



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



**A tutela plurinormativa de bens jurídicos: sobre a regra da
consunção no direito penal brasileiro**

Pedro Jorge do Nascimento Costa

Recife
2009

Pedro Jorge do Nascimento Costa

**A tutela plurinormativa de bens jurídicos: sobre a regra da consunção no
direito penal brasileiro**

Dissertação apresentada como requisito parcial para
a obtenção do título de mestre em direito pela
Universidade Federal de Pernambuco, sob a
orientação do Professor Dr. Cláudio Brandão.

Recife
2009

Costa, Pedro Jorge do Nascimento

A tutela plurinormativa de bens jurídicos: sobre a regra da consunção no direito penal brasileiro / Pedro Jorge do Nascimento Costa. – Recife: O Autor, 2009.

228 folhas.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2009.

Inclui bibliografia.

1. Direito penal – Brasil. 2. Direito Penal - Consunção. 3. Bens públicos – consunção – aplicação.

343.2
345

CDU (2.ed.)
CDD (22.ed.)

UFPE
BSCCJ2009-025

AGRADECIMENTOS

À amada Carolina Furtado, pelo apoio e pela paciência, fundamentais, que sempre manifestou;

A Fellipe Abreu e Lima, pela amizade de longa data e pela ajuda na coleta bibliográfica;

A Cláudio Brandão, pela essencial orientação, subtraída de seu tão precioso tempo; e,

A Juliana Torres Y Plá Trevas, pela amizade e pelo exemplo de perseverança.

A TUTELA PLURINORMATIVA DE BENS JURÍDICOS: sobre a regra da consunção no direito penal brasileiro

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco PPGD/UFPE, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Área de concentração : Teoria e Dogmática do Direito

Orientador: Dr. Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência da primeira, submeteu o candidato à defesa, em nível de Mestrado, e a julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: APROVADO

Professor Dr. *Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas* (Presidente - UFPE)

Julgamento: APROVADO Assinatura: 

Professor Dr. *Juarez Cirino dos Santos* (1º Examinador externo - UFPR)

Julgamento: APROVADO Assinatura: 

Professora Dr.^a *Margarida de Oliveira Cantarelli* (2ª Examinadora interna - UFPE)

Julgamento: APROVADO Assinatura: 

Recife, 02 de outubro de 2009.

Coordenador Prof. Dr. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti

RESUMO

COSTA, Pedro. **A tutela plurinormativa de bens jurídicos**: sobre a regra da consunção no direito penal brasileiro. 2009. 228 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

A dissertação tematizou a consunção como regra para solução de casos de concurso aparente de normas penais incriminadoras no direito penal brasileiro contemporâneo. Buscaram-se as origens dos estudos sobre a consunção no penalista Karl Binding. Investigou-se o contexto social e jurídico dele. Após, esboçaram-se as mudanças sociais e jurídicas e seus reflexos no Brasil, com ênfase no *topos* do risco e no direito penal do risco. Concluiu-se pela necessidade de adaptação da teoria da consunção para o direito brasileiro, sem desconsideração das garantias penais liberais. Debateram-se teorias sobre a consunção, cujos principais problemas se apontaram. Nessa esteira, entendeu-se pela sua inservibilidade aqui. Por isso, iniciou-se o estudo das bases da consunção no direito brasileiro. Indicaram-se a ordem de exaustão, a vedação do *bis in idem*, a proporcionalidade e a culpabilidade. Em seguida, tratou-se do bem jurídico na aplicação da consunção e dos efeitos das ordens constitucionais de criminalização como seu impeditivos. Fixadas essas premissas, delimitou-se o âmbito da consunção no Brasil. Entendida como a absorção do conteúdo de injusto e de culpabilidade de uma norma por outra, opera quando no caso concreto a norma afastada se torna insignificante valorativamente, independentemente de relação lógica entre essas normas, vedada a absorção de condutas cuja incriminação seja constitucionalmente imposta. Consequentemente, negou-se o efeito de bloqueio da norma afastada. Admitiu-se o potencial enquadramento de seu fato entre as circunstâncias da norma prevalente.

Palavras-chave: direito penal brasileiro, consunção, aplicação.

ABSTRACT

COSTA, Pedro. **The plurinormative protection of legal goods**: on the rule of consumption in Brazilian criminal law. 2009. 228 p. Dissertation (Masters Degree in Law) – Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

The dissertation tematized consumption as a rule for the solution of cases when apparently more than one penal norm has been violated. The origins of the studies on criminal consumption were looked up in the work of criminalist Karl Binding, with consideration to its social and juridical context. Then the legal and social changes and its consequences in Brazil, with emphasis on the topos of the risk and the risk criminal law, were drawn up. The conclusion was that it is necessary to adapt the theory of consumption to Brazilian law, always considering the liberal guarantees. Theories on consumption were discussed and their main problems were pointed out, reinforcing the idea that they do not apply in this country. For this reason, study of the consumption basis in Brazilian law followed, with indication of the order of exhaustion, double jeopardy, proportionality and culpability. Next, the questions of legal good in consumption application and of order of penalisation as its deterrent were analyzed. Having established these premises, the reach of the rule in Brazil was defined. Understood as the absorption of the contents of unfair and culpability of a norm by another, consumption operates when in a concrete case the departed norm becomes axiologically insignificant, regardless of a logical relationship between these norms. Nevertheless, the absorption of conducts whose penalisation is constitutionally imposed is prohibited. Therefore, the blocking effect of the departed norm was denied and the potential subsumption of its fact among the circumstances of the prevailing norm was admitted.

Keywords: Brazilian criminal law, consumption, application.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 CONCURSO APARENTE NO DIREITO PENAL E SUAS REGRAS DE SOLUÇÃO.....	19
1.1 Objeto e denominação do concurso aparente de normas. A consunção como regra.....	20
1.2 De comento: as outras regras de solução do concurso aparente.....	30
2 MUDANÇAS DE PARADIGMAS DO DIREITO PENAL E A CONSUNÇÃO.....	46
2.1 O surgimento da doutrina penal da consunção.....	47
2.2 O contexto social e jurídico desses antecedentes.....	56
2.3 O pano de fundo atual: em especial a questão dos novos riscos e suas decorrências.....	62
3 ALGUMAS DAS TEORIAS SOBRE A CONSUNÇÃO.....	81
3.1 Aportes logicistas: as teorias de Wilhelm Höpfner, Ernst Beling e Ulrich Klug.....	82
3.2 A teoria de Günther Jakobs.....	97
3.3 A teoria de Marcelo Fortes Barbosa.....	101
3.4 As teorias majoritárias.....	103
3.5 As aporias da consunção.....	111
4 FUNDAMENTOS E ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA CONSUNÇÃO.....	125
4.1 Ordem de exaustão, <i>ne bis in idem</i> , proporcionalidade e culpabilidade na consunção....	125
4.2 A questão do bem jurídico e as ordens constitucionais de criminalização.....	157
4.3 O âmbito possível da consunção no direito brasileiro.....	166
4.4 Efeitos da consunção.....	192
CONCLUSÃO.....	198
REFERÊNCIAS.....	207

INTRODUÇÃO

O objeto de pesquisa se cingiu à regra da consunção como um dos critérios para a solução do concurso aparente de normas penais incriminadoras no direito brasileiro posterior à reforma da parte geral do Código Penal em 1984. Mereceram estudo os requisitos específicos da consunção, que a distingue das demais regras aceitas pela doutrina dominante para a solução de tal caso de concurso, a da subsidiariedade e a da especialidade. Também foram objeto de consideração as possíveis influências da aplicação da consunção na dosimetria penal, aí incluída a questão do efeito de bloqueio da norma afastada.

Por outro lado, mantiveram-se de fora alguns dos demais problemas ligados ao concurso aparente de normas e, pois, à consunção, tais como o do dito renascimento das normas afastadas, inclusive em caso de anistia, prescrição, decadência e impunibilidade relativamente ao crime previsto na norma prevalente. Eventuais menções a esses temas só ocorreram quando estritamente necessárias para a compreensão das ideias defendidas quanto aos outros acima referenciados.

Como se detalhará melhor abaixo, a sistematização de quatro regras para a solução do concurso de normas, a alternatividade, a subsidiariedade, a especialidade e, finalmente, a consunção, deveu-se ao jurista alemão Karl Binding, em uma sua obra do ano de 1885, o Manual de direito penal. Para Binding, “o concurso de leis se trata das regras para a escolha da lei de aplicação no caso concreto e essas regras são distintas para os distintos casos de concurso de leis.”¹

Por conseguinte, Karl Binding inaugurou o sistema pluralista (em oposição ao monista, que defende a solução de todos os casos pela regra única da especialidade) de solução de concurso aparente de normas, para a qual indicou quatro regras, a especialidade, a alternatividade, a subsidiariedade e a consunção.

Sobre a consunção, o mesmo jurista alemão assentou que “existe quando um

¹ BINDING, Karl. **Handbuch des Strafrechts**, Band I. Neudruck der Ausgabe Leipzig 1885. Aalen: Scientia, 1991, p. 333. Tradução livre de: “[...] handelt es sich um die Regeln für die Auswahl des im Einzelfall wirklich zur Anwendung kommenden Gesetzes, und diese Regeln sind für die verschiedenen Fälle der Gesetzeskonkurrenz ganz verschieden.”

suporte fático e a pena de uma lei penal absorve parcialmente em si os de outra, a qual, por restar fora de aplicação, é consumida.”.²

Quase um século depois, inclusive no Brasil, grande parte da doutrina manteve sem grandes alterações de fundo o conceito de consunção de Binding. Apenas para exemplificar, Aníbal Bruno a adota sem mais quando “o fato previsto em uma norma figura como elemento constitutivo do tipo delituoso, definido em outra conduta inicial, meio para realizá-lo ou parte do todo que ele representa.”.³

Nessa esteira, a pergunta de pesquisa consiste em saber se há necessidade de adequar a teoria da consunção, surgida há mais de cem anos, mesmo com os desenvolvimentos e adaptações doutrinárias posteriores, ao direito penal contemporâneo e como realizar essa adaptação.

Em uma primeira aproximação, vale ressaltar que, quando do surgimento do conceito de concurso aparente de normas penais e do de consunção, predominava a cosmovisão iluminista moderna, positivista e racionalista.

Nada obstante, a partir do início do século XX, mas sobretudo após a segunda guerra mundial, cresceu a ideia de Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*). Nessa nova feição de Estado, positivam-se direitos subjetivos sociais e econômicos, a exemplo dos direitos fundamentais das chamadas segunda e terceira gerações.

Hoje, fala-se mesmo em crise da modernidade, que teria falhado na consecução de seus objetivos, e no advento de uma era pós-moderna ou de modernidade reflexiva.

