modo geral, o tipo complexo é sempre especial em relação aos tipos dos seus delitos-membros¹⁰⁸.

Sempre que um mesmo fato parece se adequar, simultaneamente, a um tipo geral e um especial, este prevalece, afastando o primeiro. O fato será típico apenas para a regra especial, e não incidirá a regra geral.

A prevalência da norma especial sobre a geral se estabelece em abstrato¹⁰⁹, pela comparação das definições típicas¹¹⁰: sem aprofundar o exame do caso concreto, percebe-se, pela simples comparação das descrições legais das condutas incriminadas, que a menos abrangente delas está contida na descrição mais abrangente.

§ 7º. Relação, regra, critério ou princípio da subsidiariedade

24. O princípio, regra ou critério da subsidiariedade afirma que *a regra primária afasta a incidência da regra subsidiária (lex primaria derogat legi subsidiariae)*.

cionados por outros critérios, na seqüência. Quanto ao prévio furto da arma, já foi esclarecido (§ 2º n. 9 par. 2º, *supra*).

¹⁰⁷ PRADO, *Curso*, v.1, p.133.

¹⁰⁸ STEVENSON, *Concurso aparente de normas penais*, p.32-3. No mesmo sentido BITENCOURT, *Manual*, v.1, p.130.

¹⁰⁹ STEVENSON, *Concurso aparente de normas penais*, p.38.

¹¹⁰ Por um confronto de estruturas formais facilmente identificáveis (CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal Português*, I, p.163.).

Ou, na terminologia que vamos empregando: o tipo primário prevalece sobre o tipo subsidiário. Determina-se a relação de subsidiariedade por critérios de valoração jurídica ¹¹¹, e não por critérios puramente lógicos, como ocorre na especialidade. Há relação de subsidiariedade entre duas normas quando houver “graus diversos de ofensa de um mesmo bem, de modo que a ofensa maior absorve a menor” ¹¹², porque “distintas proposições penais protegem o mesmo bem jurídico ao longo dos diferentes estádios de seu ataque” ¹¹³ “sancionando diferentes níveis de desenvolvimento de uma mesma ação delitiva” ¹¹⁴. Dois preceitos descrevem “graus ou estádios diversos de ofensa a um mesmo bem, de modo que, sendo menos grave o descrito na disposição subsidiária, é absorvido pelo primeiro” ¹¹⁵.

25. Há relação de primariedade e subsidiariedade entre dois tipos incriminadores quando descrevem graus de violação do mesmo bem jurídico. Diferentes normas protegem o mesmo bem jurídico em diferentes fases, etapas ou graus de agressão ¹¹⁶. O tipo primário é o que descreve a violação de grau mais intenso ¹¹⁷, e o tipo subsidiário é o que incrimina a violação menos grave, menos extensa, de menor intensidade ¹¹⁸. A norma subsidiária tipifica uma agressão de menor gravidade ao mesmo bem jurídico protegido pela norma primária. Identifica-se a relação de subsidiariedade, pois a norma subsidiária tipifica como crime um fato que outra norma inclui na previsão legal de um delito mais grave. A execução da figura subsidiária corresponde a *uma parte da execução da figura principal*: o crime subsidiário está incluído no principal ^{119 120}.

Há situações em que o legislador, dada a importância de certos bens jurídicos, lança sobre eles a proteção do Direito Criminal contra graus diferentes de ofensa. Tal como acontece com a integridade física e a vida, que são protegidas

¹¹¹ FRAGOSO, Lições, p.375.

¹¹² GRISPIGNI, *apud* COSTA JR., *Direito Penal*, p.26.

¹¹³ HONIG, *apud* JESCHECK & WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal*, p.791.

¹¹⁴ STRATENWERTH, *apud* BITENCOURT, *Manual*, v.1, p.131.

¹¹⁵ GRISPIGNI, *apud* GARCIA, *Instituições*, v.1, t.2, p.510.

¹¹⁶ HONIG, *apud* TOLEDO, *Princípios*, p.51.

¹¹⁷ “Uma forma de ataque mais grave ou acabada do mesmo bem jurídico” (MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, p.678.).

¹¹⁸ Cumpre identificar na violação da norma principal uma ofensa que esgota o desvalor jurídico do fato (FRAGOSO, *Lições*, p.375).

¹¹⁹ STEVENSON, *Concurso aparente de normas penais*, p.39. No mesmo sentido: “a figura subsidiária está contida na principal” (BITENCOURT, *Manual*, v.1, p.131). Por isso se vê que a subsidiariedade é uma derivação do critério de especialidade.

¹²⁰ Como ensinam DEL ROSAL & ANTÓN, esse critério refere-se a certas hipóteses em que, de modo expreso ou tácito, um preceito contém uma indicação no sentido de que há de aplicar-se somente na falta de outro, ou outros. Uma classe de fatos X se acha prevista em dois grupos de preceitos P (principais) e S (subsidiários), de tal sorte que todos os X que não sejam P (e só os que não o sejam) haverão de ser S. Não há uma relação de gênero a espécie, mas uma relação entre duas espécies (principal e subsidiária) de um mesmo gênero (*Derecho Penal*, p.176). P.ex.: lesão corporal grave e lesão corporal seguida de morte são duas espécies do mesmo gênero (lesão corporal); atentado violento ao pudor e estupro são duas espécies do gênero “crime contra a liberdade sexual”.

contra o simples perigo abstrato, o perigo concreto, o dano efetivo menos intenso, o dano efetivo mais intenso. Há vários tipos que incriminam a mera criação de perigo abstrato para a integridade física (disparo de arma de fogo, p.ex.), que é o grau mais remoto e menos intenso de ofensa a esse bem jurídico. Num grau mais próximo, há tipos que protegem a integridade física contra o perigo concreto (art. 21 da LCP, ou o art. 132, p.ex.). Há, depois, a proteção contra a lesão ao bem, num grau mais tênue (art. 129) ou no grau máximo de agressão (art. 121). Por aí se vê que o art. 121 é tipo primário em relação ao art. 129, e este é subsidiário daquele. Já o art. 129 é tipo primário em relação ao art. 132, e este é subsidiário em relação ao art. 129. O art. 15 da L.10826 (disparo de arma) é, por seu turno, subsidiário do art. 132 (e este é norma primária em relação ao disparo de arma de fogo) ¹²¹.

Quando dois tipos incriminadores são aparentemente aplicáveis a um mesmo fato, e um deles é subsidiário do outro, aplica-se somente a norma primária, que é a prevalecente ¹²².

Quando o ladrão de quadros do nosso exemplo, usando arma de fogo que porta sem licença, atira e mata *B*, aparentemente incide nas penas dos arts. 121 (porque matou), 129 (porque, para matar, feriu), 132 (porque quando atirou expôs a vida da vítima a perigo), 15 da L.10826 (porque atirou) e 14 da L.10826 (porque portava a arma) ¹²³. O princípio da subsidiariedade esclarece que, dentre os cinco tipos hipoteticamente aplicáveis, o do art. 121 é a norma primária, e os demais são subsidiários dele. Prevalece a norma primária: os demais tipos são afastados pelo do homicídio ¹²⁴.

26. A peculiaridade na relação de subsidiariedade é que a norma subsidiária funciona como “soldado de reserva” da norma primária, na expressão de HUNGRIA.

¹²¹ A subsidiariedade “aparece como efeito de uma múltipla tutela realizada por tipos diversos em relação a um determinado bem jurídico” (PRADO, Curso, v.1, p.133).

¹²² *Ubi major minor cessat* (DOTI, Curso de Direito Penal, Parte Geral, p.289).

