

CONCURSO APARENTE DE NORMAS

*José Soares de Castro**

1 — GENERALIDADES E COLOCAÇÃO DO TEMA

O mundo jurídico é eivado de normas. O ordenamento jurídico leva a conduta a um juízo de valor.

Da complexidade das relações de condutas valoradas e as normas surgem a problemática de que nos vamos ocupar: os *concursum* ou *conflitos*.

Três são as modalidades principais de concursos: o concurso material, o concurso formal e o concurso de crimes ou de normas. Dos dois primeiros muito tem tratado a doutrina, o que, só recentemente, foi feito em relação ao concurso de normas.

Surge, então, o problema de conflito de normas quando, um só *fato-espécie*, duas ou mais disposições legais, parecem igualmente aplicáveis, devendo-se apenas aplicar uma ou *exclusão da outra*.

O professor Eduardo Correia salienta que “muitas normas de direito criminal estão umas para as outras em certa relação de hierarquia, tem uma estrutura tal, que a aplicação de algumas exclui, sob certas circunstâncias, a possibilidade da eficácia cumulativa de outras”.

O problema não é novo porém sua construção científica data de época aproximada aparecendo, principalmente, na dogmática alemã.

No Brasil alguns penalistas se dispuseram a enfrentar o tema, com Basileu Garcia, Frederico Marques, Nelson Hungria, Damasio de Jesus, Magalhães Noronha, Aníbal Bruno, alguns com inexplicável brevidade.

Entre os escritores alienígenos, alguns já vertidos para o vernáculo, como Bettiol e Bataglini, tem ainda Aldo Moro, Merkel, Mayer, Manzini, Soler, Nuñez, Assúa, Maurach e o português Eduardo Correia.

* — Juiz de Direito da Comarca de Goiânia. Livre Docente da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás.

Afinal, como chamaríamos concurso aparente de normas (Frederico Marques, Stevenson, Aníbal Bruno); de normas (Bettioli), conflito de normas (Magalhães Noronha, Hungria), ou "concurso normarum", para concluirmos: a escolha terminológica traz e si muito de convencional. Alguns consideram o concurso como problema de interpretação da norma, outros de exegese, outros preferem situá-lo entre o concurso material (real) e concurso formal (ideal) de crimes ou mesmo na teoria da norma penal.

Mas sem dúvida, a problemática do concurso de normas se refere à técnica de aplicação de norma penal, com especial referência ao aspecto de eficácia.

É impossível conceber um sistema legislativo, tão mecanicamente perfeito, que as fórmulas legislativas possam compreender em forma exclusiva e precisa, todas as hipóteses que nos apresentem na vida real. E surge então o problema interpretativo. Ensina o penalista argentino Ricardo Nuñez que o conflito se dá por duas razões:

a) quando há uma *relação ontológica* entre as figuras;

b) quando há uma *relação jurídica* entre elas que, tecnicamente, impede sua aplicação simultânea.

No primeiro caso estão os casos de especialidade e consunção ou consumação; no segundo os de subsidiariedade e alternatividade.

2 — A MECÂNICA DAS FIGURAS DELITIVAS ENTRE SI. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE

Como afirma Nuñez, a relação ontológica é a unidade do *ens*. A essência de alguma coisa é aquilo que imediatamente se apresenta. Assim o *parricidium* é antes de tudo um *hominis occisio*, como qualquer homicídio. É de sua essência ser um homicídio. Mas se distingue pela *diferença específica* que é dirigida contra o *pai*. A essa diferença específica denominamos especialidade. É ela que faz com que a norma geral, nela compreendida, perca sua autonomia e sua neutralidade, face ao princípio de *ne bis idem*.

Segundo o princípio da especialidade de "Lex specialis derogat generali" ou "genus per speciem derogatur".

A lei especial derroga a geral, o gênero se derroga pela espécie. A procedência da "lex specialis" funda-se, também, em razões lógicas. "A especialidade, de uma norma, se deduz, só e sempre de uma comparação dos delituosos entre si, tomados "in abstracto", como diz Eduardo Correia.