De fora parte as discussões que a correção do termo “pós-modernidade”, da ideia de uma nova época e de sua aplicação ao contexto de países “em desenvolvimento” (e esse termo comporta discussões) como o Brasil possam suscitar, o certo é que também aqui, já de algumas décadas, pode-se vislumbrar uma série de câmbio de paradigmas com repercussões no âmbito do direito (penal). Realmente, inegáveis a internacionalização do

² BINDING, Karl. **Handbuch des Strafrechts**, Band I. Neudruck der Ausgabe Leipzig 1885. Aalen: Scientia, 1991, p. 363-364. Tradução livre de: “Sie liegt vor, wenn ein Strafgesetz Tatbestand und Strafdrohung eines andern teilweise in sich aufnimmt und dieses insoweit ausser Anwendung stellt, also konsumiert.”

³ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**, t. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 276.

direito penal (com a proliferação de tribunais penais internacionais aos quais o Brasil se submete), a organização e internacionalização da criminalidade, o crescimento e expansão do direito penal e da criminalidade econômicas.

Uma outra mudança, deveras importante, no Brasil ao menos parcialmente verificada, trata-se do advento da chamada sociedade de risco, decorrente de alguns dos avanços tecnológicos e científicos e do aumento da complexidade social. O sociólogo alemão Ulrich Beck, que usou pela primeira vez a expressão sociedade de risco, melhor tratada no segundo capítulo, mostra que os riscos são irreais, no sentido de que podem ou não ocorrer no futuro. Muda-se o próprio horizonte de expectativas, porquanto várias consequências decorrem do *topos* sociológico do risco, com uma redefinição da filosofia analítica, da hermenêutica e da pragmática jurídicas. Tem-se, pois, que a sociedade e a concepção de direito se alteraram substancialmente desde o início das teorizações sobre o concurso de leis.

No Brasil, como se esclarecerá, no enfrentamento de algumas das novas questões postas, têm merecido tutela penal em grau crescente os bens jurídicos ditos coletivos, difusos ou supraindividuais, tais o ambiente, a ordem econômica, as relações de consumo, a ordem tributária, o sistema financeiro, entre outros. Então, muitos dos bens penalmente protegidos em uma feição individual, típica de um direito penal liberal, passaram a ser concomitantemente objeto de tutela sob um prisma transindividual, geralmente com o recurso à formulação de delitos de perigo abstrato, que crescem continuamente em quantidade. Adicionalmente, nota-se a contínua expansão de comportamentos penalmente relevantes e o uso (muita vez criticado) do direito penal pelo legislador como *sola ratio* ou *prima ratio* e não mais *ultima ratio*.

Sobre esse pano de fundo, em virtude do qual já se chega a aludir à necessidade de uma “nova dogmática jurídico-penal”, estudam-se as questões do concurso aparente de normas incriminadoras.

Por outro lado, a adaptação do discurso sobre a problemática concursal não deve chegar ao extremo oposto, qual seja, simplesmente esquecer contribuições de outros autores, que, mesmo surgidas em e destinadas à compreensão de outros contextos, permanecem válidas. Para além dessa constatação, não se pode olvidar que uma série de normas do direito penal liberal restaram positivados na Constituição atualmente vigente, a

exemplo da regra da legalidade penal, da proporcionalidade, da culpabilidade e da intranscendência da pena.

Em consequência, sobre essa síntese entre o novo e o antigo, este de espírito renovado, deve-se tratar o tema da consunção. Essa a hipótese de investigação.

Como objetivos gerais, da pesquisa, investigar o contexto social e jurídico dos antecedentes doutrinários da teoria da consunção, o atual pano de fundo da questão, com especial ênfase no direito penal do risco e estudar a necessidade de adaptar a teoria da consunção ao atual direito brasileiro.

Estabelecidas algumas premissas, os objetivos específicos residiram na pesquisa das principais teorias sobre a consunção, incluídas algumas contra a sua existência como regra autônoma de solução do concurso aparente de normas, o estudo dos princípios e regras que regem a consunção e das eventuais influências sobre essa regra exercida pelas ordens constitucionais de criminalização e pelos bens jurídicos protegidos pelas normas aparentemente concorrentes e, finalmente, a compreensão, no direito penal brasileiro, de um conceito adequado de consunção e de seus efeitos na dosimetria da pena que deve ser concretamente aplicada. Buscou-se para a efetivação desses escopos uma fundamentação que considere as questões do mundo e do direito penal hodiernos.

O estudo desse tema cresce em interesse quando se tem em mente que inexistem normas gerais expressas a respeito do concurso aparente de normas penais no ordenamento pátrio⁴ (há, decerto, casos pontuais com solução legislativa expressa, como alguns de subsidiariedade e outros que não se encaixam no conceito doutrinário dessa regra), apesar de sua importância prática e de envolver, no fundo, o afastamento da aplicação (ou reconhecimento da inaplicabilidade, a depender da concepção que se adote do fenômeno em tela) pelo juiz de uma lei aparentemente concorrente, o que no limite pode implicar a absorção

⁴ Inobstante, há na doutrina pátria manifestações no sentido de que alguns casos de concursos de lei têm regulação expressa. À guisa de exemplo, diz-se que o art. 12 do Código Penal preveria a especialidade. Nesse sentido: HORTA, Frederico Gomes de Almeida. **Do concurso aparente de normas penais**. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2007, p. 117. Igualmente, ressaltando-se que traz um conceito distinto de especialidade e que escreveu com base no art. 10 do Código com a redação antes da reforma de 1984, no entanto, idêntica ao do atual art. 12: BARBOSA, Marcelo Fortes. **Concurso de normas penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 65-66 e 86-87. Também defende a especialidade com base na redação anterior do Código: JESUS, Damásio E. de. Conflito aparente de normas penais. **Julgados dos Tribunais de Alçada de São Paulo**, São Paulo, n. 8, p. 27-40, abr./jun. 1969, p. 32. Contrária e corretamente, entende que o dispositivo só regula a concorrência entre o Código Penal como um todo e as leis extravagantes: STEVENSON, Oscar. Concurso aparente de normas penais. **Revista forense**, Rio de Janeiro, v. 62, n. 209, p. 26-34, jan./mar. 1965, p. 30.

pura e simples ou o cúmulo material de penas.⁵ A importância prática, aliás, decorre da própria inevitabilidade de situações concursais em sistemas jurídicos formados por tipos abstratos.⁶

Ante a referida lacuna legislativa, ganham especial relevo a jurisprudência e a doutrina como fontes do direito penal. Ainda assim (ou já por isso), prevalece quanto ao tema verdadeira babel doutrinária e jurisprudencial: inexistente consenso no estabelecimento dos requisitos e efeitos das regras de solução desse concurso e há mesmo quem negue sua existência.

No que toca à citada babel doutrinária, tem-se que, quiçá mais que em outros domínios, a bibliografia sobre o tema se reputa inabarcável.⁷ E, a dificuldade da teoria do concurso é tamanha que já se lhe denominou um “dos mais torturantes temas de toda a ciência do direito criminal”, cuja solução ainda se está longe de encontrar.⁸ Semelhantemente, diz-se que, acerca dessa “indomável figura”, “a começar pelo nome e a acabar nos casos abrangidos, passando pela sua natureza, pelo seu fundamento e pelos seus critérios, tudo é objecto da mais acesa discussão.”.⁹

Ademais, mesmo antes do quadro atual, notava-se entre os estudiosos grande discrepância sobre o tema do concurso aparente de normas penais: como únicos pontos de consenso, apenas a dificuldade, a relevância prática do tema e a própria ausência de consenso.

⁵ ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di diritto penale**: parte generale. 7. ed. Milano: Giuffrè, 1975, p. 114. PUIG PEÑA, Frederico. **Colisión de normas penales**: concurso aparente de leyes punitivas. Barcelona: Bosch, 1958, p. 11. STEVENSON, Oscar. Concurso aparente de normas penais. **Revista forense**, Rio de Janeiro, v. 62, n. 209, p. 26-34, jan./mar. 1965, p. 27. MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português**. Lisboa: Universidade Católica, 2005, p. 26.

⁶ GEERDS, Friedrich. **Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht**. Hamburg: Hansischer Gildenverlag, Joachim Heitmann & Co, 1961, p. 150-154. ESCUCHURI AISA, Estrella. Perfiles de la normativa concursal en derecho penal: especial referencia a la regulación del código penal español. **Revista de Derecho Penal**, Montevideo, n. 16, p. 109-125, nov. 2006, p. 109. KLUG, Ulrich. Sobre el concepto de concurso de leyes. In: KLUG, Ulrich. **Problemas de la Filosofía y de la Pragmática del Derecho**. Trad. Jorge M. Seña. Ciudad del México: Fontamara, p. 57-75, p. 75. MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português**. Lisboa: Universidade Católica, 2005, p. 707.

⁷ MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português**. Lisboa: Universidade Católica, 2005, p. 15. Apenas quanto a um dos aspectos comumente tratados dentro da teoria concursal, o da unidade natural de ação. GARCÍA ALBERO, Ramón. Sobre la denominada “unidad natural de acción” (a propósito da la STS de 23 de junio de 1989, ponente Sr. D. Antonio Huerta y Alvarez de Lara). **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, v. 47, n. 1, p. 211-239, ene./abr. 1994, p. 215.

⁸ CORREIA, Eduardo Henriques da Silva. **A teoria do concurso em direito criminal**. Coimbra: Almedina, 1996, p. 13 e 124.

⁹ MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português**. Lisboa: Universidade Católica, 2005, p. 651.

Há até autores que negam a possibilidade de qualquer concurso aparente de normas penais, por que, em todos os casos de incidência de várias normas, não é dado ao aplicador do direito penal desconsiderar qualquer uma delas; por outras palavras, aí, ocorreria sempre concurso efetivo de delitos.¹⁰

Outros debates doutrinários se verificam na fixação, na classificação, na terminologia e no estabelecimento do conteúdo das regras para a solução do concurso aparente de normas.

Especificamente quanto aos requisitos da consunção, não se verificam menos controvérsias. Ao revés, vê-se com frequência na doutrina a afirmação de que a consunção se cuida do caso mais debatido de concurso aparente de normas, inclusive no tocante à sua própria existência¹¹, que um de seus mais autorizados críticos, Francesco Antolisei, com intenção evidentemente irônica,¹² qualificou de uma das mais notáveis “flores” que o doutrinário tedesco produziu.

Todo esse confuso panorama doutrinário não apresente menos embates no tocante aos efeitos do concurso de normas em geral e da consunção em particular.

¹⁰ D'ALMEIDA, Luís Duarte. **O “concurso de normas” em direito penal**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 131.