¹²³ Quanto à subsidiariedade entre a posse e o porte da arma, e o homicídio ou latrocínio que com ela se perpetra, é preciso esclarecer que a conclusão supra se funda numa hipótese em que a posse e o porte da arma só acontecem dentro do contexto do crime principal, e com o fim específico de realizá-lo. Se o agente tivesse posse, ou fizesse porte, da arma, em ocasião anterior, e sem ter em mente utilizá-la para realizar o crime-fim, a posse ou o porte seriam crimes autônomos, porque seriam atos independentes, não unificados pelo fator final-teleológico no “fato homicídio”. Não haveria fato único, do ponto de vista final, e faltaria, assim, o primeiro requisito do concurso aparente de tipos (vide, *supra*, § 2º n. 8 a, e § 5º n. 18 par. 2º). Haveria, pois, concurso efetivo, na modalidade de concurso real (*supra*, § 1º n. 3 a i). JESCHECK & WEIGEND (*Tratado de Derecho Penal*, p.792.) afirmam que não há subsidiariedade tácita entre delito de perigo abstrato e delito de dano. Ainda que não houvesse, parece-nos que o caso *supra* seria de consunção. Vide, a respeito, com mais detalhamento, o § 8º n. 31 par. 6º, *infra*.

¹²⁴ Que, como visto, por sua vez é afastado pelo tipo do art. 157, § 3º, com base na regra da especialidade (§ 6º n. 23 par. 3º, *supra*).

O mecanismo que rege a subsidiariedade é o de interferência ¹²⁵ por progressão: há uma progressão na conduta típica, em que a punibilidade da etapa mais avançada mantém interferida a tipicidade das etapas anteriores ¹²⁶. Em outras palavras, a conduta anterior só é punida com a condição de que o agente não incorra na punição da fase posterior, mais grave, hipótese em que só esta última prevalece ¹²⁷. As normas estão em relação de interferência quando o conteúdo de duas normas se sobrepõe parcialmente; ao contrário do que ocorre na especialidade, nenhuma das normas compreende totalmente o âmbito da outra: são como dois círculos secantes, que têm um setor comum, porque suas esferas de aplicação se entrecruzam ¹²⁸.

P.ex., a tentativa sofre interferência da consumação punível ¹²⁹ (não se pune a tentativa se ocorre a consumação); o ato preparatório eventualmente típico sofre interferência pelo ato de tentativa (a punibilidade da tentativa engloba a do ato preparatório); o delito consumado durante a tentativa é interferido pelo crime tentado (p.ex.: o homicídio tentado interfere nas lesões corporais consumadas que são seu meio executório) ¹³⁰.

Mas se, por ausência de algum elemento do tipo primário, este não puder ser reconhecido, remanesce a possibilidade de punir-se o agente pelo delito subsidiário (p.ex., se por alguma razão não se puder punir a tentativa, o ato preparatório isoladamente típico pode ser punido ¹³¹).

27. A subsidiariedade pode ser expressa ¹³², na situação em que o tipo taxativamente anuncia que só se aplica quando o fato não constituir crime mais grave ¹³³ (como ocorre nos arts. 129 § 3º, 132, 177 § 1º I; 21 da LCP; a subtração de incapaz do art. 249 é subsidiária do rapto do art. 219 e do seqüestro do art. 248 [FRAGOSO]; falsa identidade como meio executório de estelionato é subsidiária-

¹²⁵ A estrutura lógica da subsidiariedade não é a da subordinação, mas a da coincidência parcial (interferência) (JESCHECK & WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal*, p.791). No mesmo sentido: CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal Português*, I, p.164.

¹²⁶ ZAFFARONI & PIERANGELI, *Manual de Direito Penal Brasileiro*, p.738.

¹²⁷ TOLEDO, *Princípios*, p.51.

¹²⁸ CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal Português*, I, p.164.

¹²⁹ ANTOLISEI afirma ser inconsistente a idéia de concurso aparente entre tentativa e crime consumado, porque o crime tentado é evidentemente atípico para o tipo que prevê o crime consumado (*apud* GARCIA, *Instituições*, v.1, t.2, p.511). Tem inteira razão. Um homicídio tentado não cabe na descrição do art. 121, *caput*, p.ex.. Há, contudo, absorção dos atos-meio, como se explica adiante, § 8º n. 29 nota 179, *infra*.

¹³⁰ ZAFFARONI & PIERANGELI, *Manual de Direito Penal Brasileiro*, p.738.

¹³¹ Exemplo mais apurado: o delito consumado no curso de uma tentativa qualificada (tentativa com desistência voluntária, onde os atos são típicos para outro tipo que não o delito tentado-desistido) é típico, porque a impunibilidade da tentativa faz desaparecer o mecanismo de interferência (ZAFFARONI & PIERANGELI, *Manual de Direito Penal Brasileiro*, p.739).

¹³² Também chamada *formal* (JESCHECK & WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal*, p.791), ou *explícita* (CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal Português*, I, p.174).

¹³³ “Quando a própria lei contém a cláusula de reserva” (DOTI, *Curso de Direito Penal, Parte Geral*, p.289).

ria deste [DOTTI]), ou tácita, quando não há essa condicionante expressa ¹³⁴.

Há subsidiariedade implícita ou tácita ¹³⁵ “quando determinada figura típica funcionar como elemento constitutivo, majorante ou meio prático de execução de outra figura mais grave” ¹³⁶, *i.e.*, quando “a norma que define crime menos grave está abrangida pela norma que define o crime mais grave, *nas circunstâncias concretas em que o fato ocorreu*” ¹³⁷. Ela ocorre “nos tipos delitivos que descrevem fase prévia, de passagem necessária para a realização de delito mais grave cuja punição abrange as etapas anteriores de execução” ¹³⁸. Cabe verificar, no caso concreto, se está presente a vontade legislativa de aplicar-se um preceito somente na falta de outro ¹³⁹.

Isso acontece, p.ex., com: *a*) o dano, que é subsidiário do furto com rompimento de obstáculo; *b*) a ameaça, que é tipo subsidiário do constrangimento ilegal; *c*) a violação de domicílio, que é subsidiária tácita do crime cometido em casa alheia (como no nosso exemplo do ladrão de quadros) ¹⁴⁰; *d*) o constrangimento ilegal, que é tipo subsidiário do estupro e de todos os crimes cometidos mediante violência ou grave ameaça contra pessoa; *e*) a subtração de incapazes em relação ao seqüestro ou plágio ¹⁴¹; *f*) perigo de inundação diante do crime de inundação, porque os delitos de perigo são “de modo geral” subsidiários das modalidades de dano ¹⁴²; *g*) o abandono de recém-nato é subsidiário do infanticídio ¹⁴³; *h*) o homicídio culposo qualificado pela omissão de socorro (art. 121 § 4º) do qual a omissão de socorro (art. 135) é tacitamente subsidiária ¹⁴⁴ ¹⁴⁵; *i*) a

¹³⁴ ANTOLISEI diz que no caso de subsidiariedade expressa, porque uma lei expressamente exclui a aplicabilidade de outra, não há verdadeiro concurso aparente (*apud* PRADO, *Curso*, v.1, p.133). O argumento é consistente: se desde uma primeira vista se percebe a inaplicabilidade do dispositivo subsidiário, não há nem “aparência” de concurso.

¹³⁵ Também dita subsidiariedade *material* (JESCHECK & WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal*, p.791).

¹³⁶ BITENCOURT, *Manual*, v.1, p.132.

¹³⁷ DOTTI, *Curso de Direito Penal, Parte Geral*, p.289, sem grifos no original.

¹³⁸ TOLEDO, *Princípios*, p.52.

¹³⁹ DEL ROSAL & ANTÓN, *Derecho Penal*, p.176.

