

CONCURSO APARENTE DE LEIS PENAIS - UMA APROXIMAÇÃO

*Luiz Regis Prado**

SUMÁRIO: 1. Conceito e pressupostos; 2. Critérios para a resolução do concurso aparente de leis.

1. Conceito e pressupostos

A matéria aqui versada se relaciona com a idéia de conflito normativo, objeto de estudo da Teoria Geral do Direito.

O sistema jurídico - composto de várias normas - deve ter, em princípio, unidade e coerência, para garantia de vigência do princípio da segurança jurídica. A unidade do ordenamento jurídico exclui a existência de contradições em seu interior, propiciando-lhe uma harmonia interna¹.

Tem-se por antinomia a denominação dada ao conflito de normas (ou princípios), que tem como exigência primeira a validade das normas conflitantes². Para solucionar as questões de incompatibilidade normativa, recorrem-se a determinados critérios interpretativos³.

Doutor em Direito - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Titular de Direito Penal - Universidade Estadual de Maringá. Coordenador da área de Direito Penal do Curso de Mestrado em Direito.

¹ Cf. Engisch, K. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1964, trad. Baptista Machado, p. 253 e ss.. Classifica esse autor as contradições na ordem jurídica em técnicas, normativas, valorativas, teleológicas e de princípios.

² Dá-se a antinomia jurídica quando numa determinada situação duas ou mais normas (ou princípios) têm conteúdo prescritivo incompatível, numa mesma ordem jurídica (e âmbito de validade jurídica). Vide, sobre o assunto, Diniz, Maria Helena. *Conflito de normas*. São Paulo, Saraiva, 1996, p. 11 e ss.

³ Bobbio propõe, como critérios fundamentais para resolver as antinomias, o cronológico, o hierárquico e o da especialidade (*Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília, UnB, 1996, trad. Maria Celeste dos Santos, p. 92).

O concurso aparente de leis penais (segundo alguns, concurso ideal impróprio, concurso aparente de tipos) diz respeito à interpretação e aplicação da lei penal⁴.

Verifica-se na situação em que várias leis são *aparentemente* aplicáveis a um mesmo fato, mas, na *realidade*, apenas uma tem incidência. Sendo assim, não há verdadeiramente concurso ou conflito, mas tão-somente *aparência* de concurso, visto que existe transgressão real de apenas uma lei penal, o que dá lugar também a um único delito. Com base em alguns princípios ou critérios elaborados pela doutrina, aplica-se exclusivamente uma norma penal, com o afastamento de todas as demais, já que suficiente para esgotar o total conteúdo de injusto da conduta⁵. A propósito, Beling conceituou o conflito aparente de leis como a “relação que medeia entre duas leis penais, pela qual, enquanto uma é excluída, a outra é aplicada”⁶.

Na história, casos de concurso aparente surgiram em Roma - princípio da especialidade: *in toto iure generi per speciem derogatur* -, e, na Idade Média, os axiomas *lex consumens derogat legi consueta*; *non bis in idem*. Mas sua sistematização científica e distinção do concurso ideal de delitos remontam aos estudos de Adolf Merkel e Karl Binding⁷.

Fundamenta-se no princípio de coerência sistemática e na máxima *ne bis in idem*, que veda punir duplamente o mesmo fato, como decorrência lógica do princípio da unidade do ordenamento jurídico.

Para que ocorra um concurso aparente de leis, certos pressupostos são exigidos: unidade de fato e pluralidade de leis⁸. Desse modo, deve haver um só fato - correspondente a uma única violação real da lei⁹ -, e, pelo menos, duas normas concorrentes com aparente aplicabilidade. Na individualização do fato

⁴ No sentido do texto, por exemplo, Bruno, Aníbal. *Direito Penal*, I, Rio de Janeiro, Forense, 1959, p. 273 e ss.; Toledo, Francisco de Assis, *Princípios básicos de Direito Penal*, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 50 e ss.; Fragoso, H. *Lições de Direito Penal*, Parte Geral, Rio de Janeiro, Forense, 1991, p. 374 e ss.

⁵ Maurach, R. *Tratado de Derecho Penal*, I, Barcelona, Ariel, 1962, trad. J.Cordoba Roda, p. 438.

⁶ *Esquema de Derecho Penal*. B. Aires, Depalma, 1944, trad. Sebastian Soler, p. 135.

⁷ Cf., Jimenez de Asúa, Luís. *Tratado de Derecho Penal*, II, B. Aires, Losada, 1964, p. 532 e ss.