¹¹ APFEL, Henner. **Die Subsidiaritätsklausel der Unterschlagung**. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Bielefeld, Bielefeld, 2006, p. 22. “A consunção é a forma mais debatida de unidade de lei. Não só o seu alcance contencioso é controversamente discutido, mas a justificação de sua existência em si é posta em questão.” Tradução livre de: “Die Konsumtion ist die umstrittenste Form der Gesetzeseinheit. Nicht allein ihre inhaltliche Reichweite wird kontrovers diskutiert, sondern ihre Existenzberechtigung an sich wird in Frage gestellt.” WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. **Strafrecht: Allgemeiner Teil: Die Straftat und ihr Aufbau**. 32. neu bearbeitete Auflage. Heidelberg: C. F. Müller, 2002, p. 276. “O conceito e a delimitação da consunção são fortemente controversos.” Tradução livre de: “Heftig umstritten sind Begriff und Abgrenzung der Konsumtion.” FRAGOSO, Heleno Cláudio. A reforma da legislação penal – I. **Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal**, Rio de Janeiro, a. 1, n. 2, p. 55-81, jul./set. 1963, p. 56-57. “As hipóteses de especialidade e subsidiariedade (que se resolvem por princípios lógicos), são de mais fácil disciplina legislativa. A consumpção, porém, por sua própria natureza, dificilmente permite o estabelecimento de um critério.” Também a respeito das dificuldades da consunção: TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 52. MANTOVANI, Ferrando. **Concorso e conflitto di norme nel diritto penale**. Bologna: Nicola Zanichelli, 1966, p. 90. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal: parte general**. 5. ed. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002, p. 792. KLUG, Ulrich. Sobre el concepto de concurso de leyes. In: KLUG, Ulrich. **Problemas de la Filosofía y de la Pragmática del Derecho**. Trad. Jorge M. Seña. Ciudad del México: Fontamara, p. 57-75, p. 60. SCHMIDT, Andrei Zenkner. Concurso aparente de normas penais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 9, n. 33, p. 67-100, jan./mar. 2001, p. 85. SOLER, Sebastian. **Derecho Penal argentino**, t. II. 2. ed. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1953, p. 179. NINO, Carlos Santiago. **El concurso en el Derecho Penal: Criterios para clasificar los casos de varios hechos o de varias normas en la calificación penal de una conducta**. Buenos Aires: Astrea, 1972, p. 56.

¹² ANTOLISEI, Francesco. Sul concorso apparente di norme. **Rivista italiana di diritto penale**, Milano, a. 1, n. 1-3, p. 01-15, gen./giu. 1948, p. 2.

Não menos problemática se revela a multiplicidade de requisitos e efeitos da consunção na jurisprudência, inclusive brasileira. Realmente, na prática forense, cabe para o concurso aparente de normas o diagnóstico de João Maurício Adeodato sobre o casuismo irracionalista do Judiciário no exercício da jurisdição constitucional, cujas fundamentações não apresentam pontos comuns para a fixação de regras gerais e unificação da jurisprudência.¹³ Ora se alude a um “crime-fim” que absorve o “crime-meio” *sic et simpliciter*, sem qualquer alusão a elementos do tipo subjetivo, ora se exige a identidade de bens jurídicos, ora basta a finalidade do agente, entre outros critérios. Poucas vezes se vê alusões expressas aos tipos de pena referentes aos crimes efetiva ou aparentemente concorrentes e aos seus efeitos nos casos sob julgamento. Dentro desse quadro de casuismo, torna-se quase impossível extrair regras gerais sobre a consunção na jurisprudência brasileira.

A respeito do tratamento jurisprudencial do tema, curioso notar como ainda em 1927 Richard Honig se punha contra diversas decisões do Tribunal do Império Alemão (*Reichsgericht*), que aludiam genericamente a “concurso de leis”, sem especificar de qual das relações entre as leis (a seu ver, a alternatividade, a especialidade, a consunção e a subsidiariedade) se tratava.¹⁴

Outro problema sentido em toda parte consiste na escolha da doutrina e da jurisprudência, consciente ou inconscientemente, mas erroneamente, da modalidade do concurso a partir da gravidade ou benignidade da sanção correspondente.¹⁵ É assim que - somente para ilustrar essa ideia - quando a sanção pelo concurso material se reputa muito

¹³ ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 169-181, 2004, p. 186.

¹⁴ HONIG, Richard. **Straflose Vor- und Nachtat**. Neudruck der Ausgabe Leipzig 1927. Aalen: Scientia, 1978, p. 04-07. Sem o mesmo tom crítico de Honig, a respeito da doutrina e jurisprudência alemã e austríaca atuais: HOCHMAYR, Gudrun. **Subsidiarität und Konsumtion**: Ein Beitrag zur Strafrechtlichen Konkurrenzlehre. Wien: Manzschke, 1997, p. 53. Em relação ao Tribunal Supremo da Espanha: ESCUCHURI AISA, Estrella. El principio non bis in idem y el concurso de leyes penales en la dogmática y jurisprudencias españolas. **Revista peruana de ciencias penales**, Lima, n. 16, p. 195-256, 2005, p. 256. Crítica à jurisprudência italiana: FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto penale**: Parte generale. 3. ed. Bologna: Zanichelli, 1999, p. 622. MANTOVANI, Ferrando. **Concorso e conflitto di norme nel diritto penale**. Bologna: Nicola Zanichelli, 1966, p. 593. Quanto à jurisprudência e doutrina argentinas: NINO, Carlos Santiago. **El concurso en el Derecho Penal**: Criterios para clasificar los casos de varios hechos o de varias normas en la calificación penal de una conducta. Buenos Aires: Astrea, 1972, p. 119-122.

¹⁵ CUERDA RIEZU, Antonio. **Concurso de delitos y determinación de la pena**. Madrid: Tecnos, 1992, p. 18. ESCUCHURI AISA, Estrella. Unidade de ação e pluralidade delitiva. Trad. Robervani Pierin do Prado. **Ciências Penais**: revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, São Paulo, a. 03, v. 05, p. 96-129, jul./dez. 2006, p. 99. Da mesma autora: Perfíles de la normativa concursal en derecho penal: especial referencia a la regulación del código penal español. **Revista de Derecho Penal**, Montevideo, n. 16, p. 109-125, nov. 2006, p. 121. MANTOVANI, Ferrando. **Concorso e conflitto di norme nel diritto penale**. Bologna: Nicola Zanichelli, 1966, p. 161-163.

grave para o caso concreto, estendem-se as fronteiras do concurso formal ou do concurso aparente de normas penais. A esse papel de extensão do âmbito do concurso aparente de normas penais, costuma-se chamar a intervir a regra da consunção, na qual se põem muitos dos casos nos quais simplesmente se quer evitar a aplicação das regras do concurso de crimes.¹⁶

Para dar um exemplo concreto da maleabilidade na eleição de critérios, pode-se citar um caso em que o agente instalou aparelhos eletrônicos em caixas eletrônicas para a obtenção de dados bancários de clientes da instituição financeira e posterior cometimento de estelionato. O Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em julgamento de apelações, entendeu que deveria prevalecer apenas o crime que reputou se cuidar da finalidade – suposta - do agente, qual seja, o estelionato, na modalidade meramente tentada.¹⁷ Considerou o Tribunal, então, somente a finalidade do agente, um dos aspectos do delito consumidor, que de modo algum determinaria solitariamente a exclusão do reputado consumido.

Relativamente aos efeitos da consunção na dosimetria do crime prevalente, no Brasil, vê-se predominante nos julgados, muitos sem fundamentação específica a respeito, o entendimento de que o crime consumido se torna impunível e não influi na determinação da medida da pena, quase que invariavelmente aplicada consoante a tendência da “política da pena mínima”.¹⁸

Nos Tribunais, raramente se aumenta a pena do crime consumidor por força da consunção. A própria Súmula nº 17, do Superior Tribunal de Justiça, única relativa ao concurso aparente de normas editada pelos Tribunais Superiores, somente alude à consunção, sem estabelecer expressamente os efeitos desse fenômeno.¹⁹

Por tudo isso, necessário o estudo da regra da consunção, inclusive de seus

¹⁶ “Principio de recogida” e “cajón de sastre” a chama: ESCUCHURI AISA, Estrella. El principio non bis in idem y el concurso de leyes penales en la dogmática y jurisprudencias españolas. **Revista peruana de ciencias penales**, Lima, n. 16, p. 195-256, 2005, p. 243 e 255. Da mesma autora: **Teoría del concurso de leyes y de delitos**: bases para una revisión crítica. Granada: Comares, 2005, p. 181 e 331-332.

¹⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). Apelação criminal n. 200438000524550/MG. Apelantes: Ministério Público Federal e Arnaldo Soares de Souza Segundo. Apelados: idem. Relator: Juiz Federal Hilton Queiroz. Brasília, 10 de outubro de 2006. **Diário da Justiça**, 10 nov. 2006, p. 35.

¹⁸ A respeito da “política de pena mínima”: NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 309.

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 17. Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido. **Diário da Justiça**, 28 nov. 1990, p. 13.963.

efeitos, sobretudo para estimular em terras pátrias o dissenso e o debate, motores do desenvolvimento da doutrina cada vez mais raros no Brasil.²⁰

No presente estudo, a técnica adotada se resumiu principalmente à pesquisa de bibliografia, nacional e estrangeira, aí incluídos livros, artigos científicos, leis, repertórios de jurisprudência e sentenças. Um dos meios de acesso a tais fontes foram as redes de computação. De posse dessas fontes, empreendeu-se uma análise comparativa e histórica do tratamento do tema. Contudo, não se vislumbrou utilidade em algumas espécies de fontes não-bibliográficas de pesquisa, a exemplo de questionários, amostragens estatísticas e entrevistas.

De toda sorte, evitou-se a combinação de teorias incompatíveis entre si, o que já se chamou, no contexto do direito constitucional, de “sincretismo metodológico”.²¹ Outros dos equívocos metodológicos dos quais o trabalho procurou escapar foram o apego a fórmulas que não se apliquem à realidade e ao direito penal brasileiros e a mera importação de uma doutrina pelo só fato de ser cronologicamente mais recente. Daí o uso de doutrina estrangeira e brasileira de distintas épocas: em quaisquer das obras pesquisadas, poderia haver elementos úteis à teorização da consunção no atual ordenamento pátrio.

Isso assente, no primeiro capítulo, busca-se apenas delimitar o efetivo objeto de estudo e alguns dos conceitos utilizados no trabalho, sabido que quase tudo na teoria concurso enfrenta acesas controvérsias que podem dificultar o entendimento da regra da consunção tal como aqui entendida.

No segundo, tenta-se mostrar a mudança da forma de entender o direito penal por força de mudanças da própria sociedade industrial para a sociedade “pós-industrial” ou “do risco” e da metodologia jurídica contemporâneas, na qual crescem em importância os princípios e regras constitucionais, em especial os direitos fundamentais. Para além da mudança de paradigmas, alude-se à necessidade da elaboração de uma teoria da consunção adaptada à realidade social e normativa brasileiras.

²⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 1, p. 607-630, jan./jun. 2003, p. 609. A afirmação se deu no âmbito do direito constitucional e, infelizmente, aplica-se ao direito penal.

²¹ SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 115-143, p. 138. SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 1, p. 607-630, jan./jun. 2003, p. 625-627.

No terceiro capítulo, estudam-se algumas das principais teorias sobre a consunção surgidas ao longo dos tempos. O intuito principal reside na verificação dos seus principais equívocos ou obstáculos de aplicação no direito brasileiro e, com isso, abrir o caminho para a elaboração de uma teoria da consunção adequada ao Brasil atual.

O capítulo posterior, quarto, trata das regras e princípios mais diretamente ligados ao problema da consunção, tais a do *ne bis idem* em sentido material, a regra da legalidade, a ordem de exaustão dos fatos, a culpabilidade como elemento de individualização da pena concretamente aplicada e a regra da proporcionalidade em sua dupla função de proibição de excesso e de proibição de proteção deficiente no cálculo da pena que deve ser concretamente aplicada em casos de consunção assim como a a perequação dos mínimos e dos máximos das penas previstas em abstrato. Em adição, cuida das questões das ordens constitucionais de criminalização de condutas que lesionam ou põem em perigo alguns bens jurídicos como fator relevante para a consunção. Assim, estabelece o conceito e os efeitos da regra da consunção para o ordenamento pátrio, usando exemplos para esclarecer tais resultados.

Por fim, apresentam-se as conclusões gerais do trabalho, por tópicos relativos a todos os capítulos.

1 CONCURSO APARENTE NO DIREITO PENAL E SUAS REGRAS DE SOLUÇÃO

Na doutrina, comumente se alude à dificuldade e até mesmo à impossibilidade de tratamento isolado de apenas uma ou algumas das questões inseridas na teoria do concurso no direito penal.²²

De fato, os próprios limites do concurso formal, do concurso material, do concurso aparente de normas penais e do crime continuado e as relações entre esses institutos ainda não foram definidos com um mínimo de consenso na doutrina, na jurisprudência e na legislação pátrias ou estrangeiras.

Já dentro do concurso aparente de normas penais, tal qual se detalhará abaixo, a aceitação ou rejeição de um seu determinado critério de solução muitas vezes se trata de questão terminológica: frequentemente, por exemplo, nega-se a autonomia da consunção com a inclusão de todas as suas hipóteses na subsidiariedade ou vice-versa.

Mesmo obras que se propõem a analisar aspectos parcelares dessa problemática terminam por tratar de vários outros temas ligados. Paradigmática nesse sentido a obra de Richard Honig, o qual, para tratar do antefato e do pós-fato impuníveis (tradução livre de *straflose Vor- und Nachtat*), cuida antes de todas as regras de solução do concurso de leis. Ademais, logo no prefácio do livro, faz questão de frisar que essa sua obra se cuida verdadeiramente de uma complementação a trabalho prévio sobre a “unidade de ação”²³, tema comumente inserido na problemática concursal em o direito penal.

A própria variação terminológica, bastante grande e nem sempre estéril, encontrada na doutrina, traz uma dificuldade adicional e a necessidade de esclarecimentos prévios.

Justificam-se, por isso, algumas considerações antes de se chegar ao tema da

²² MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português**. Lisboa: Universidade Católica, 2005, p. 11-15. GEERDS, Friedrich. **Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht**. Hamburg: Hansischer Gildenverlag, Joachim Heitmann & Co, 1961, p. 02-04 e 70.

²³ HONIG, Richard. **Straflose Vor- und Nachtat**. Neudruck der Ausgabe Leipzig 1927. Aalen: Scientia, 1978, p. V do prefácio.

consunção propriamente dito.

1.1 Objeto e denominação do concurso aparente de normas. A consunção como regra

A primeira dessas considerações diz respeito à terminologia adotada para designar o objeto de estudo.

Com ou sem explicitação dos motivos pelos quais o fazem, os autores adotam nomenclaturas as mais diversas.

Um primeiro grupo enfatiza o caráter concursal do instituto através de denominações como “concurso de leis”²⁴, “concurso de qualificações”²⁵, simplesmente “concurso aparente”²⁶, “concurso aparente de delitos”²⁷ e “concurso de normas (penais)”²⁸.

²⁴ MERKEL, Adolph. Die Strafanwendung durch den Richter. In: HOLTZENDORFF, Franz von. (Org.). **Handbuch des deutschen Strafrechts**, Band II. Die allgemeinen Lehren. Berlin: Carl Habel, 1871, p. 547-584. BINDING, Karl. **Handbuch des Strafrechts**, Band I. Neudruck der Ausgabe Leipzig 1885. Aalen: Scientia, 1991, p. 333. MAURACH, Reinhart. **Tratado de derecho penal**, t. II. Trad. Juan Cordoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962, p. 438. MORO, Aldo. **Unità e pluralità di reati**: principi. 2. ed. Padova: CEDAM, 1954, p. 43. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Concurso de leyes, error y participación en delito: a propósito del libro del mismo título del profesor Enrique Peñaranda. In: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Autor y cómplice en derecho penal**. Buenos Aires; Montevideo: B de F, 2006, p. 297-322, p. 301. ARCE AGGEO, Miguel Ángel. **Concurso de delitos en materia penal**: su evolución desde el finalismo hasta el funcionalismo. Una visión de la pluralidad de delitos desde la perspectiva de la Ontología del lenguaje y la Teoría comunicativa del delito. 2. ed. Buenos Aires: Universidad, 2007, p. 171-173. Ingeborg Puppe subdivide o concurso de leis em autêntico (*echte Gesetzeskonkurrenz*), resolvido pelo critério da especialidade, e inautêntico (*unechte Gesetzeskonkurrenz*), resolvido pelos critérios da subsidiariedade e da consunção. PUPPE, Ingeborg. § 52. In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ullrich (Hrsg.). **Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch**, Band I. 2. ed. Baden-Baden: Nomos, 2005, p. 1.532-1.572, p. 1.536.

²⁵ SERLOOTEN, Patrick. Les qualifications multiples. **Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé**, Paris, n. 1, p. 45-79, janv./mars 1973, p. 47. Esse autor usa a denominação em contraposição ao cúmulo de qualificações, que corresponde aos concursos formal e material no direito brasileiro. A respeito das denominações francesas: MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português**. Lisboa: Universidade Católica, 2005, p. 652.

²⁶ HOCHMAYR, Gudrun. **Subsidiarität und Konsumtion**: Ein Beitrag zur Strafrechtlichen Konkurrenzlehre. Wien: Manzsche, 1997, especialmente p. 3. Tradução livre de “scheinbare Konkurrenz”. SOLER, Sebastian. **Derecho Penal argentino**, t. II. 2. ed. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1953, p. 199.

²⁷ RUSCONI, Maximiliano. La teoría del concurso aparente de delitos en el pensamiento de Carlos Nino. **Nueva doctrina penal**, Buenos Aires, p. 509-519, 1998, p. 510.

²⁸ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. Concurso de normas penais. **Scientia iuridica**: revista de direito comparado português e brasileiro, Braga, v. 29, n. 164/165, p. 159-185, abr./jun. 1980, p. 159. CECCHI, Mauro. L'insider trading dei pubblici ufficiali: un caso di concorso di norme. **Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia**, Padova, a. 9, n. 2, p. 550-561, apr./giu. 1996, p. 556. BORSARI, Riccardo. Concorso

Nesse grupo, também se enquadram os que usam como sinônimos os termos “concurso aparente de tipos” e “concurso aparente de normas” ou “concurso aparente de leis”²⁹, “concurso aparente” e “concurso aparente de tipos”³⁰ e, finalmente, “concurso aparente (de leis)” e “concurso de leis”³¹.

Em um segundo grupo de autores, as denominações utilizadas acentuam uma relação de oposição entre as normas. Nesse caso, veem-se termos tais quais “conflito aparente de normas penais”³² e “colisão de normas penais”³³.

No Brasil e na Itália, há também um conjunto de doutrinadores que usam indiferentemente os termos “concurso” e “conflito” aparente de normas (ou de leis)³⁴.

apparente di norme e concorso di reati nella disciplina penale delle “carte di pagamento”. **Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia**, Padova, a. 11, n. 2-3, p. 549-562, apr./set. 1998. Estes últimos também se valem da denominação “concurso aparente de normas” e “concurso de normas”. Segundo Moutinho, essa se trata da denominação mais usada na Itália: MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português**. Lisboa: Universidade Católica, 2005, p. 652.

²⁹ OLIVEIRA, Jomilson. Concurso aparente de normas e antefato e pós-fato impuníveis. **Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes**, Rio de Janeiro, nova série, v. 3, n. 3, p. 90-99, 1998, p. 90-91. NINO, Carlos Santiago. **El concurso en el Derecho Penal**: Criterios para clasificar los casos de varios hechos o de varias normas en la calificación penal de una conducta. Buenos Aires: Astrea, 1972, especialmente p. 47. CARAMUTI, Carlos S. **Concurso de delitos**. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 189. CEREZO MIR, José. **Derecho penal**: parte general. São Paulo; Lima: Revista dos Tribunais; Ara, 2007, p. 1.202. Somente “concurso aparente de normas” é a opção de: FRAGOSO, Heleno Cláudio. A reforma da legislação penal – I. **Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal**, Rio de Janeiro, a. 1, n. 2, p. 55-81, jul./set. 1963, p. 56.

³⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 696.

³¹ JAKOBS, Günther. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre. 2. ed. New York; Berlin: Walter de Gruyter, 1993, p. 865. MONIZ, Helena. Burla e falsificação de documentos: concurso real ou aparente? **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, a. 10, n. 3, p. 457-467, jul./set. 2000, p. 463. MATUS A., Jean Pierre. Los criterios de distinción entre el concurso de leyes y las restantes figuras concursales en el código penal español de 1995. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, v. 58, n. 2, p. 463-493, mayo/ago. 2005, p. 463.

³² HUNGRIA, Nelson. Primeira parte. In: HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**, v. I, t. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 19-214, p. 144-145. NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 86. FARIA, Cássio Juvenal. Conflito aparente de normas penais nos delitos de trânsito: homicídio culposo e lesão corporal culposa. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 70, p. 09-10, set. 1998, p. 09. HUNGRIA, Nelson. Em torno ao anteprojeto de Código Penal. **Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal**, Rio de Janeiro, a. 1, n. 3, p. 17-22, out./dez. 1963, p. 17. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 27734/RJ. Processo nº 200300510694. Impetrante: Rafael de Castro Alves Atalla Medina e outro. Impetrado: Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Paciente: Salomão Velmovitsky. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, 11 de maio de 2004. **Diário da Justiça**, 14 jun. 2004, p. 249. Tem-na como denominação majoritária na doutrina pátria e a adota: SCHMIDT, Andrei Zenkner. Concurso aparente de normas penais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 9, n. 33, p. 67-100, jan./mar. 2001, p. 73-74.