¹⁴⁰ Esse exemplo é comumente lembrado na doutrina como caso de subsidiariedade, mas não nos parece que assim seja. Furto é crime contra o patrimônio, e violação de domicílio ofende bem jurídico diverso: a inviolabilidade do domicílio. Não são, pois, crimes do mesmo gênero, como deve ocorrer na relação de subsidiariedade. Parece-nos que o caso é de consunção.

¹⁴¹ PRADO, *Curso*, v.1, p.134.

¹⁴² GARCIA, *Instituições*, v.1, t.2, p.510. Divergem JESCHECK & WEIGEND (*Tratado de Derecho Penal*, p.792), para quem os delitos de perigo concreto são subsidiários dos de dano, mas não os de perigo abstrato, porque dirigem-se contra bens jurídicos da coletividade, e preservam sua autonomia.

¹⁴³ JESCHECK & WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal*, p.792.

¹⁴⁴ Exemplos de FRAGOSO (*Lições*, p.375): o crime complexo é caso de subsidiariedade tácita, o roubo inclui o furto e o constrangimento ilegal, a omissão de socorro é subsidiária do homicídio qualificado por ela.

¹⁴⁵ Todos os exemplos citados, exceto o da omissão de socorro, confirmam a observação de TOLEDO: “Há uma zona cinzenta entre o princípio da subsidiariedade e o da consunção [...] a ponto de não se poder distinguir com clareza, em certas hipóteses, o domínio de um ou outro” (*Princípios*, p.52)

participação, que é subsidiária da autoria ¹⁴⁶; j) o delito imprudente (culposo) é subsidiário em relação ao doloso ¹⁴⁷. Em todos esses casos, “as circunstâncias elementares de um tipo de ilícito estão contidas em outro, ou como essenciais ou como acidentais, sem que a lei expressamente declare o caráter subsidiário de uma norma em relação à outra” ¹⁴⁸.

§ 8º. Relação, regra, critério ou princípio da consunção

28. Diz o princípio da consunção, também chamado princípio ou regra da absorção, que *a norma consuntiva impede a aplicação da norma consunta (lex consumens derogat legi consumptae)*. Isso implica que “a norma definidora de um crime, cuja execução atravessa fases em si representativas de delito previsto em outra, exclui, por absorção, a aplicabilidade desta, bem como de outras que incriminem fatos anteriores e posteriores do agente, efetuados pelo mesmo fim prático” ¹⁴⁹. O fundamento da exclusão da norma consumida não é uma relação lógica, mas sim o próprio sentido das leis em causa, determinado de acordo com uma interpretação valorativa ¹⁵⁰. “Predomina na consunção uma perspectiva axiológica” ¹⁵¹, porque a relação entre as normas não é estrutural, mas funcional, teleológica, instrumental, e só verificável de um ponto de vista dinâmico ¹⁵²: a consunção se amplia para abranger, com critérios valorativos, a pluralidade de fatos: antefato e pós-fato co-punidos ¹⁵³. Trata-se de princípio muito discutido, de conceituação pouco precisa e de utilização problemática, porque “há uma zona cinzenta entre o princípio da subsidiariedade e o da consunção [...] a ponto de não se poder distinguir com clareza, em certas hipóteses, o domínio de um ou outro” ¹⁵⁴. MIR PUIG ¹⁵⁵ esclarece que esse princípio, “por si só pouco útil”, é subsidiário dos demais, e a ele se recorre quando não exista uma forma mais específica para solucionar o conflito num caso concreto.

Na concretização de um projeto delitivo, o agente desdobra sua atividade em várias fases e atos. Pode ocorrer que uma, alguma ou todas as fases ou atos, em que se desdobra o plano criminoso, constituam, de per si, isoladamente, fa-

¹⁴⁶ MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, p.678-679. No mesmo sentido JESCHECK & WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal*, p.792: se há distintas formas de participação da mesma pessoa no mesmo delito, a forma mais débil de intervenção cede frente à de maior intensidade.

¹⁴⁷ MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, p.679. Não nos parece que possa haver concurso aparente entre crime culposo e crime doloso. Vide § 9º n. 34 par. 3º, *infra*.

¹⁴⁸ DOTTL, *Curso de Direito Penal, Parte Geral*, p.289.

¹⁴⁹ STEVENSON, *Concurso aparente de normas penais*, p.40.

¹⁵⁰ FRAGOSO, *Lições*, p.376.

¹⁵¹ PRADO, *Curso*, v.1, p.134.

¹⁵² CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal Português*, I, p.165.

¹⁵³ FRAGOSO, *Lições*, p.377.

¹⁵⁴ TOLEDO, *Princípios*, p.52.

¹⁵⁵ *Derecho Penal Parte General*, p.679.

tos típicos. Assim, temos um delito que é *ato preparatório* de outro, ou um delito que é *ato executório* de um outro. Quando os atos-meio, preparatórios ou executórios de um delito-fim, são, de per si, típicos, restam *absorvidos* (i.e., consuntos, consumidos) pelo delito-fim, que absorve os delitos-meio¹⁵⁶.

Essa absorção pressupõe, obviamente, que o tipo que descreve o delito-fim esgote a reprovabilidade do delito-meio, o que ocorre somente se presentes os requisitos vistos no § 8º n. 31 *infra*: dá-se absorção quando “um dos preceitos em jogo é suficiente para valorar completamente o fato”¹⁵⁷, ou, em outros termos, uma lei, conforme seu próprio sentido, inclui já em si o desvalor delitivo de outra¹⁵⁸. Esse princípio exige uma “comparação qualitativa dos bens jurídicos violados”¹⁵⁹, na qual se conclui que se supõe que o legislador há de ter previsto o crime consunto ao fixar a pena do delito que normalmente o supõe¹⁶⁰, i.e., que “o conteúdo de injusto e de culpabilidade de uma ação típica inclui também outro fato”¹⁶¹. O fator decisivo para admitir-se a consunção de um tipo por outro é que este, sozinho, conceda a “plena tutela penal”¹⁶² aos bens jurídicos afetados. Essa integralidade de proteção penal aos bens jurídicos atingidos é que caracteriza a norma consuntiva, o que não pode ser esquecido ao se abordar certas questões polêmicas que vêm a seguir.

Imagine-se que Caio, já condenado por furtos, para cometer um novo furto mune-se de gazuas e pés-de-cabra (ato preparatório, mas típico para o art. 25 da LCP), invade a casa da vítima (ato executório de furto, mas de per si típico para o art. 150), arromba a porta do cofre (ato executório do furto, mas isoladamente típico para o art. 163), e enfim subtrai os pertences da vítima (consumação do art. 155). O ato preparatório (posse dos instrumentos) e os atos executórios (violação do domicílio e dano ao obstáculo) são fase normal de preparação e execução do delito-fim, que é o furto. Restam absorvidos por este: pune-se somente o furto¹⁶³.

É claro que essa absorção tem alguns requisitos, que serão explicados em

¹⁵⁶ Nem sempre a *lex consumens* fixará pena mais grave que a lei consumida. Os casos extraordinários em que a lei *consumens* é mais benigna que a consumpta representam, sem dúvida, defeitos de técnica legislativa, mas não impedem a operatividade da consunção (DEL ROSAL & ANTÓN, *Derecho Penal*, p.177). Entre nós essa situação aparece, p.ex., na absorção do ato-meio disparo de arma de fogo pelo ato-fim periclitado da vida alheia. Em contrário posiciona-se CAVALEIRO DE FERREIRA (*Direito Penal Português*, I, p.169), para quem somente nos casos regidos pelo critério de especialidade admite-se a prevalência da regra mais benigna, e nos demais casos prevalecerá a que preveja conseqüências jurídicas mais graves. Pensamos que a razão está com a primeira tese.