⁸ Assim, Mantovani, F. *Diritto Penal*, Parte Generale, Milano, Cedam, 1992, p. 468 e ss.; Barbosa, Marcelo Fortes. *Concurso de normas penais*, São Paulo, RT, 1976, p. 13 e ss. Também Oscar Stevenson, que fala em “unicidade do fato, como unidade simples ou unidade complexa do comportamento, e identidade na caracterização do fato como delituoso, por uma pluralidade de normas” (Concurso aparente de normas penais. In: *Estudos de Direito e Processo Penal em homenagem a Nelson Hungria*, p. 31). Aníbal Bruno alude à necessidade de “um só fato e do mesmo bem jurídico violado” (op. cit., p. 275).

⁹ Há aqui uma única lesão ao bem jurídico protegido. A unidade de ação deve ser considerada por um prisma jurídico - não se trata simplesmente de unidade natural -, e a diferenciação entre unidade e pluralidade de ações só é possível de ser obtida a partir de uma interpretação do sentido do tipo de injusto realizado (Jescheck, H-H. *Tratado de Derecho Penal*, II, Barcelona, Bosch, 1981, trad. Mir Puig e Muñoz Conde, p.1033 e ss.).

juridicamente relevante, convém observar ser ele o previsto pela hipótese normativa (*facti-species*).

Demais disso, cumpre dizer que o concurso aparente de leis ou de normas penais não se confunde com o concurso de delito (ideal ou real). Esse último implica uma pluralidade de delitos, como resultado de várias lesões jurídicas. Dá-se uma concorrência *efetiva* (e não aparente) de leis penais. A questão no concurso delitivo é saber se a conduta realiza um ou mais tipos penais, ou se há várias condutas e lesões jurídicas¹⁰.

O Direito positivo brasileiro não disciplinou o concurso de leis de forma sistemática e genérica. A única manifestação legislativa nesse sentido é a constante do anteprojeto de Código Penal de 1963, de autoria de Nelson Hungria: “Art. 5º. Quando a um mesmo fato podem ser aplicadas duas ou mais normas penais, atende-se ao seguinte, a fim de que só uma pena seja imposta: a) a norma especial exclui a geral; b) a norma relativa a crime que passa a ser elemento constitutivo ou qualificativo de outro é excluída pela norma atinente a este; c) a norma incriminadora de um fato que é meio necessário ou normal fase de preparação ou execução de outro crime, é excluída pela norma a este relativa. Parágrafo único. A norma penal que prevê vários fatos, alternativamente, como modalidades, de um mesmo crime, só é aplicável uma vez, ainda quando os ditos fatos são praticados, pelo mesmo agente, sucessivamente”¹¹.

2. Critérios para a resolução do concurso aparente de leis

Embora não exista um verdadeiro consenso¹² sobre o tema, a doutrina costuma apontar alguns critérios ou princípios para dirimir o conflito aparente de leis penais. São eles: *especialidade*, *subsidiariedade* e *consumção*¹³.

¹⁰ Leciona-se que no concurso ideal ou formal “a unicidade de comportamento que o peculiariza postula, como é lógico, unicidade de evento, vale dizer, a subsistência de um crime apenas. Porém, uma parte desse comportamento corresponde a uma ofensa, e outra ou outras partes a ofensas diversas. Portanto pluriviolações ou pluralidade de crimes. A concorrência real de delitos se afigura como círculos dispostos em separado. O crime continuado como seriação de círculos tangentes entre si. O concurso formal, como círculos secantes, com uma parte comum e partes distintas, que correspondem aos crimes cometidos mediante um só comportamento” (Stevenson, Oscar, op. cit., p.36).

¹¹ O recente Código Penal espanhol (1995) contém previsão expressa e geral sobre o tema: “Art.8. Os fatos suscetíveis de serem enquadrados em dois ou mais preceitos deste Código, e não compreendidos nos artigos 73 a 77, serão punidos com observância das seguintes regras: 1. O preceito especial será aplicada com preferência ao geral. 2. O preceito subsidiário será aplicado na falta do principal, seja a subsidiariedade expressamente declarada, seja tacitamente deduzível. 3. O preceito penal mais amplo ou complexo absorverá os que punam as infrações nele consumidas. 4. Na falta dos critérios anteriores, o preceito penal mais grave excluirá os que punam o fato com menor pena”.

¹² Cf. Jimenez de Asúa, op. cit., p. 535-537; Bruno, Aníbal, op. cit., p. 274-275.