³³ PUIG PEÑA, Frederico. **Colisión de normas penales**: concurso aparente de leyes punitivas. Barcelona: Bosch, 1958, especialmente p. 35-36.

³⁴ EL HIRECHE, Gamil Föppel. Teoria Geral do Concurso de Crimes. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, a. 102, v. 387, p. 117-131, set./out. 2006, p. 118 e 122. CARVALHO FILHO, José Cândido de. **Concurso aparente de normas penais**. Rio de Janeiro: Revan, 2009, p. 38. ROSA, Fábio Bittencourt da. Lei nº 7.492/86 e o concurso aparente de leis. **Revista da AJUFE**, Brasília, a. 23, n. 1, p. 205-211, 2005, p. 207-208. SANTOS,

Principalmente no exterior, nota-se uma tendência a enfatizar o que se entende por resultado do procedimento interpretativo desses casos através da denominação (por vezes ao lado de outra) “unidade de lei”³⁵.

Opta-se, aqui, ressaltando-se o convencionalismo e a insuficiência de qualquer denominação, pelo uso da expressão concurso aparente de normas penais.³⁶ A denominação concurso, como indica Ortolan, traz uma ideia de luta, de rivalidade, entre os concorrentes, dos quais nem sempre todos podem sair vencedores. De acordo com a sua lição, “As palavras *concurso*, *concorrência*, indicam uma espécie de luta, de rivalidade e uma

-
- Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Curitiba: Fórum, 2004, p. 341-344. NORONHA, E. Magalhães. Crime progressivo e concurso aparente de normas penais. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 62, n. 210, p. 39-45, abr./jun.1965, p. 41-42. BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**, t. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 273-274. Semelhantemente: STEVENSON, Oscar. Concurso aparente de normas penais. **Revista forense**, Rio de Janeiro, v. 62, n. 209, p. 26-34, jan./mar. 1965, p. 26. Este, apesar do título do seu trabalho, usa a expressão “conflito de preceitos legais” e logo após esclarece que a nomenclatura “concurso” é inadequada, por aplicável somente uma das leis. Na Itália, Antolisei usa os termos “concorrência aparente de normas”, “concurso fictício de leis” e “conflito aparente de normas”. ANTOLISEI, Francesco. Sul concorso apparente di norme. **Rivista italiana di diritto penale**, Milano, a. 1, n. 1-3, p. 01-15, gen./giu. 1948, p. 1. ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di diritto penale**: parte generale. 7. ed. Milano: Giuffrè, 1975, p. 114-115. “Concurso aparente de normas” e “conflito aparente de normas” são as opções de: FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto penale**: Parte generale. 3. ed. Bologna: Zanichelli, 1999, p. 613. MAGGIORE, Giuseppe. **Diritto penale**: Parte generale, v. I. 5. ed. Bologna: Nicola Zanichelli, 1951, p. 181.
- ³⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal**: Parte General, t. IV. Buenos Aires: Ediar, 1999, p. 558. O autor argentino entende mais correta essa expressão, embora siga utilizando indiferentemente “concurso aparente de tipos” e “concurso aparente de leis” por sua maior tradição na doutrina e na jurisprudência. WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil: Die Straftat und ihr Aufbau. 32. neu bearbeitete Auflage. Heidelberg: C. F. Müller, 2002, p. 274. DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: Parte Geral, t. 1. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 992. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. 5. ed. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002, p. 788-789. BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klaus. **Direito Penal**: parte geral. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 322. Usam como sinônimos “unidade de lei” e “concurso de leis”: STRATENWERTH, Günter; KUHLEN, Lothar. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil I. Die Straftat. 5. Auflage. München: Carl Heymanns, 2004, p. 401. KLUG, Ulrich. Sobre el concepto de concurso de leyes. In: KLUG, Ulrich. **Problemas de la Filosofía y de la Pragmática del Derecho**. Trad. Jorge M. Seña. Ciudad del México: Fontamara, p. 57-75, p. 57. ROXIN, Claus. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil, Band II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat. München: C.H. Beck, 2003, p. 847. Para o último, que tece críticas a ambas as denominações, tal questão seria de menor importância e meramente terminológica.
- ³⁶ Igualmente: MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português**. Lisboa: Universidade Católica, 2005, p. 653. MANTOVANI, Ferrando. **Concorso e conflitto di norme nel diritto penale**. Bologna: Nicola Zanichelli, 1966, especialmente p. 22. AZZALI, Giampiero. Art. 515 e 517 CP: concorso ideale di reati o concorso apparente di norme. **Bollettino dell'Istituto di Diritto e Procedura Penale**, Pavia, p. 23-54, 1961/1962, p. 28. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 51884/RJ. Processo 200502153919. Impetrante: Eduardo de Souza Gomes. Impetrado: Desembargador Relator do Recurso em Sentido Estrito nº 152005 da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 02 de outubro de 2008. **Diário da Justiça Eletrônico**, 09 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200502153919&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 01 jun. 2009. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 68132/DF. Impetrante: Geraldo Drago. Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Paciente: Jaeder Albergaria Filho. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 02 de outubro de 1990. **Diário da Justiça**, 09 nov. 1990, p. 12.728.

escolha a fazer entre os concorrentes: são lutadores que correm juntos em direção a um mesmo fim; qual entre eles chegará lá?”.³⁷

Também etimologicamente a conclusão se sustenta, por que as palavras concorrer, concurso e correr têm a mesma raiz latina $\sqrt{\text{curr-}}$: “[...] **currēre**, raiz $\sqrt{\text{curr-}}$, atualmente $\sqrt{\text{corr-}}$, com participio **cursus**, radical $\sqrt{\text{cur.s-}}$. Os que correm na mesma direção, **concorrem** entre si. Isso se vê atualmente nos **concursos**.”³⁸ As denominações conflito e colisão, a seu turno, devem se reservar para os fenômenos de antinomia normativa, por carregarem um certo sentido de incompatibilidade entre as normas.³⁹ De fato, etimologicamente, conflito vem do latim *conflictus*, que indica choque, contestação.⁴⁰

No âmbito do direito constitucional se tem lição semelhante sobre o sentido dos termos. Canotilho defende que a colisão autêntica de direitos fundamentais se dá em caso de choque ou conflito no exercício de direitos fundamentais de titulares diferentes, ao passo que a colisão de direitos em sentido impróprio se passa com o choque ou conflito no exercício de direitos fundamentais com outros bens protegidos pela Constituição. Já a concorrência de direitos fundamentais significa cruzamento ou acumulação de direitos.⁴¹

Em uma análise lógica do direito, a de Lourival Vilanova, tem-se a mesma lição de que a contradição revela a “impossibilidade *entre enunciados do mesmo tipo sintático*”, donde a conclusão: “Verdade/falsidade, validade/não-validade são valores de

³⁷ ORTOLAN, J. **Éléments de droit pénal**: Pénalité, Juridictions, Procédure: suivant la science rationnelle, la législation positive et la jurisprudence, avec les données de nos statistiques criminelles. 4. ed. Paris: Plon; Marescq Ainé, 1875, p. 536. Tradução livre de: “Les mots de *concours*, *concurrency* indiquent une sorte de lutte, de rivalité, et un choix à faire entre les concurrents: ce sont des lutteurs qui courent ensemble vers un même but; lequel d'entre eux y arrivera?” (itálicos no original)

³⁸ VIARO, Mário Eduardo. **Por trás das palavras**: manual de etimologia do português. São Paulo: Globo, 2004, p. 124 e 126. (grifos no original)

³⁹ HORTA, Frederico Gomes de Almeida. **Do concurso aparente de normas penais**. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2007, p. 30-31. FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. Concurso de normas penais. **Scientia iuridica**: revista de direito comparado português e brasileiro, Braga, v. 29, n. 164/165, p. 159-185, abr./jun. 1980, p. 160. MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português**. Lisboa: Universidade Católica, 2005, p. 784. MANTOVANI, Ferrando. **Concorso e conflitto di norme nel diritto penale**. Bologna: Nicola Zanichelli, 1966, p. 20-21 e 254.

⁴⁰ A respeito da palavra francesa “conflit”: POITIERS, A. **Traité de l'orthographe française, en forme de dictionnaire**. Enrichi de Notes Critiques et de Remarques sur l'Étymologie & la Prononciation des Mots, le Genre des Noms, la Conjugaison des Verbes irréguliers, & les Variations des Auteurs. Notre-Dame-la-Grande: Felix Faulcon, 1775, p. 187.

⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1.251-1.253. Semelhantemente, Virgílio Afonso da Silva ensina que na colisão total de princípios, um deles não se aplica ao caso concreto. SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 1, p. 607-630, jan./jun. 2003, p. 621-622.

enunciados (ou proposições) entre os quais não pode haver **conflito contraditório**.”.⁴² Na de Hans Kelsen, “Existe um conflito entre as duas normas, se o que uma fixa como devido é incompatível com aquilo que a outra estabelece como devido”. Assim, “o cumprimento ou aplicação de uma norma envolve, *necessariamente ou possivelmente*, a violação da outra.”. Adaptando sua doutrina a normas penais, Kelsen traz como exemplo de conflito necessário de normas o caso em que uma das normas prevê para o homicídio qualificado a pena capital, ao passo que a outra prevê para o mesmo delito a pena de prisão. A sua conclusão é clara: “A aplicação de cada uma destas duas normas é *necessariamente* a violação da outra.”.⁴³ Em casos de concurso, em um ordenamento hipotético no qual se desconhecesse a vedação do *bis in idem*, nada impediria a solução de se adotar sempre o cúmulo das sanções, ainda que aplicadas sucessivamente, o que se mostra impossível nos conflitos.

Afora isso, na antinomia, resolvidas pelos critérios extralógicos da especialidade (a lei especial prevalece sobre a geral), da hierarquia (a lei superior prevalece sobre a inferior) e da cronologia (a lei posterior prevalece sobre a anterior), o intérprete pode chegar à conclusão, em regra no caso em julgamento, de que uma das normas se encontra revogada, total ou parcialmente.⁴⁴

Esse sentido e essa possibilidade inexistem no concurso, no qual, ao revés,

⁴² VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 140-141. (itálicos no original; sem negritos no original).