A especialidade, para alguns, é o único princípio vigorante de concurso de normas. Adere, fornece mais ao *tipo*, qualidade de adesão e indivi-

dualmente. A especialidade se aplica, principalmente, nos chamados “crimes qualificados” ou nos chamados *delicta excepta*, ou crimes privilegiados. Como salienta Nuñez, certos casos, a norma excluída, serve apenas de base em relação à *norma reatrix*.

O tipo especial neutraliza o tipo geral, retirando-lhe seu valor delitivo.

Assim, ofender a integridade física de alguém, constitui o “nomen juris” do Art. 129, do Código Penal Brasileiro. Mas, se alguém ofende a integridade de outrem, causando-lhe perigo de vida, terá incorrido em um crime qualificado. Do mesmo modo, se alguém ofender a integridade física de outrem, impelido por motivo de relevante valor moral, terá incorrido só nas penas do *delictum exceptum* do Art. 129 § 4º.

É nessa qualificação que ressalta a grande importância de teoria de tipicidade para o problema de consumo aparente de normas.

Resta salientar que o diploma penal brasileiro consagra no Art. 1º, na parte Geral, o princípio da especialidade, em relação às regras gerais, do mesmo modo, revigorando o princípio da especialidade no Art. 360. No entanto, a legislação brasileira a respeito da especialidade tem variado no correr do tempo. A antiga Lei de Introdução ao Código Civil estabelecia, em seu art. 4º, que a lei só se revoga por outra lei, sendo que a lei *specialis* exceto quando, explicitamente, o declarasse.

As leis de exceção tinham e têm estritíssima interpretação. A nova orientação, na lei civil, é de que a *lex specialis* revoga a *lex generalis*, quando com ela incompatível ou quando regule, inteiramente a matéria da lei anterior.

No aspecto penal, digno também de nota, é caso de crime complexo definido no Art. 103, em que a própria lei considera como elementos constitutivos ou circunstâncias agravantes de crimes, fatos que por si só constituem crimes.

Uma tentativa de codificação das normas diretrizes do concurso aparente de normas foi tentada no Direito Brasileiro, através do natimorto ante-projeto do Código Penal, elaborada pelo Ministro Nelson Hungria, em seu artigo 5º, com denominação de “Concurso Aparente de Normas”, e infelizmente rejeitado pela Comissão Revisora, e não teve acolhida no Decreto Lei 1.004, que instituiu o sempre adiado novo Código Penal Brasileiro, que acabou não tendo aplicação. Simplesmente, silenciou sobre o aspecto teórico da questão, deixando de elevar o instituto à categoria de *jus cogens* ao *prudens arbitrium judicis e técnica jurídica*.

3 — O PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO

Razões ontológicas informam a princípio da consunção. Há elementos de ordem substancial e accidental.

Substância de um crime é aquilo pelo que existe ontologicamente enquanto persiste a conduta punível. Se lhe tirar a sua antijuridicidade não mais existe o crime. Já o acidente é uma natureza ou essência a qual convém existir em outra coisa.

A vontade humana é um acidente se bem que necessária. Trata-se aqui de uma questão *in concreto* do *ens criminis*. Do mesmo modo pode-se afirmar que o crime de sedução, a menoridade da vítima e a prática de atos *libidinosos* (o que configura a *corrupção de menores*) são *accidentes*.

No furto qualificado, com destruição de obstáculo, dano é um acidente, na sua configuração. Uma norma é incluída em si no valor delitivo de outra, a absorção, que absorve a outra menor. *Lex consumens derogat legi consumptae*. Há uma relação acidental de continência, isto é, uma compreende a outra, como parte integrante na sua *essência*. Soler, afirma que a consunção se dá nos casos em que as figuras têm uma relação de mais a menos, de parte a todo, de imperfeito à perfeição, de meio a fim.