¹³ Alguns autores acrescentam o princípio da alternatividade, segundo o qual “a aplicação de uma norma a um fato exclui a aplicabilidade de outra que também o prevê como delito” (Stevenson,

- a) **Critério de especialidade** - *lex specialis derogat legi generali*: o princípio de especialidade, único a ter aceitação pacífica, já era conhecido dos romanos - *semper specialia generalibus nsunt; generi per speciem derogantur*. A lei especial derroga, para o caso concreto, a lei geral.

Entre a norma geral (gênero) e a especial (espécie) há uma relação hierárquica de subordinação que estabelece a prevalência da última, visto que contém todos os elementos daquela e mais alguns denominados *especializantes*¹⁴. Desse modo, a regra especial agrega à hipótese normativa geral um ou mais elementos complementares, demonstrativos de um específico fundamento de punibilidade, ora estabelecendo um *plus* (qualificador/agravador), ora prevendo um *minus* (privilegiador). Afirma-se, nessa trilha, que a “relação de especialidade ocorre quando um preceito penal reúne todos os elementos de outro e só se diferencia dele por conter, pelo menos, um elemento adicional que permita vislumbrar a previsão fática de um ponto de vista específico.

Na especialidade concorre, pois, uma relação lógica de dependência própria da subordinação, já que toda ação que realize o tipo delitivo especial também realiza necessariamente, e ao mesmo tempo, o tipo geral, enquanto não se verifique o oposto”¹⁵. Tem-se uma especialidade abstrata, modificadora do tipo de injusto geral (tipo básico/tipo derivado), e uma especialidade concreta, quando a lei especial tem um desvalor autônomo e, de imediato, excludente da geral (homicídio/infanticídio).

O princípio da especialidade se encontra consagrado expressamente no art. 12 do Código Penal: “As regras gerais deste código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso”. Como exemplos de aplicação desse critério podem ser citados: a relação entre os tipos

Oscar, op. cit., p.43). Acolhem também esse critério, Mirabete, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*, I, São Paulo, Atlas, 1997, p.118; Jesus, Damásio E. de. *Direito Penal*, Parte Geral, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 105; Costa, Álvaro Mayrink da. *Direito Penal*, I, Rio de Janeiro, Forense, 1991, p.367, entre outros. Todavia, não se entende como cabível o citado princípio no concurso aparente de leis. A alternatividade Imprópria, segundo a qual o legislador disciplina o fato por meio de duas ou mais normas penais, nada mais é que hipótese de absurdo erro legislativo, que pode ser solucionado através de ab-rogação tácita. A relação de alternatividade própria - existente entre dois ou mais tipos que protegem um só bem jurídico contra diversas agressões - não tem lugar por razões de ordem lógica - incompatibilidade das figuras típicas em relação ao mesmo fato. Como bem assinala Soler, “a apropriação de uma coisa somente pode ser valorada como furto ou apropriação indébita, mas não é possível que um mesmo fato possa ter esse duplo enquadramento” (*Derecho Penal argentino*, I, B.Aires, Tea, 1992, p. 173). Nesse mesmo diapasão, explica-se que “se são realizados os elementos legais do roubo ou do furto, necessariamente deverá ser excluída a ameaça ou a apropriação indébita. Aqui somente tem cabimento um dos tipos, e, em virtude da heterogeneidade, nem sequer ‘concurso’ haveria; a ação só pode ser considerada a partir de um dos tipos heterogêneos. Por isso, a maioria não reconhece a alternatividade como uma forma autônoma de concurso de leis” (Maurach-Gössel-Zipf, *Derecho Penal*, II, B. Aires, Astrea, 1995, trad. J.B.Genzsch, p. 553).

¹⁴ Cf. Bettiol, *Direito Penal*, II, São Paulo, RT, 1971, trad. Costa Jr. & Silva Franco, p.327.

¹⁵ Jescheck, op. cit., p.1035.

básicos de homicídio (art. 121, *caput*, CP) ou de furto (art. 155, *caput*, CP) e os tipos derivados qualificados (arts. 121, § 2º, e 155, § 4º, CP) ou privilegiados (arts. 121, § 1º, e 155, § 2º, CP); entre os delitos de homicídio (art. 121, CP) e infanticídio (art. 123, CP); de tráfico de substância entorpecente (art. 12, Lei 6368/76) e de contrabando ou descaminho (art. 334, *caput*, CP); de injúria através da imprensa (art. 22, Lei 5250/1967) e injúria comum (art. 140, CP).