¹⁵⁷ MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, p. 679.

¹⁵⁸ MEZGER, *apud* FRAGOSO, *Lições*, p.376.

¹⁵⁹ DOTTL, *Curso de Direito Penal, Parte Geral*, p.288.

¹⁶⁰ MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, p.680.

¹⁶¹ JESCHECK & WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal*, p.792.

¹⁶² CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal Português*, I, p.184.

¹⁶³ A mesma explicação cabe na violação de domicílio cometida pelo ladrão de quadros do nosso exemplo.

breve (vide § 8º n. 31 *infra*). É também verdade que é bem difícil aplicar isoladamente apenas um dos três princípios relativos ao concurso aparente de tipos (*supra*, § 5º n. 20). No caso acima, p.ex., está claro que o furto absorve o dano, mas também está claro que o crime de dano restaria afastado pela regra da especialidade, já que o furto com rompimento de obstáculo é regra especial em relação ao art. 163. Não há prejuízo, contudo, nessa multiplicidade de *ferramentas*, desde que se chegue ao resultado correto, ou seja, que se apure a regra prevalecente. E há situações (como a do pós-fato impunível) que não encontram solução nas regras da especialidade e da subsidiariedade, e justificam a autonomia da regra da consunção ¹⁶⁴.

29. Há relação de consunção (ou absorção) quando há, entre os dois tipos, e entre os delitos que eles definem, relação de maior para menor, de *magis* para *minus*, de continente para conteúdo, de todo para parte, de inteiro para fração ¹⁶⁵: os tipos se escalonam em círculos concêntricos, sendo o maior deles, o externo, a conduta consuntiva, da qual a conduta consunta é fração ¹⁶⁶. “Se o fato previsto em determinada norma é compreendido em outra, de âmbito maior, só esta se aplica” ¹⁶⁷. “Entre os bens jurídicos protegidos pelas normas penais verificam-se, às vezes, relações de mais e de menos: uns contêm-se nos outros, de tal maneira que uma norma consome já a proteção que a outra visa” ¹⁶⁸.

A diferença entre a regra da consunção e as duas outras está nisto: na especialidade os fatos se apresentam numa relação *de espécie a gênero* (o tipo *geral* é gênero, o especial é *espécie*); na subsidiariedade os tipos em conflito são duas espécies (*principal* e *subsidiária*) de um mesmo gênero ¹⁶⁹; e na regra da consunção os tipos se apresentam numa relação *de parte a todo* (o delito consunto é *parte* do *todo* que é o delito consuntivo). Um tipo descarta outro porque consome ou exaure o seu conteúdo proibitivo, num autêntico “fechamento material” ¹⁷⁰.

¹⁶⁴ Deve haver uma regra autônoma de consunção porque há casos que não se resolvem pelos critérios de especialidade e subsidiariedade. Exemplo: funcionário público, mediante escalada e rompimento de uma janela, entra no escritório onde trabalha e de lá subtrai dinheiro ali depositado; o fato pode, abstratamente, adequar-se conforme o furto qualificado ou o peculato. Não há entre ditas figuras relação de gênero a espécie, nem subsidiariedade expressa, e a subsidiariedade tácita é difícil de induzir porque os tipos pertencem a “constelações delitivas diferentes”, “irredutíveis a um gênero comum” (DEL ROSAL & ANTÓN, *Derecho Penal*, p.177). O crime de peculato, que contempla não só o dano patrimonial sofrido pela Administração senão também o representado para o bom funcionamento da Administração pela falta de integridade do funcionário, prevalece sobre o furto, que só contempla o aspecto patrimonial da infração (DEL ROSAL & ANTÓN, *Derecho Penal*, p.178).

¹⁶⁵ STEVENSON, *Concurso aparente de normas penais*, p.41.

¹⁶⁶ A imagem dos círculos concêntricos é também de STEVENSON, *Concurso aparente de normas penais*, p.41.

¹⁶⁷ GARCIA, *Instituições*, v.1, t.2, p.509.

¹⁶⁸ DOTTL, *Curso de Direito Penal, Parte Geral*, p.288.

¹⁶⁹ Vide § 7º n. 25 *supra*, especialmente a nota 120. A norma *consumens* e a norma *consumpta* não têm entre elas relação de subsidiariedade (a norma secundária não tem “função de reserva”), porque tais normas não pertencem a nenhum gênero comum (DEL ROSAL & ANTÓN, *Derecho Penal*, p.179).

¹⁷⁰ ZAFFARONI & PIERANGELI, *Manual de Direito Penal Brasileiro*, p.738.

A tênue distinção entre o critério da consunção e o da especialidade está em que, neste, a continência do “tipo menor” no “tipo maior” é apurável em abstrato: pela simples leitura dos textos das normas incriminadoras percebe-se que uma contém a outra 171. Na consunção pode ocorrer de só ser perceptível a abrangência do “crime menor” pelo “maior” à luz das peculiaridades do caso concreto: ela só verificável de um “ponto de vista dinâmico” 172. Em abstrato não se pode afirmar que um crime de violação de sepultura esteja englobado pelo tipo do furto. Mas essa absorção aparece em concreto se, num caso específico, o ladrão, para subtrair as jóias do defunto, viola o jazigo.

A distinção entre a consunção e a especialidade reside em que, naquela, os distintos tipos penais não se acham entre eles em uma determinada relação lógica, mas sim estão sujeitos por uma relação criminológica, que o legislador também tem em conta ao estabelecer os marcos penais dos tipos implicados 173.

30. São exemplos comumente lembrados de aplicação da regra da consunção: a) há consunção no crime progressivo 174 175 e b) no crime complexo 176; c) a ameaça é consumida pelo roubo, d) a injúria pela calúnia 177; e) o delito tentado é absorvido pelo consumado 178 179; f) ocorre consunção nos crimes de intenção, em que aparece especial fim de agir, p.ex.: vende a coisa furtada, falsifica moeda e a introduz em circulação 180; g) a lesão é absorvida pelo homicídio 181; h) “o crime de perigo é consumido pelo crime de dano ao mesmo bem jurídico protegido” 182; i) se há apropriação indébita de coisa obtida mediante ardil, a tipici-

171 Na especialidade o fato *necessariamente* realiza a descrição típica de vários preceitos, e na consunção só *normalmente* a realiza (MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, p.680).

172 CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal Português*, I, p.165.

173 JESCHECK & WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal*, p.792-793.

174 Aquele em que o agente passa, num mesmo contexto de ação, de um crime menos grave para outro mais grave, ofendendo o mesmo bem jurídico.

175 FRAGOSO, *Lições*, p.376.

176 GARCIA, *Instituições*, v.1, t.2, p.509. DEL ROSAL & ANTÓN, *Derecho Penal*, p.178.

177 FRAGOSO, *Lições*, p.376.

178 FRAGOSO, *Lições*, p.376; DOTI, *Curso de Direito Penal, Parte Geral*, p.288; BITENCOURT, *Manual*, v.1, p.132; COSTA JR., *Direito Penal*, p.26; PRADO, *Curso*, v.1, p.134. MIR PUIG (*Derecho Penal Parte General*, p.679), que afirma que o caso é de subsidiariedade e não de consunção, explica que só se pode falar de concurso aparente entre tentativa e consumação quando esta se produz numa segunda empreitada, depois de uma primeira execução frustrada, o que não é usual. Vide a nota a seguir.

179 Vide, contudo, § 7º n. 26 nota 129 *supra*. O fato que se enquadra no tipo do crime tentado é atípico para o tipo do crime consumado. O que se quer dizer, quando se afirma que “o delito tentado é absorvido pelo consumado”, é que os atos singularmente típicos, que constituem meios executórios da realização do crime-fim, perdem a sua autonomia típica por absorção, porque são unificados, tanto do ponto de vista final-teleológico quanto do ponto de vista valorativo-normativo, num único fato-crime (§ 2º n. 8, *supra*), cuja reprovação é esgotada pelo tipo que pune o delito consumado.