⁴³ KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986, p. 157-158. (itálicos no original). Semelhantemente, Klug afirma: “O conflito pressupõe pelo menos *duas* normas simultaneamente válidas, nas quais a respectiva conduta prescrita não pode ser concretizada ao mesmo tempo, porque uma só se pode observar se a outra for violada [...] O conflito de normas é um contraste fático [...]” KLUG, Ulrich. Carta a Hans Kelsen de 8.10.1961. In: KLUG, Ulrich; KELSEN, Hans. **Normas jurídicas e Análise Lógica**. Trad. Paulo Bonavides. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 56-58, p. 57.

⁴⁴ “Nenhuma *antinomia jurídica*, principalmente a real, poderá ser, definitivamente, resolvida pela interpretação corretiva ou pela decisão judicial, pois estas apenas a solucionam naquele caso *sub judice*, de modo que o conflito normativo continuará a existir no âmbito das normas gerais.” DINIZ, Maria Helena. **Conflito de normas**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 54. (itálicos no original) Essa lição deve ser entendida com o grão de sal dos romanos, porquanto não se aplica, por exemplo, às ações abstratas de controle de constitucionalidade. De toda sorte, vale ressaltar que a autora define à p. 26 a antinomia aparente pela existência de solução expressa no ordenamento (critérios cronológico, hierárquico e da especialidade) e a antinomia real pela ausência de regras expressas ou pela antinomia das próprias regras de resolução das antinomias, ditas antinomias de segundo grau. Também adota os três critérios acima: BOBBIO, Norberto. Des critères pour résoudre les antinomies. In: PERELMAN, Chaïm. (Org.). **Les Antinomies em Droit**. Bruxelles: Émile Bruylant, 1965, p. 237-258, p. 241. Sobre o caráter extralógico desses critérios: VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 135. KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986, p. 161-163. A respeito desses critério e do critério “espacial” no direito penal: MANTOVANI, Ferrando. **Concorso e conflitto di norme nel diritto penale**. Bologna: Nicola Zanichelli, 1966, p. 598 e seguintes.

várias normas poderiam encontrar aplicação no caso concreto e, mesmo sem a aplicação conjunta, não se fala propriamente em revogação total ou parcial.

Em suma, nos casos de antinomias, pode haver questões de validade/derrogação, ao passo que nos de concurso, de aplicabilidade/inaplicabilidade de normas.⁴⁵

Não se cuida, pois, de questão meramente terminológica: as regras de solução das antinomias não devem meramente se transportar para o concurso aparente de normas. No correto dizer de José Moutinho, a “deslocação do pólo de gravidade da problemática retira ao problema da convergência de normas antitéticas a sua aptidão heurística em sede de concurso de normas incriminadoras.”⁴⁶

Contra a denominação unidade de lei depõem o seu pouco uso no direito brasileiro e uma certa ambiguidade, por vários fatores.

O primeiro a destacar é o de que se tem unidade de lei fora do âmbito concursal, isto é, no caso de conduta única, evidentemente subsumível apenas a uma norma (“delito simples”⁴⁷). Que a unidade de lei ocorre nesses casos admitem mesmo alguns dos defensores dessa denominação.⁴⁸

Ademais, as regras de solução do concurso aparente de normas penais podem levar à aplicação efetiva de duas ou mais normas⁴⁹, o que faz cair por terra nesses casos a noção de unidade.

O terceiro e último consiste em que o próprio termo unidade de lei serve

⁴⁵ ESCUCHURI AISA, Estrella. **Teoría del concurso de leyes y de delitos**: bases para una revisión crítica. Granada: Comares, 2005, p. 13-15.

⁴⁶ MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português**. Lisboa: Universidade Católica, 2005, p. 784.

⁴⁷ A mesma crítica e a denominação das hipóteses além da teoria concursal se encontram em: CARAMUTI, Carlos S. **Concurso de delitos**. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 188.

⁴⁸ BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klaus. **Direito Penal**: parte geral. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 321-322.

⁴⁹ No Superior Tribunal de Justiça, pacificou-se o entendimento de que os delitos de alienação de coisa alheia como própria (art. 171, I, do Código Penal) e de esbulho de bem da União (art. 20 da Lei 4.947/66), ambos, consomem o de loteamento irregular (art. 50, I, parágrafo único, I e II, da Lei nº 6.766/79). Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 35634. Processo 200200645361. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Brasília, 08 de setembro de 2004. **Diário da Justiça**, 20 set. 2004, p. 183. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 36079. Processo 200200794204. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, 13 de novembro de 2002. **Diário da Justiça**, 19 dez. 2002, p. 330.

para designar a combinação dos marcos penais (pena mínima de uma das leis e máxima da outra, além de - todas - as penas acessórias previstas) das normas aparentemente concorrentes, no sentido de que a lei deslocada formaria uma nova unidade com a lei que finda por se aplicar.⁵⁰

Não se pode deixar de criticar a tese de que haveria unidade de lei quando duas ou mais se aplicam simultaneamente, ainda que parcialmente. O conceito de unidade, em veras, traz à mente a noção de que apenas uma lei se aplica. Porém, como na doutrina há opiniões contrárias, melhor deixar de lado a noção de unidade de lei, a fim de evitar a necessidade de sempre destacar se se alude a apenas uma lei ou à combinação de duas ou mais delas.

Além disso, o termo concurso aparente de normas penais revela claramente a distinção com as questões da sucessão de leis penais ou conflito de leis penais no tempo ou no espaço, do mesmo ou de diversos ordenamentos⁵¹, embora se possa de logo assentar a inegável existência de concurso aparente de normas penais com distintas datas de início de vigência, desde que ocorra em relação a fatos aos quais elas possam se aplicar.

Também a limitação que o adjetivo “aparente” traz se justifica. No concurso material e concurso formal de crimes, várias normas – ao menos da parte geral e da parte especial do Código, podendo haver o concurso da mesma norma várias vezes e várias normas da parte especial (concurso homogêneo e heterogêneo, respectivamente) - concorrem efetivamente na regulação de um determinado caso, inclusive para a fixação da pena aplicável. O termo indica que nem todas as normas que poderiam regular o caso se lhe

⁵⁰ Encontra-se o uso do termo nesse sentido em: PEÑARANDA RAMOS, Enrique. **Concurso de leyes, error y participación en el delito**: Un estudio crítico sobre el principio de la unidad del título de imputación. Madrid: Civitas, 1991, p. 185.

⁵¹ Sobre a diversidade desses temas: JESUS, Damásio E. de. Conflito aparente de normas penais. **Julgados dos Tribunais de Alçada de São Paulo**, São Paulo, n. 8, p. 27-40, abr./jun. 1969, p. 28. FROSALI, Raoul Alberto. **Concorso di norme e concorso di reati**. Città di Castello: Leonardo da Vinci, 1937, p. 48-49. ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di diritto penale**: parte generale. 7. ed. Milano: Giuffrè, 1975, p. 113. FARIA, Cássio Juvenal. Conflito aparente de normas penais nos delitos de trânsito: homicídio culposo e lesão corporal culposa. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 70, p. 09-10, set. 1998, p. 09. SCHMIDT, Andrei Zenkner. Concurso aparente de normas penais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 9, n. 33, p. 67-100, jan./mar. 2001, p. 83-84. FRAGOSO, Heleno Cláudio. A reforma da legislação penal – I. **Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal**, Rio de Janeiro, a. 1, n. 2, p. 55-81, jul./set. 1963, p. 56. MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português**. Lisboa: Universidade Católica, 2005, p. 789-791 e 895-896. MANTOVANI, Ferrando. **Concorso e conflitto di norme nel diritto penale**. Bologna: Nicola Zanichelli, 1966, p. 9. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Introdução à Ciência do Direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 527.

aplicam efetivamente, isto é, cuida-se a aparência de uma dúvida que deve ser resolvida no curso de um procedimento hermenêutico com considerações lógicas e materiais das relações entre as normas. O concurso só pode deixar de existir ao cabo do procedimento interpretativo.⁵² Isso assente, nota-se inexistir contradição entre o adjetivo “aparente” e o substantivo “concurso de normas”.

Saliente-se que não é sem razão a alusão a normas e não a leis. Parte-se, aqui, da distinção entre lei e norma e da aceitação da teoria de que a lei – mas não só a lei, por óbvio – pode ter por conteúdo uma norma jurídica. Nesse sentido Castelló Nicás explica que “no tema que se aborda, o conflito ou a coincidência se produz no significado ou conteúdo da lei, isto é, na norma e na valoração que esta realiza.”⁵³ Outras soluções se mostram possíveis. Com efeito, a doutrinadora espanhola Estrella Escuchuri Aísa, por declaradamente aceitar a teoria das normas de Karl Binding, vale-se da denominação concurso de leis.⁵⁴

Deixando-se clara a distinção entre texto de lei e norma, não há maiores inconvenientes nessa opção, muito embora não seja a reputada melhor no trabalho.

Usam-se como sinônimos, por um lado os termos concurso formal

⁵² MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português**. Lisboa: Universidade Católica, 2005, especialmente p. 655-656 e 818-821. PALMA HERRERA, José Manuel. **Los actos copenados**. Madrid: Dykinson, 2004, p. 230-231. Acentuando a inexistência de contradição: MANTOVANI, Ferrando. **Concorso e conflitto di norme nel diritto penale**. Bologna: Nicola Zanichelli, 1966, p. 189. Igualmente quanto ao caráter de processo interpretativo do que chamou concurso inautêntico (concurso aparente de normas, na denominação aqui adotada): CUELLO CONTRERAS, Joaquín. La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal (II). **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, v. 32, n. 2, p. 451-477, mayo/ago. 1979, p. 464. Sobre a necessidade de considerações lógicas e teleológicas no concurso aparente de normas: KLUG, Ulrich. Sobre el concepto de concurso de leyes. In: KLUG, Ulrich. **Problemas de la Filosofía y de la Pragmática del Derecho**. Trad. Jorge M. Seña. Ciudad del México: Fontamara, p. 57-75, p. 57 e 71-72. FRAGOSO, Heleno Cláudio. A reforma da legislação penal – I. **Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal**, Rio de Janeiro, a. 1, n. 2, p. 55-81, jul./set. 1963, p. 56. No sentido de que os “princípios” de solução do concurso aparente de normas ostentam meramente o caráter de lógicos: ROSA, Fábio Bittencourt da. Concurso aparente de leis e casos concretos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 69, v. 537, p. 251-258, jul. 1980, p. 251. Vide também as teorias de Ernst Beling, Wilhelm Höpfner e do próprio Ulrich Klug, tratadas no terceiro capítulo.