Assim o homicídio pressupõe um momento anterior, que é o da lesão corporal que, por sua natureza e sede causou a morte.

É nos chamados crimes *progressivos* que ocorre a maior incidência de *casos de consunção*.

Tais crimes se caracterizam como verdadeira progressão criminosa, cujo *inter criminis* vem pontilhado de fatos, às vezes típicos, até atingir o grau máximo da meta escolhida. Podem ser representados por uma linha reta que no fim se engrossa. Temos aqui de analisar o aspecto dos atos anteriores, posteriores, o crime progressivo e progressão criminosa. Vejamos resumidamente:

3.1 — Atos Anteriores

Consideram-se impuníveis os atos anteriores necessários à tipicidade de um *delictum maius*; são os chamados crimes de meio ou de trânsito. Citam-se como exemplo a falsidade ideológica em relação à bigamia.

Alguns autores excluem da impunidade o antefato do caso de porte de arma para matar e o estado contravencional “de porte de arma”, como relata-nos Oscar Stevenson, no citado artigo em Homenagem a Nelson Hungria.

3.2 — Atos Posteriores

São imprevisíveis os fatos posteriores que incidam na mesma linha de conduta do agente, bem como aqueles indiferentes ao bem jurídico já lesado. Idêntico tratamento tem o delito que se apresenta como uma realização da intenção necessária para o conceito de outro delito. Os fatos

posteriores tornam-se irrelevantes em face da lesão já consumada. Não há critério abstrato mas resolve-se no casuísmo concreto.

3.3 — Crime Progressivo — Progressão Criminosa

No crime progressivo o ato do agente é uno, una sua intenção criminosa e uno o bem jurídico tutelado. O Prof. Magalhães Noronha cita vários exemplos de crimes progressivos: corrupção, prevaricação, explosão-fabrico, lesões graves, lesões leves. Já na progressão criminosa há pluralidade de condutas, de designos, e de resultados.

O agente pratica um fato típico, passa ao cometimento e outro em unidade com o contexto criado com sua conduta. Ex.: o agente pretende furtar, mas diante da circunstância se vê impelido a roubar e a matar.

4 — PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

O princípio é “*Lex primária derogat subsidiariam*”.

A lei primária derroga a subsidiária. Subsidiária é a norma que atua como reserva de outra. A diferença entre especialidade e subsidiariedade reside em que aquela se verifica “in concreto” e depende de um juízo axiológico ou de valoração.

O crime de perigo em razão aos crimes de lesão, estes incluem um desvalor delituoso dos primeiros. Assim, o *nomen juris* do Art. 132 perigo para a vida, à saúde de outrem, é subsidiário em relação a um crime de lesão efetiva, como por exemplo o de lesões corporais.

É tácita a subsidiariedade do art. 131, perigo de contágio de moléstia grave. O elemento subjetivo é na espécie, o dolo direto.

O dolo eventual poderá constituir uma tentativa de lesão corporal ou crime consumado de perigo para a vida ou saúde. Se a moléstia vem a transmitir-se haverá apenas lesão corporal. Trata-se de concurso aparente de normas, em que o crime de perigo fica substituído pelo de dano (subsidiariedade). E pela subsidiariedade é que se desaplicam as normas de fatos englobados, nos chamados crimes complexos. Por exemplo, o roubo é somatório de furto mais ameaça, mais constrangimento ilegal. Não positivado em um desses tipos, o agente responde, subsidiariamente, pelos outros. São estágios de ataque ao mesmo bem jurídico. Ricardo Nuñez, já citado, diz que é caso de técnica legislativa e só admite a subsidiariedade expressa, como no caso do Art. 150 do Código Argentino, “se não resulta crime mais severamente punido”.

5 — PRINCÍPIO DA ALTERNATIVIDADE

Pelo princípio da alternatividade a aplicação de uma norma a um fato exclui a aplicabilidade de outra que também o prevê como delito.