180 FRAGOSO, *Lições*, p.377.

181 PRADO, *Curso*, v.1, p.134; MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, p.680.

182 DOTI, *Curso de Direito Penal, Parte Geral*, p.288; FRAGOSO, *Lições*, p.377; BITENCOURT, *Manual*, v.1, p.132; COSTA JR., *Direito Penal*, p.26; PRADO, *Curso*, v.1, p.134.

dade do estelionato consome a da apropriação indébita ¹⁸³; j) furto com arrombamento em casa habitada absorve os crimes de dano e violação de domicílio ¹⁸⁴; k) o mesmo se dá com roubo precedido de arrombamento e violação de domicílio ¹⁸⁵; l) o estelionato absorve o falso, quando este se exaure com a prática da fraude (Súmula 17 do STJ) ¹⁸⁶; m) a sedução absorve a corrupção de menor ¹⁸⁷; n) o art. 25 da LCP é absorvido pelo furto; o) ocultação da coisa furtada absorve a receptação ¹⁸⁸; p) o estupro contra menor absorve o crime de corrupção de menores; q) o seqüestro é absorvido pelo crime de redução à condição análoga à de escravo; r) a calúnia absorve a difamação e a injúria quando as expressões caluniosas, difamatórias e injuriosas são proferidas na mesma ocasião e contexto ¹⁸⁹; s) os atos preparatórios são consumidos pelo delito que preparam, se este é ao menos tentado ¹⁹⁰; t) as lesões corporais leves são consumidas por todos os delitos onde a violência seja elementar do tipo, como, p.ex., estupro, roubo, atentado violento ao pudor.

31. Em termos singelos, reconhece-se a consunção quando:

a) um fato definido por uma norma incriminadora é *meio necessário* para prática de outro delito; ou

b) um fato definido por uma norma incriminadora é *normal fase de preparação* de outro delito; ou

c) um fato definido por uma norma incriminadora é *normal fase de execução* de outro delito; ou

d) um fato definido por uma norma incriminadora constitui *conduta anterior* cometida com *a mesma finalidade prática* atinente a outro delito, posterior; ou

e) um fato definido por uma norma incriminadora constitui *conduta posterior* do agente, cometida com *a mesma finalidade prática* atinente a delito anterior.

Como se vê, as quatro primeiras situações referem-se à compreensível absorção dos meios pelo fim, do antecedente pelo conseqüente: a lei aplicável ao fato principal consome o meio empregado, seja por causa da comprovada frequência do seu uso, seja pela regularidade da sua aplicação ¹⁹¹ ¹⁹². A quinta e última diz respeito a uma excepcional absorção do ato posterior pelo antecedente, o que merece uma digressão à parte (*infra*, § 8º n. 33).

¹⁸³ ZAFFARONI & PIERANGELI, *Manual de Direito Penal Brasileiro*, p.738; MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, p.681.

¹⁸⁴ BITENCOURT, *Manual*, v.1, p.133; COSTA JR., *Direito Penal*, p.27; TOLEDO, *Princípios*, p.53.

¹⁸⁵ COSTA JR., *Direito Penal*, p.27; MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, p.680.

¹⁸⁶ TOLEDO, *Princípios*, p.53; PRADO, *Curso*, v.1, p.134.

¹⁸⁷ PRADO, *Curso*, v.1, p.134.

¹⁸⁸ GARCIA, *Instituições*, v.1, t.2, p.509.

¹⁸⁹ SOLER, *apud* FRAGOSO, *Lições*, p.376.

¹⁹⁰ E não só se há consumação, como diz CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal Português*, I, p.184.

¹⁹¹ FRAGOSO, *Lições*, p.377.

¹⁹² “Verifica-se a consunção quando um crime é meio indispensável à execução de outro, ou sua normal fase de preparação” (COSTA JR., *Direito Penal*, p.26).

É preciso realçar que não basta, para justificar a absorção, que um delito seja ato preparatório ou executivo de outro, ou com ele vagamente relacionado. É preciso que os fatos a serem consumidos estejam relacionados com a conduta consuntiva “de modo natural e íntimo, segundo o *id quod plerumque accidit*”¹⁹³, ou seja, segundo o que ordinariamente acontece. Trata-se de “ações anteriores e posteriores que a lei concebe, implícita ou explicitamente, como necessárias, ou aquilo que dentro do sentido de uma figura constitua o que normalmente acontece (*quod plerumque accidit*)”¹⁹⁴.

Quando se disse, acima, que é preciso que o delito absorvido seja *normal* fase de preparação, *normal* fase de execução, ou meio *necessário* para realização do delito-fim, essa normalidade e essa necessidade indicam a presença de uma relação *indispensável* ou *ordinária* entre o fato-meio e o fato-fim¹⁹⁵: um crime é fase de realização de outro, ou é uma regular forma de transição para o último¹⁹⁶. Violar um domicílio para furtar é um meio *necessário* para furtar o que está dentro da casa. Danificar uma porta é fase normal, corriqueira, da execução de um furto. Por isso essa violação de domicílio e esse dano ao obstáculo são absorvidos pelo furto-fim. Mas danificar pertences da vítima que não são objeto do furto, durante a realização deste, não é *normal fase de execução*, nem *meio necessário* para realizar o furto¹⁹⁷. Da mesma forma roubar um carro, para usá-lo num assalto a banco, não é *meio necessário*, nem ato preparatório *normal* e *usual* para a realização de tal assalto. Logo, o dano aos pertences da vítima que não se pretende subtrair, assim como o roubo do carro para usá-lo em outro assalto, não restam absorvidos pelos crimes-fim perpetrados, nos exemplos *supra*. Pelas mesmas razões o furto da arma, que fez o ladrão de quadros do nosso exemplo, para com ela perpetrar latrocínio, não fica absorvido por este último^{198 199}.

Raciocínio semelhante cabe no caso do ato libidinoso que precede o estupro. Quando esse ato libidinoso é prelúdio normal do coito (p.ex., beijo, toque nos seios), é meio *normal* de execução do estupro, e é por este absorvido. Quando o ato libidinoso é anormal como prelúdio costumeiro da cópula (p.ex., coito oral ou anal), não é absorvido pelo crime de estupro²⁰⁰.

Sobre o porte, sem licença, de arma de fogo usada para cometer homicídio, há divergência. Entendemos correto o entendimento de que se a arma é portada

¹⁹³ STEVENSON, *Concurso aparente de normas penais*, p.41.

¹⁹⁴ SOLER, *apud* PRADO, *Curso*, v.1, p.135.

¹⁹⁵ De forma que, segundo o pensamento majoritário, os fatos anteriores co-punidos não são só os “absolutamente indispensáveis para a prática do delito posterior”, ao contrário do que afirma DOTI (*Curso de Direito Penal, Parte Geral*, p.288).

¹⁹⁶ PRADO, *Curso*, v.1, p.134.

¹⁹⁷ Para haver consunção os atos preparatórios têm de constituir um meio intrinsecamente adequado à execução, e “não excessivo”, i.e., não podem superar a gravidade objetiva do crime preparado (CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal Português*, I, p.185).

¹⁹⁸ Importa averiguar aquilo que dentro do sentido de uma figura constitua o que normalmente acontece (*quod plerumque accidit*) (FRAGOSO, *Lições*, p.377).

¹⁹⁹ Para alguns autores o antefato impunível é hipótese de subsidiariedade tácita (como WESSELS, *apud* TOLEDO, *Princípios*, p.54).