⁵³ CASTELLÓ NICÁS, Nuria. **El concurso de normas penales**. Granada: Comares, 2000, p. 08. Tradução livre de: “En el tema que se aborda, el conflicto o la coincidencia se produce en el significado o contenido de la ley, esto es, en la norma y la valoración que ésta realiza.” Embora pregando a possibilidade de uso das expressões “concurso de leis” e “concurso de normas”, posição idêntica quanto à relação de continente a conteúdo entre a lei e a norma se vê em: BARBOSA, Marcelo Fortes. **Concurso de normas penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 07-08. Adota o termo norma ao invés de lei – o qual reputa mais amplo – para especificar o concurso em tela: FROSALI, Raoul Alberto. **Concorso di norme e concorso di reati**. Città di Castello: Leonardo da Vinci, 1937, p. 72.

⁵⁴ ESCUCHURI AISA, Estrella. **Teoría del concurso de leyes y de delitos**: bases para una revisión crítica. Granada: Comares, 2005, p. 69.

(denominação do Código Penal brasileiro) e concurso ideal (denominação corrente na doutrina estrangeira) e, por outro, os termos concurso material e concurso real, pelos mesmos motivos. Bem delimitados os conceitos usados, possibilitando que se saiba o objeto referido, perde muito da importância a querela terminológica.

Nesse passo, salienta-se que se estuda a consunção apenas como critério de resolução de concurso aparente de normas penais incriminadoras. Resta então excluído do âmbito de preocupações o tema da consunção de normas extrapenais por normas penais (exemplificativamente, a possibilidade de normas penais consumirem punições prescritas por normas de direito administrativo)⁵⁵, em outros ramos jurídicos, a exemplo do direito civil⁵⁶, do direito processual civil⁵⁷, do direito processual penal⁵⁸ e, com maior razão, fora do direito.

⁵⁵ ESCUCHURI AISA, Estrella. El principio non bis in idem y el concurso de leyes penales en la dogmática y jurisprudencias españolas. **Revista peruana de ciencias penales**, Lima, n. 16, p. 195-256, 2005, p. 215-216.

⁵⁶ “4. Exercício consuntivo e exercício não-consuntivo Há o exercício consuntivo do direito, pretensão, ação, ou exceção, e o exercício não-consuntivo. Se, cobrando, recebo a prestação, ou se o devedor, de si só, me veio pagar e recebi a prestação, consumi o meu direito e o crédito extinguiu-se. A compensação tem o mesmo **efeito de consunção**. Outrossim, a venda amigável do penhor (art. 774, III, 2º e 3º partes), o exercício dos direitos formativos criativos, modificativos, ou extintivos. Os direitos a sujeitos passivos totais são *inconsuntíveis* (liberdade, propriedade), quer se exerçam judicial quer extrajudicialmente, quer consista o exercício em uso material da coisa quer em exercido de pretensões, ações ou exceções; mas há exceções: o direito do credor hipotecário, pignoratício, ou anticrético, ou pela caução, é consuntível; se a coisa é consumível, **o direito sofre consunção com o consumo da coisa**.” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado**, t. VI. Campinas: Bookseller, 2000, p. 110-111. (sem negritos no original; itálicos no original).

⁵⁷ Onde tem um sentido de impedimento de uma ação (de direito processual) por outra ou por seu próprio exercício anterior: “Salvo se não triunfa alguma preliminar contra a formação da relação jurídica processual, o procedimento leva à litispendência, com o estabelecimento da relação jurídica angular (autor, Estado; Estado, réu). Aquelas preliminares, digamo-lo em terminologia de hoje, eram, em direito romano, principalmente, a denegação da ação a *confessio in iure* e o *iusiurandum in iure delatum*. [...] A função do juiz não é mais a do juiz romano, a do Pretor, tendo desaparecido o *edere iudicium* e o *accipere iudicium* do formalismo romano. A *litis contestatio*, e não a citação, criava a relação jurídica processual, com a máxima *Eadem re ne bis sit actio* ou *Ne bis in idem*, com a **eficácia consumptiva** e a excludente, *ipso iure*, exceto nas obrigações reais e nas *in factum* quando era preciso *exercer-se a exceptio rei in iudicium deductae*. Firme a sentença, por se ter dado a **consumpção**, *ipso iure*, ou por se não ter oposto a *exceptio rei iudicium deductae*, cabia a *exceptio rei iudicatae*, para impedir que se incoasse outro processo. A função das duas exceções deu a *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*. [...] Chama-se função negativa da coisa julgada a que a sentença exerce para excluir a renovação da lide: *Bis de eadem re ne sit actio*. Chama-se função positiva a que tem a sentença quando impõe, noutra relação jurídica processual, o seu conteúdo, ou parte dele. As expressões vêm de F. L. von Keller (*Uber Litis Contestation und Urteil*, 223). Ali, há só a *consumptio*; aqui a afirmação de estado jurídico estabelecido e eficaz. E. I. Bekker (*Die prozessualische Consumtion*, 40) sustentou que, no direito romano, a função negativa era a única; mas F. L. von Keller entendia, com razão, que a *exceptio rei iudicatae* tinha as duas funções (cf. Leopold Wenger, *Abriss des romischen Zivilprozessrechts*, 3ª ed., §§ 13 e 15).” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários ao Código de Processo Civil**, t. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 119-120. (itálicos no original; sem negritos no original).

⁵⁸ “Deve pois firmar-se que *objecto do processo penal* é o *objeto da acusação*, sendo este que, por sua vez, delimita e fixa os *poderes de cognição do tribunal* (actividade cognitória: CPP, arts. 446.º e seguinte) e a *extensão do caso julgado* (actividade decisória: CPP, arts. 148.º e seguinte). É a este efeito que se chama a *vinculação temática do tribunal* e é nele que se consubstanciam os princípios da *identidade*, da *unidade ou indivisibilidade* e da **consunção do objecto do processo penal**; os princípios, isto é, segundo os quais o

Quedam igualmente fora do estudo o concurso efetivo ou aparente entre normas penais que não tipificam crimes, o que pode ocorrer, exemplificativamente, ou com diversas circunstâncias atenuantes, ou agravantes, ou qualificadoras, ou tipos permissivos, ou causas de extinção de punibilidade.⁵⁹

Outra restrição no objeto está no considerar exclusivamente os crimes em sentido estreito, ou seja, sem as contravenções, que têm merecido estudos próprios da doutrina no que toca às questões concursais.⁶⁰ A sua inclusão no presente trabalho o alargaria demasiadamente e poderia prejudicar a linearidade da exposição do tema eleito.

A última das convenções prévias consiste no tratamento da consunção como regra e não como princípio. Naturalmente que a classificação depende do conceito de uma e da outra espécie de normas, tema longe de pacificação na doutrina.

Todavia, parte-se aqui da noção de distinção qualitativa entre regras e princípios. Estes se tratam de normas impositivas de uma otimização, concretizável de acordo com condicionantes fáticos e jurídicos, de modo que apresentam um peso. As regras, ao contrário, permitem, proíbem ou impõem uma exigência que simplesmente se cumpre ou não. Princípios conflitantes se ponderam, ao passo que regras antinômicas se excluem. Finalmente, tem-se que princípios trazem problemas de validade e de peso e as regras apenas de validade.⁶¹

Nessa esteira, a consunção se enquadra no conceito de regra. Não se pode falar em condicionantes jurídicas e nem, com maior razão, fáticas, para sua aplicação. A consunção somente se aplica, impondo a absorção de um crime por outro, quando presentes seus requisitos ou não. Deste modo, seus problemas não envolvem peso, mas somente

objecto do processo deve manter-se *o mesmo* da acusação ao trânsito em julgado da sentença, deve ser conhecido e julgado na sua *totalidade* (unitária e indivisivelmente) e - **mesmo quando o não tenha sido – deve considerar-se irrepetivelmente decidido.**”. DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 145. (itálicos no original; sem negritos no original).

⁵⁹ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. Concurso de normas penais. **Scientia iuridica**: revista de direito comparado português e brasileiro, Braga, v. 29, n. 164/165, p. 159-185, abr./jun. 1980, p. 159. MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português**. Lisboa: Universidade Católica, 2005, p. 670.

⁶⁰ BARBOSA, Marcelo Fortes. **Concurso de normas penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 91-92. MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português**. Lisboa: Universidade Católica, 2005, p. 29-30. Este último faz a ressalva no tocante às contra-ordenações.

⁶¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1.145-1.146. TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 90-91.

validade.

Não quer tanto dizer que a consunção seja menos relevante que alguns princípios. Sob esse conceito de regra, até mesmo a legalidade, comumente tratado por princípio e dos mais importantes em direito penal, enquadra-se. Em outros conceitos de princípio frequentemente encontrados na doutrina pátria, como os de “mandamento nucleares”, ou “disposições fundamentais” de um sistema, a conclusão decerto mudaria.⁶²

À míngua de maior relevância desse ponto para a conceituação de consunção do trabalho, desnecessários outros esclarecimentos a respeito da sua classificação entre as espécies de normas. Buscou-se apenas justificar o tratamento do instituto entre as regras e não entre os princípios por optar a maioria da doutrina pela solução inversa.

1.2 De comento: as outras regras de solução do concurso aparente

Na literatura jurídica, nas legislações e na jurisprudência, assim no Brasil como no exterior, diverge-se enormemente quanto ao número de critérios necessários para a solução do concurso aparente de normas penais.

Tem-se, à guisa de exemplo, que Günther Jakobs, em um monismo extremado, defende que se podem enquadrar todos os casos de concorrência aparente de leis sob a regra única da especialidade.⁶³ Ainda na atual doutrina alemã, Ingeborg Puppe tem por aplicável ao concurso aparente de normas somente o princípio da especialidade em sentido lógico-formal.⁶⁴ Na doutrina italiana, Francesco Antolisei também adota apenas a especialidade – em um sentido diverso do defendido por Puppe e por Jakobs - como critério

⁶² SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 1, p. 607-630, jan./jun. 2003, p. 612-614.

⁶³ JAKOBS, Günther. **Strafrecht: Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre**. 2. ed. New York; Berlin: Walter de Gruyter, 1993, p. 866-867. Estuda-se mais detidamente a teoria de Jakobs no terceiro capítulo.

⁶⁴ PUPPE, Ingeborg: **Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen: Logische Studien zum Verhältnis von Tatbestand und Handlung**. Berlin: Duncker & Humblot, 1979, especialmente p. 355. PUPPE, Ingeborg. § 52. In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ullrich (Hrsg.). **Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch**, Band I. 2. ed. Baden-Baden: Nomos, 2005, p. 1.532-1.572, p. 1.534.

de solução do concurso.⁶⁵ A solução monista em favor da especialidade também restou expressa no art. 15 do Código Penal italiano. Tal posição não é encontrada apenas recentemente. De fato, o próprio Adolph Merkel, que a doutrina majoritária reputa como iniciador dos estudos científicos sobre o concurso aparente de normas no direito penal, defendia aplicável apenas a especialidade a esses casos, como se detalhará melhor no próximo capítulo.