- b) **Critério de subsidiariedade** - *lex primaria derogat legi subsidiariae*: esse critério emerge como efeito de uma múltipla tutela realizada por tipos diversos em relação a um determinado bem jurídico. Opera de forma auxiliar, subsidiária ou residual para as hipóteses que não são objeto de proteção de outro dispositivo, chamado principal. Isso quer dizer: aplica-se uma lei quando outra não puder ser aplicada, quer por disposição explícita (subsidiariedade expressa ou formal)¹⁶, quer por força de interpretação lógica (subsidiariedade tácita, implícita ou material). Verificam-se a primeira quando o próprio texto legal condiciona sua aplicação à inaplicabilidade de outro (v.g., arts. 129, § 3º; 132; 238; 239; 249; 307, CP) e a segunda quando o tipo subsidiário, de menor gravidade, não subordina sua aplicação à subsistência do principal¹⁷.

Aplica-se um tipo penal na medida em que outro não possa ser utilizado, como resultado do sentido e do fim das normas em concorrência (v.g., os delitos dos arts. 163 e 167 em relação ao do art. 155, § 4º, I; a subtração de incapazes (art. 249, CP) em relação ao seqüestro (art. 148) ou redução à condição análoga à de escravo (art. 149, CP), a violação de domicílio (art. 150, CP) em relação ao furto (art. 155, CP). A relação de subsidiariedade implícita aparece no denominado crime complexo, em “que se desaplicam as normas de fatos nele englobados, uma vez aplicável a principal que o previne”¹⁸ (v.g., o roubo que abarca os crimes de furto, lesão corporal, constrangimento ilegal ou ameaça).

Rege, aqui, o axioma *ubi major minor cessat*, estabelecendo-se uma relação lógica de interferência ou funcional entre dois tipos penais e não de estrutura (subordinação), como no princípio de especialidade.

- c) **Critério de consunção** - *lex consumens derogat legi consumptae*: pelo critério, princípio ou relação de consunção, um determinado

¹⁶ Tem-se ponderado com razão que nesse caso - em que uma lei de forma expressa exclui a aplicação de outra - não há verdadeiro concurso aparente de leis penais (cf., Antolisei, F. *Manuale di Diritto Penale*, Parte Generale, Milano, Gluffrè, 1994, op. cit., p. 137).

¹⁷ Cf. Stevenson, Oscar, op. cit., p. 39. Um delito é subsidiário de outro quando a lei dispõe que sua aplicação está condicionada à não-aplicação de figura distinta (subsidiariedade expressa), ou quando um tipo entra na composição de outro, mas tão-somente como elemento constitutivo ou circunstância agravante e não como parte do núcleo típico - subsidiariedade tácita (Cf. Soler, op. cit., p. 187).

¹⁸ *Ibid.*, p. 40.

crime (norma consumida) é fase de realização de outro (norma consuntiva) ou é uma regular forma de transição para o último - delito progressivo¹⁹. Isso significa, na primeira modalidade, que o conteúdo do tipo penal mais amplo absorve o de menor abrangência, que constitui etapa daquele, vigorando o princípio *major absorbet minorem*. Desse modo, os fatos “não se acham em relação de *species a genus*, mas de *minus a plus*, de parte a todo, de meio a fim”²⁰.

Assim: o delito consumado absorve o tentado; a tentativa absorve os atos preparatórios; o crime de lesão absorve o de perigo; o homicídio em relação à lesão corporal; o estelionato (art. 171, CP) e a falsificação de documento particular (art. 298, CP) - o crime-fim absorve o crime-meio; a sedução (art. 217, CP) e o estupro (art. 213, CP) consomem a corrupção de menores (art. 218). Predomina na consunção uma perspectiva axiológica.

É oportuno observar ainda que os critérios de subsidiariedade e de consunção são de aplicação secundária ou complementar ao de especialidade.

Por fim, resta dizer algo a respeito do antefato (*ante factum*), do pós-fato (*post factum*) e do fato concomitante impuníveis.

Com efeito, um fato típico pode ser impunível quando anterior (v.g., a lesão corporal em relação ao homicídio, enquanto delito de passagem) ou posterior (v.g., a venda da *res furtiva* pelo agente) a outro mais grave, ou quando fizer parte, ainda que não essencial, da fase executória de outro crime. Tratam-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*)”²¹.

¹⁹ Cf. Hungria, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, I, Rio de Janeiro, Forense, 1958, p. 121.

²⁰ *Ibid.*, p. 121.

²¹ Soler, S., op. cit., p.189.