²⁰⁰ Cf., nesse sentido, farta jurisprudência em DELMANTO, *Código Penal Comentado*, p.414.

casualmente, e, sem prévio planejamento, utilizada na realização de um homicídio, há concurso real entre os delitos, e não absorção. Mas se o agente se muniu da arma com a intenção premeditada de matar, então essa posse aparece, no plano do agente, como etapa necessária da preparação e execução do delito-fim: há absorção do porte de arma pelo homicídio ²⁰¹.

32. Em síntese, os atos preparatórios ou executórios, que forem isoladamente típicos, restam consumidos pelo tipo do crime preparado/executado, desde que aqueles sejam

- a) indispensáveis para realização deste, ou
- b) estatisticamente relevantes como formas usuais de realização deste,

de tal modo que se possa afirmar, com segurança, que o legislador há de ter tomado em conta aqueles fatos acessórios, ao dosar a resposta penal do fato-fim.

A absorção dos atos preparatórios ou executórios pressupõe, ainda, que eles não superem a gravidade objetiva do crime preparado ²⁰², *i.e.*, tenham um conteúdo de injusto substancialmente inferior frente ao fato principal ²⁰³. Caso contrário, são puníveis autonomamente.

Os atos preparatórios só são consumidos pelo crime preparado se este é ao menos tentado, *i.e.*, se a fase executória chega a se iniciar. Caso contrário, não havendo sequer tentativa, os atos preparatórios são puníveis autonomamente.

33. Enfim, dentro do princípio da consunção, é necessária a análise do chamado *pós-fato* co-punido ²⁰⁴, ou co-apenado (que a doutrina nacional, majoritariamente ²⁰⁵, trata pela designação de pós-fato impunível ^{206 207}). Trata-se de fatos posteriores que significam aproveitamento e por isso ocorrem regularmente depois do fato anterior e são por este consumidos ²⁰⁸. São co-punidos atos que,

²⁰¹ No sentido do texto: STEVENSON, *Concurso aparente de normas penais*, p.43.

²⁰² CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal Português*, I, p.185.

²⁰³ JESCHECK & WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal*, p.794.

²⁰⁴ CAVALEIRO DE FERREIRA (*Direito Penal Português*, I, p.166) diz “compunido”.

²⁰⁵ P.ex.: PRADO, *Curso*, v.1, p.134; COSTA JR., *Direito Penal*, p.27; TOLEDO, *Princípios*, p.54; BRUNO, *Direito Penal cit.*, t.I, p.264.

²⁰⁶ Inadequada essa designação (nesse sentido: WELZEL, *Derecho Penal Aleman*, p.277; MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, p.680; CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal Português*, I, p.166; JESCHECK & WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal*, p.793). O pós-fato, nas situações que estudaremos, não fica impune: não são atos em que se exclui a pena (atos impunes), mas atos que restam já punidos com o castigo da infração junto a que aparecem (DEL ROSAL & ANTÓN, *Derecho Penal*, p.179). A absorção que dele faz o fato principal anterior implica na punição conjunta do pós-fato. A absorção, aliás, só pode ocorrer quando o tipo que descreve o fato antecedente já traduz, implícita, a reprovação e a punição do fato posterior. Caso contrário, faltarão a unidade valorativa-normativa (§ 2º n. 8 b, *supra*), e não haverá concurso aparente, mas sim concurso efetivo e real entre antefato e pós-fato.

²⁰⁷ Ou de “fato típico acompanhante” (ZAFFARONI & PIERANGELI, *Manual de Direito Penal Brasileiro*, p.738).

²⁰⁸ FRAGOSO, *Lições*, p.377.

considerados isoladamente, constituem delitos independentes, mas, quando aparecem unidos a outro fato, resultam já punidos com o castigo deste ²⁰⁹.

Esses fatos não podem ser fase de preparação ou execução do delito consuntivo, porque acontecem *depois de consumado* aquele. Mas o princípio da consunção afasta, também, a punição, como delito autônomo, dos fatos posteriores à consumação, típicos de *per si*, e que, cumulativamente,

a) mantenham a mesma finalidade prática do delito principal, *i.e.*, mantenham com este unidade final-teleológica (§ 2º n. 8 a, *supra*).

b) signifiquem exaurimento daquele delito principal ²¹⁰ e

c) não causem nova lesão a outro bem jurídico, além do atingido pelo crime principal ^{211 212}.

O terceiro requisito citado acima – letra c, não produção de lesão nova a outro bem jurídico – é dispensado por uma corrente ²¹³, da qual respeitadamente discordamos. Para essa corrente a produção, pelo pós-fato, de nova lesão, a bem jurídico diverso do afetado pelo fato precedente, não impede a absorção daquele por este. Para nós, contudo, se o pós-fato atinge outro bem jurídico, que não é o atingido pelo crime precedente, rompe-se o liame valorativo-normativo entre as condutas (*supra*, § 2º n. 8 b), tornando o fato posterior independente, e autonomamente punível. Como ensina BRUNO, o fato posterior impunível (*rectius*, co-punido) é aquele que se insere no curso normal do desenvolvimento da intenção do agente, realizando o que realmente este se propunha realizar, ou aquele que já não representa maior dano para o bem jurídico anteriormente violado ²¹⁴. Ou, nas palavras de CAVALEIRO DE FERREIRA ²¹⁵, os fatos posteriores só se consideram co-punidos quando “materializem a lesão de um interesse já exaustivamente tutelado pela norma prevalente”.

O que importa averiguar é a presença, entre o antefato e o pós-fato, das relações de unificação já estudadas (*supra*, § 2º n. 8), que conjugam ambos os fatos

²⁰⁹ DEL ROSAL & ANTÓN, *Derecho Penal*, p.178. Trata-se do *resultado eventual* já abarcado pelo desvalor que outro tipo legal faz da conduta (ZAFFARONI & PIERANGELI, *Manual de Direito Penal Brasileiro*, p.738).

²¹⁰ Identificando pós-fato com exaustão COSTA JR., *Direito Penal*, p.27. Pós-fato impunível “geralmente” é ato de exaurimento também previsto como crime autônomo: TOLEDO, *Princípios*, p.54.

²¹¹ Fatos posteriores co-punidos são “realizações típicas que se sucedem a outras que atentam contra o mesmo bem jurídico e mesmo sujeito passivo” (DOTTI, *Curso de Direito Penal, Parte Geral*, p.289). No mesmo sentido: MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, p.680; JESCHECK & WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal*, p.793.

²¹² É também fato co-apenado ou co-punido o resultado eventual insignificante diante da magnitude do injusto principal, como o estrago das roupas da vítima do homicídio (ZAFFARONI & PIERANGELI, *Manual de Direito Penal Brasileiro*, p.738).

²¹³ No sentido por nós proposto: WELZEL, *Derecho Penal Aleman*, p.278; BRUNO, *Direito Penal cit.*, t.I, p.263; TOLEDO, *Princípios*, p.54. Contra: FRAGOSO, *Lições*, p.377.

²¹⁴ BRUNO, *Direito Penal cit.*, t.I, p.264.

²¹⁵ *Direito Penal Português*, I, p.166.

num só fato para os fins jurídico-penais ²¹⁶; isto é, verificar se existe entre eles a “unidade de desvalor”: a suficiência de um único tipo para expressar a reprovação integral de todo o conjunto de atos ²¹⁷. Essa singularização ocorre quando os atos anterior e posterior estão unificados *a*) por um fator teleológico-final (no plano do agente, os vários atos são fases da realização do mesmo objetivo visado) e *b*) por um fator valorativo-normativo (um único tipo incriminador é capaz de abarcar o desvalor de todos aqueles atos, e expressar, sozinho, a reprovação social suficiente de todos eles) ²¹⁸.