A técnica da alternatividade está na analogia ou na similitude das figuras delitivas. Ex.: artigo 150 do Código Penal “entrar ou permanecer”. Duas ou mais condutas alternativas, que praticada uma dá o conteúdo explícito da norma e a incidência penal. A alternatividade não é reconhecida pela maioria dos tratadistas, como o Prof. Basileu Garcia, em suas “Instituições de Direito Penal”, Magalhães Noronha, Frederico Marques, Aníbal Bruno, Nelson Hungria. No exterior, Ranieri, Maggiore, Grispigni e outros. Entre os autores pátrios apenas Oscar Stevenson lhe dá maior atenção. Para Soler, a alternativa é ao lado da consunção, uma forma de exclusão. Quando reunido em um mesmo dispositivo, *várias figuras*, a lei declara, implicitamente, que para a aplicação da pena estabelecida é suficiente que se incorra em qualquer dos verbos típicos ali descritos. Ex.: Art. 377 do Código Penal, fala subtrair ou inutilizar livro oficial, processo ou documento. Se o agente além de subtrair, inutilizar os citados objetos, incorrerá só uma vez nas sanções ali cominadas.

6 — ALGUNS ASPECTOS NO DIREITO COMPARADO

Na Inglaterra, como não há ordenamento jurídico legiferado e escrito, o precedente abre como coisa julgada nas diferentes ordens jurídicas, evitando assim o *bis in idem*.

No Sistema Americano, em sua Emenda nº 5, diz que ninguém será julgado duas vezes pela mesma ofensa. Como se sabe, vale aos Estados da Federação o processo de julgamento dos crimes em geral exceto àqueles criados por lei federal.

No Direito Chileno este não se ocupa do concurso aparente de normas, resumindo-se num problema de interpretação da lei. O princípio da especialidade goza de grande prestígio no sistema jurídico chileno, conforme o Art. 13 do Código Civil. O concurso de normas encontra-se nos Códigos Penais do Peru (artigo 106) e Equador (artigo 9) e anteprojeto de Soler para a Argentina.

O princípio da especialidade é o mais cristalino e aceito, consagrado universalmente. No Direito Espanhol, art. 11 do Diploma Civil Puro, finalmente idêntico conteúdo encontra-se no Art. 14 nas disposições sobre a Lei em Geral do Direito Italiano.

No Direito Pátrio a legislação brasileira tem variado, como disse no item 2.

No Código Penal há duas menções da *lex specialis* no Art. 10, e no Art. 360. Houve a tentativa de Hungria de colocar o instituto normatizado no seu anteprojeto, infelizmente, recusado pela comissão revisora e inócuo pelo seu objetivo não alcançado.

7 — CONCLUSÕES

a) Embora não haja unanimidade entre os autores quanto à denominação da problemática do conflito aparente de normas, existe uma convergência de opiniões no que tange à natureza do fenômeno.

b) Trata-se de um problema de interpretação de norma penal, com ênfase ao seu elemento de validade tática: a eficácia.

c) O conflito entre a parte geral e especial se resolve pela regra da especialidade.

d) O conflito entre as figuras da parte especial se resolve pelos princípios da especialidade, consunção, subsidiariedade e alternatividade.

e) A especialidade se resolve *in abstracto*; a consunção *in concreto*.

f) A subsidiariedade está exposta numa posição de reserva e interessa ao problema de gravidade da pena como reveladora de norma de cultura de Estado, em oferecer opções punitivas de valoração fática.

g) O conflito de crime de perigo e de dano se resolve pelo princípio da subsidiariedade.

h) O princípio da alternatividade não se encontra ainda bem delineado. A maioria dos autores não o reconhece.

i) A problemática do “*concursum normarum*” é de natureza técnico-filosófica de profundo alcance. Sendo uma só a objetiva ilicitude de uma situação fática, unitária, deve ser, a norma sancionada. A unidade criminosa, deve se seguir, à unidade punitiva com o fim precípua de harmonia de ordenamento jurídico, principalmente, com relação às normas incriminadoras que atingem o “*status dignitatis*” do ser humano.