Um ladrão pode destruir a coisa furtada, ou vendê-la a um receptor que conhece a origem ilícita da *res*, ou, passando-se por legítimo dono, enganar terceiro de boa-fé e vender-lhe o objeto. Nos três casos se poderá dizer que o antefato “furto” constituía, no plano do agente, segundo o fator teleológico, uma etapa para realização do pós-fato. Há unidade entre antecedente e subsequente, segundo o critério final. Mas só há unidade de fato, para os fins jurídico-penais, se houver um tipo incriminador capaz de, solitariamente, abranger o desvalor de ambas as etapas do projeto criminoso, e expressar reprovação e punição para ambas. Haverá casos em que, não obstante a unidade dos fatos parciais no plano do agente, sua reprovação só poderá ser esgotada pela aplicação concomitante de dois tipos incriminadores. É sempre preciso ter em mente a fórmula que preside a aplicação do critério de consunção: “o preceito que contempla de modo total o desvalor que o ordenamento jurídico atribui a uma determinada conduta prevalece sobre o que o contempla só de maneira parcial” ²¹⁹. Os três critérios *supra* elencados (que antefato e pós-fato mantenham a mesma finalidade prática do delito principal, signifiquem exaurimento daquele delito principal e não causem nova lesão a outro bem jurídico, além do atingido pelo crime principal) são parâmetros que informam em que casos há suficiência de um só tipo para reprovar as duas condutas.

O crime consumado não se confunde com o crime exaurido, porque pode haver a presença completa de todos os elementos do tipo, e no entanto “o fim último visado pelo agente pode não ter sido alcançado” ²²⁰. Chama-se delito exaurido aquele que produziu todos os resultados naturalísticos visados pelo agente, ainda que atípicos. Exaurido é o delito que produz todo o dano que o agente previra e visara, todo o dano que poderia resultar do fato praticado ²²¹. O fato que caracteriza exaurimento pode ser atípico (p.ex., o recebimento do

²¹⁶ No caso dos atos co-punidos a pluralidade de fatos é apenas naturalística, não jurídica (DEL ROSAL & ANTÓN, *Derecho Penal*, p.179).

²¹⁷ Nas palavras de WELZEL: “o conteúdo de injusto de um tipo compreende também de modo característico o conteúdo de injusto de outro tipo, de modo *que o castigo do fato acessório se satisfaz conjuntamente com o do fato principal*” (WELZEL, *Derecho Penal Aleman*, p.277, sem grifos no original).

²¹⁸ A consunção refere-se a uma atividade que se desenvolve sucessivamente no tempo, uma atividade complexa, mas unitária sob o aspecto social-valorativo, que viola uma pluralidade de normas que se contêm uma na outra (BETTIOL, *apud* COSTA JR., *Direito Penal*, p.26).

²¹⁹ DEL ROSAL & ANTÓN, *Derecho Penal*, p.177.

²²⁰ BRUNO, *Direito Penal*, t.II, p.255.

²²¹ BRUNO, *Direito Penal*, t.II, p.255.

resgate na extorsão mediante seqüestro) ou típico (p.ex. a destruição da coisa furtada ou sua venda com obtenção de vantagem pecuniária). No caso em que o agente, depois de consumado o furto, destrói a coisa furtada, esse dano (que não é ato preparatório nem executório do furto, que já se consumou) é um pós-fato co-punido, porque resta absorvido pelo furto. Assim é porque significa mero *exaurimento* do furto, e não causa novo prejuízo – a vítima já tivera a sua propriedade desfalcada, quando da consumação do furto, e não sofre novo desfalque quando a coisa furtada é destruída. A segunda conduta (destruição) não agride outro bem jurídico, que não seja o já atingido pelo furto (atinge o mesmo patrimônio da mesma vítima). Há, aí, um autêntico exaurimento. O mesmo se pode dizer da situação em que o ladrão vende a *res* ao receptador. Mas diferente deve ser a solução quando o agente, como o nosso ladrão de quadros do exemplo, finge ser dono legítimo e, enganando terceiro, lesa-o, vendendo-lhe a coisa. Há, aqui, a presença só dos dois primeiros requisitos em exame: o segundo fato, na mente do autor, tem a mesma finalidade prática do primeiro, porque representa a obtenção da vantagem prática visada com o furto (é exaurimento). Mas não está presente o terceiro requisito: o pós-fato não é suficientemente desvalorado e reprovado pelo tipo do furto, pela simples razão de que a reprovação expressada pelo art. 155 refere-se ao dano ao bem jurídico que ele tutela, *i.e.*, o patrimônio *da vítima do furto*. Por todos os prismas que se enfoque a questão, não é possível admitir que a pena cominada no art. 155 tenha abrangido a previsão da lesão ao patrimônio de um terceiro, num subseqüente estelionato, que é absolutamente eventual em relação ao furto que o precede. O art. 155, no caso, não concede a tutela penal plena e exaustiva dos bens jurídicos afetados pelos fatos, não se qualificando, assim, como norma consuntiva. Não se deslembre, por outro lado, que os princípios que regem a matéria do concurso aparente também devem comportar uma interpretação teleológica, porque todos eles perseguem a mesma finalidade: a evitação do *bis in idem*. Não existe *bis in idem* na acumulação da punição do furto que lesa A com a do estelionato que lesa B ou C.

É, entretanto, majoritário o entendimento de que a venda da coisa furtada, pelo furtador, que se faz passar por legítimo proprietário, é absorvida pelo furto 222. Como visto, não compartilhamos dessa opinião, porque os atos posteriores co-punidos “constituem a forma de assegurar ou realizar um benefício obtido ou perseguido por um fato anterior e *não lesionam nenhum bem jurídico distinto do vulnerado por esse fato anterior nem aumentam o dano produzir por ele*” 223. A consunção do pós-fato é inadmissível quando esse fato posterior lesa outro bem jurídico, ou bem jurídico de outra vítima, que não figura no delito primitivo. Haveria, no caso do ladrão que se faz passar por dono legítimo, e causa dano

222 É a opinião de FRAGOSO, *Lições*, p.377. Nesse sentido: RT 606/380, 626/354, JUTACRIM 78/203, 68/346, *apud* DELMANTO, *Código Penal Comentado*, p.356.

223 MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, p.680, sem grifos no original. No mesmo sentido, e solucionando nos termos que aqui defendemos a questão do furto seguido de estelionato, JESCHECK & WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal*, p.793.

novo ao adquirente de boa fé, concurso material entre furto e estelionato ²²⁴.

Há casos onde a lei penal expressamente anuncia a insuficiência do tipo que descreve o antefato para castigar o pós-fato e, assim, evidencia a independência típica deste. Assim acontece no rapto (art. 219), onde a prática dos atos libidinosos configura delito autônomo (estupro, atentado violento ao pudor, etc.).

Em outros casos o exaurimento funciona como causa de aumento de pena, como, p.ex., no crime de resistência (art. 329): basta a resistência para consumir o delito, e não se exige para a consumação qualquer resultado; mas, se o agente obtém o que visava – a não realização do ato resistido –, ou seja, se o delito é exaurido, a pena é maior (art. 329 § 2º). Outros exemplos semelhantes: art. 333, p.ún., e art. 317. Em tais casos, o tipo descritor do antefato, *na sua forma majorada*, contempla o desvalor do pós-fato de maneira expressa (o caso, assim, é também de *especialidade*).

§ 9º. Relação, regra, critério ou princípio da alternatividade

34. A admissão da relação de alternatividade, como princípio autônomo no tema do concurso aparente de tipos, é bastante controversa. A maior parte dos autores afirmam que a alternatividade não é princípio autônomo, mas é a resultante da aplicação dos demais princípios ²²⁵. Admitem sua autonomia conceitual, todavia, PRADO ²²⁶, MAURACH ²²⁷, STEVENSON e DOTTI ^{228 229}. É deste último a explicação de que há relação de alternatividade quando a norma incriminadora descreve mais de uma modalidade de realização típica (crime de conteúdo variado), seja quanto: *a*) à conduta (arts. 122 e 211); *b*) ao modo de execução (arts. 121 § 2º IV); *c*) ao objeto material (art. 234); *d*) aos meios de execução (art. 136); *e*) ao resultado material da ação (art. 129 § 2º III); *f*) às circunstâncias de tempo (art. 123); *g*) às circunstâncias de lugar (art. 233). Pelo princípio da alternatividade, nesses casos onde o tipo descreve mais de um modo de materialização do delito, o agente responderá por um só delito, embora possam ser várias as mo-

²²⁴ Nesse sentido: BRUNO, *Direito Penal* cit., t.I, p.263. Defendendo o concurso material entre furto e estelionato, na hipótese-exemplo: TOLEDO, *Princípios*, p.54; RT 575/379, 701/300.

²²⁵ P.ex. ZAFFARONI & PIERANGELI, *Manual de Direito Penal Brasileiro*, p.737; GARCIA, *Instituições*, v.1, t.2, p.510-11.

²²⁶ *Curso*, v.1, p.132 citando MAURACH, SOLER, MIRABETE, JESUS, ÁLVARO MAYRINK DA COSTA.

²²⁷ *Apud* JUAREZ TAVARES, *Direito penal da negligência*, p.25.

²²⁸ DOTTI, *Curso de Direito Penal, Parte Geral*, p.290.

²²⁹ DEL ROSAL & ANTÓN (*Derecho Penal*, p.181 *et seq.*) explicam que as noções clássicas do princípio da alternatividade (de BINDING e VON LISZT, p.ex.) permitem reduzi-lo a um dos anteriormente estudados, mas o conceito também é usado num sentido moderno, que dá à alternatividade uma função substantiva no âmbito das “leis mistas”, cujo pressuposto pode integrar-se de diversos modos, havendo uma alternatividade excludente (ainda que concorram várias das hipóteses o preceito só pode ser aplicado uma vez). Embora o texto apareça em nota, os autores parecem admitir a alternatividade, nesse sentido moderno.

dalidades de conduta, as circunstâncias e demais aspectos do fato punível. O tipo misto, explica o autor, é somente o alternativo ²³⁰, que descreve várias hipóteses de realização do mesmo fato delituoso. As várias modalidades são fungíveis e a realização de mais de uma não altera a unidade do delito ^{231 232}.

Assim, p.ex., o agente que realiza dois ou mais dos verbos nucleares do art. 12 da Lei n. 6368 (tem em depósito e vende, ou transporta e cede a outrem), não comete dois delitos de tráfico, mas um só. O agente que induz outro ao suicídio, e depois o instiga, não incide duas vezes no tipo do art. 122, mas uma só. O agente que dolosamente e num contexto de unidade de fato causa na mesma vítima perda de membro e aborto não comete dois crimes de lesão gravíssima, mas um somente.

MAURACH considera o delito negligente como crime autônomo em relação ao delito doloso, havendo, entre ambos, relação de alternatividade e não de subsidiariedade, porque há, entre eles (dolo e negligência) “uma diferença de qualidade e não apenas de quantidade” ²³³.

§ 10º. Casos especiais

35. Há situações em que, embora um dos três princípios identificadores do concurso aparente se mostre aplicável, há concurso real entre tipos incriminadores.

Isso acontece quando, inobstante haver relação de especialidade, subsidiariedade ou consunção entre as normas, há regra especial expressa determinando a aplicação do concurso real. Quando isso acontece, prevalece o concurso efetivo expressamente ordenado, em vez do concurso aparente, por duas razões:

a) a lei escrita, como fonte jurídica mais categorizada, tem primazia sobre os princípios harmonizadores do sistema, que são de construção doutrinária e jurisprudencial;

b) se a lei expressamente afirma a necessidade da aplicação de dois tipos para cobrir um fato aparentemente uno, é porque do ponto de vista valorativo-normativo não existe a unidade de desvalor, que é requisito do concurso aparente (§ 2º n. 8 b, *supra*).

²³⁰ Explica DOTTI que o chamado tipo misto cumulativo, mencionado por alguns autores, não existe, na verdade. O que há são dispositivos legais que contêm, independentemente, mas de uma figura típica de delito, ou seja, são tipos acumulados num mesmo dispositivo legal (citando FRAGOSO). P.ex.: arts. 135, 180, 208, 242, 244, 248, 326.

²³¹ DOTTI, *Curso de Direito Penal, Parte Geral*, p.290.

²³² No tema em estudo até a terminologia é controvertida. Para JESCHECK & WEIGEND (*Tratado de Derecho Penal*, p.791) alternatividade tem outro significado. É o contraposto da especialidade, e existe quando dois tipos tem descrições contraditórias entre si, e, por esse motivo, se excluem reciprocamente, como o furto e a apropriação indébita.

²³³ *Apud* JUAREZ TAVARES, *Direito penal da negligência*, p.25.

Há regra especial a respeito, p.ex., no crime de rapto violento (art. 219): se o agente consuma seu fim libidinoso (estuprando, ou praticando atentado violento ao pudor) contra a raptada, o caso é de concurso material. É que o art. 222 determina isso, expressamente.

Da mesma forma no crime de resistência violenta (art. 329): a violência é meio necessário e normal para realização da resistência (parece haver absorção do ato-meio), e a regra do art. 329 é especial em relação à do art. 129, ou a do art. 21 da LCP (parece haver relação de especialidade). No entanto, o § 2º do mesmo art. 329 manda punir em concurso material a resistência e a violência que é seu meio de execução (afasta, assim, os dois princípios).

O mesmo acontece no crime de ultraje violento a culto (art. 208, p.ún.) ou no de impedimento violento de cerimônia funerária (art. 209, p.ún.): a violência é meio executório, mas os referidos parágrafos mandam puni-la também, em concurso material, como crime autônomo. Há hipóteses semelhantes nos arts. 140 § 2º, 161 § 2º, 163, 197, 198, 199, 200, 203, 204, entre outros.

§ 11º. Obras citadas

- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10ª ed., trad. Maria Celeste C.J. Santos. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1999.
- BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*, 3ª ed., Rio de Janeiro : Forense, 1967, t.I.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Moderna Teoria do Fato Punível*. 3ª ed.. Curitiba : Fórum, 2004.
- DEL ROSAL, Manuel Cobo & VIVES ANTÓN, Tomás S.. *Derecho Penal*. 5ª ed.. Valencia : Tirant lo Blanch, 1999.
- DELMANTO, Celso, *et alii*. *Código Penal Comentado*, Rio de Janeiro : Renovar, 2000.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal, Parte Geral*. Rio de Janeiro : Forense, 2001.
- FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Direito Penal Português*. Lisboa : Editorial Verbo, 1981.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*, 10ª ed., Rio de Janeiro : Forense, 1986.
- GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 4ª ed.. São Paulo : Max Limonad, 1970.
- JESCHECK, Hans-Heinrich & WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. 5ª ed.. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada : Comares, 2002.
- STEVENSON, Oscar. *Concurso aparente de normas penais*. In: *Estudos de Direito e Processo Penal em homenagem a Néelson Hungria*. 1ª ed., Rio de Janeiro : Forense, 1962, p.28-46.

TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência*, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1985.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*, 4ª ed., São Paulo : Saraiva, 1991.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman*. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez. 11ª ed., Santiago de Chile : Editorial Juridica de Chile, 1997.