Em uma outra e singular versão monista, Marcelo Fortes Barbosa entende que a consunção se cuida do único critério de solução aplicável ao concurso aqui tratado e que a especialidade seria tão somente um índice da consunção.⁶⁶

Jomilson Oliveira adota uma concepção bipartite, de acordo com a qual mereceriam aplicação apenas a especialidade e a consunção ou absorção.⁶⁷ Semelhantemente, Andrei Zenkner Schmidt admite a especialidade e a consunção, divide esta em total e parcial e defende que a subsidiariedade se cuida de mero resquício da teoria causal-naturalista.⁶⁸ Inclui-se entre os defensores da solução bipartite Ulrich Klug, para quem a consunção é supérflua e a alternatividade não tem aplicação no concurso aparente, de modo que nele só têm lugar a subsidiariedade e a especialidade em sentido lógico.⁶⁹

Eugenio Raúl Zaffaroni defende a aplicabilidade de três critérios distintos, o da especialidade, o da subsidiariedade e o da consunção⁷⁰, estimando ser sua posição a

⁶⁵ ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di diritto penale**: parte generale. 7. ed. Milano: Giuffrè, 1975, p. 119.

⁶⁶ BARBOSA, Marcelo Fortes. **Concurso de normas penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, especialmente p. 92-93. No terceiro capítulo, aborda-se sua teoria com mais detalhes.

⁶⁷ OLIVEIRA, Jomilson. Concurso aparente de normas e antefato e pós-fato impuníveis. **Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes**, Rio de Janeiro, nova série, v. 3, n. 3, p. 90-99, 1998, p. 91.

⁶⁸ SCHMIDT, Andrei Zenkner. Concurso aparente de normas penais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 9, n. 33, p. 67-100, jan./mar. 2001, p. 94 e 98-99.

⁶⁹ KLUG, Ulrich. Sobre el concepto de concurso de leyes. In: KLUG, Ulrich. **Problemas de la Filosofía y de la Pragmática del Derecho**. Trad. Jorge M. Seña. Ciudad del México: Fontamara, p. 57-75, especialmente p. 72-73. Bipartite também a solução de: FROSALI, Raoul Alberto. **Concorso di norme e concorso di reati**. Città di Castello: Leonardo da Vinci, 1937, p. 230 e seguintes, 395 e seguintes e 595-604. MORO, Aldo. **Unità e pluralità di reati**: principi. 2. ed. Padova: CEDAM, 1954, p. 85.

⁷⁰ Igualmente: NORONHA, E. Magalhães. Crime progressivo e concurso aparente de normas penais. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 62, n. 210, p. 39-45, abr./jun. 1965, p. 44. MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português**. Lisboa: Universidade Católica, 2005, p. 892. FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. Concurso de normas penais. **Scientia iuridica**: revista de direito comparado português e brasileiro, Braga, v. 29, n. 164/165, p. 159-185, abr./jun. 1980, p. 166. CARAMUTI, Carlos S. **Concurso de delitos**. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 195. HUNGRIA, Nelson. Primeira parte. In: HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**, v. I, t. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 19-214, p. 145. MAURACH, Reinhart. **Tratado de derecho penal**, t. II. Trad. Juan Cordoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962, p. 440. DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: Parte Geral, t. 1. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 992-1.004. NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 4. ed.

majoritária na doutrina. A alternatividade, fora dos casos de erro legislativo, que não podem embasar uma teoria geral, pode tomar a forma de subordinação, hipótese em que teria a mesma estrutura lógica da especialidade.⁷¹

Frederico Gomes de Almeida Horta aceita, juntamente com a especialidade e a subsidiariedade, os princípios da consunção e o da alternatividade, este destinado aos casos de normas “superpostas na apreciação dos aspectos lesivos do fato” de um modo tal que nenhum dos demais critérios de solução da concorrência aparente seja suficiente.⁷² A doutrina alemã majoritária, desde os estudos lógicos de Ulrich Klug, tende a rechaçar a alternatividade. Mas, a solução quadripartite a adota a maior parte da doutrina espanhola.⁷³ O próprio Código Penal espanhol prevê expressamente a aplicação da especialidade (art. 8º, 1ª), da subsidiariedade (art. 8º, 2ª) e da consunção (art. 8º, 3ª). Além disso, prescreve que no caso de não bastarem esses critérios para a solução do concurso, aplica-se unicamente o preceito penal

São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 88-89. GEERDS, Friedrich. **Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht**. Hamburg: Hansischer Gildenverlag, Joachim Heitmann & Co, 1961, p. 179 e seguintes. ROXIN, Claus. **Strafrecht: Allgemeiner Teil, Band II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat**. München: C.H. Beck, 2003, p. 847. FARIA, Cássio Juvenal. Conflito aparente de normas penais nos delitos de trânsito: homicídio culposo e lesão corporal culposa. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 70, p. 09-10, set. 1998, p. 09. MOURA, Humberto Fernandes de. Sobre a definição da norma penal aplicável nos casos em que o porte ilegal de arma bem como o disparo de fogo são meios executórios de outros crimes: conflito aparente de leis ou concurso de crimes? **Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal**, Porto Alegre, v. 08, n. 46, p. 07-21, out./nov. 2007, p. 09. ARCE AGGEO, Miguel Ángel. **Concurso de delitos en materia penal**: su evolución desde el finalismo hasta el funcionalismo. Una visión de la pluralidad de delitos desde la perspectiva de la Ontología del lenguaje y la Teoría comunicativa del delito. 2. ed. Buenos Aires: Universidad, 2007, p. 180. BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klaus. **Direito Penal**: parte geral. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 322. CECCHI, Mauro. L'insider trading dei pubblici ufficiali: un caso di concorso di norme. **Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia**, Padova, a. 9, n. 2, p. 550-561, apr./giu. 1996, p. 556. FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto penale**: Parte generale. 3. ed. Bologna: Zanichelli, 1999, p. 614. MAGGIORE, Giuseppe. **Diritto penale**: Parte generale, v. I. 5. ed. Bologna: Nicola Zanichelli, 1951, p. 183. Na doutrina italiana, tem essa posição por majoritária, embora não a siga: ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di diritto penale**: parte generale. 7. ed. Milano: Giuffrè, 1975, p. 117. Andrei Schmidt reputa a solução tripartite a mais aceita no Brasil, conquanto não a tenha por correta: SCHMIDT, Andrei Zenkner. Concurso aparente de normas penais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 9, n. 33, p. 67-100, jan./mar. 2001, p. 80.

⁷¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal**: Parte General, t. IV. Buenos Aires: Ediar, 1999, p. 560.

⁷² HORTA, Frederico Gomes de Almeida. **Do concurso aparente de normas penais**. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2007, p. 158. Aceitam os quatro critérios de solução do concurso, embora sem os mesmos conceitos de Frederico Horta: ROSA, Fábio Bittencourt da. Concurso aparente de leis e casos concretos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 69, v. 537, p. 251-258, jul. 1980, p. 252-255. NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 87. STEVENSON, Oscar. Concurso aparente de normas penais. **Revista forense**, Rio de Janeiro, v. 62, n. 209, p. 26-34, jan./mar. 1965, p. 30 e seguintes.

⁷³ Nesse sentido: ESCUCHURI AISA, Estrella. El principio non bis in idem y el concurso de leyes penales en la dogmática y jurisprudencias españolas. **Revista peruana de ciencias penales**, Lima, n. 16, p. 195-256, 2005, p. 228 e 249. Da mesma autora: **Teoría del concurso de leyes y de delitos**: bases para una revisión crítica. Granada: Comares, 2005, p. 162-162.

de maior gravidade (art. 8º, 4ª), regra que parte da doutrina considera como previsão da alternatividade.⁷⁴

Tal qual se passa em outros domínios da teoria do concurso em direito penal, inexistente consenso a respeito do âmbito de aplicação desses critérios. E o que é mais, muitas das divergências não saem do plano terminológico. Sendo assim, necessário estabelecer em breves linhas o que aqui se entende por especialidade, subsidiariedade e alternatividade, de forma a não permitir que seus conceitos se baralhem com os de consunção.

A regra da especialidade tem aplicação para a maior parte da doutrina quando o âmbito de aplicação de uma norma abrange inteiramente o de outra e casos adicionais. Como todo conceito apresenta quantidade (extensão) e qualidade (compreensão), pode-se dizer o mesmo ao expressar a especialidade como relação entre normas na qual uma delas tem conteúdo mais rico que o da outra, o que consegue mediante o acréscimo de todos os seus elementos e de alguns adicionais. A norma de conteúdo mais rico e, portanto, de menor abrangência, trata-se da especial, sendo a geral a outra ou outras normas. Graficamente, essa relação se pode exprimir por dois círculos nos quais um se contém inteiramente no outro, mas não o inverso.

Desse modo, se a norma especial não existisse ou não mais existisse, e em algumas hipóteses de sua impossibilidade de aplicação por outros fatores, os casos nela contidos se abarcariam em regra na norma geral. O exemplo mais contraditório desse tipo de relação está na que se dá entre os tipos básicos e os qualificados, seja com atenuação ou agravamento.⁷⁵

⁷⁴ ESCUCHURI AISA, Estrella. El principio non bis in idem y el concurso de leyes penales en la dogmática y jurisprudencias españolas. **Revista peruana de ciencias penales**, Lima, n. 16, p. 195-256, 2005, p. 197. MATUS A., Jean Pierre. Los criterios de distinción entre el concurso de leyes y las restantes figuras concursales en el código penal español de 1995. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, v. 58, n. 2, p. 463-493, mayo/ago. 2005, p. 480-482. Contrariamente, por entender que se trata do “principio da pena maior”: CASTELLÓ NICÁS, Nuria. **El concurso de normas penales**. Granada: Comares, 2000, p. 188.

⁷⁵ A mesma concepção de especialidade, quando muito com variações somente terminológicas, vê-se em: HUNGRIA, Nelson. Primeira parte. In: HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**, v. I, t. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 19-214, p. 141. MORO, Aldo. **Unità e pluralità di reati**: principi. 2. ed. Padova: CEDAM, 1954, p. 47-50. MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português**. Lisboa: Universidade Católica, 2005, p. 897-899. GEERDS, Friedrich. **Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht**. Hamburg: Hansischer Gildenverlag, Joachim Heitmann & Co, 1961, p. 193 e seguintes. ESCUCHURI AISA, Estrella. El principio non bis in idem y el concurso de leyes penales en la dogmática y jurisprudencias españolas. **Revista peruana de ciencias penales**, Lima, n. 16, p. 195-256, 2005, p. 232-235. ARCE AGGEO, Miguel Ángel. **Concurso de delitos en materia penal**: su evolución desde el finalismo hasta el funcionalismo. Una visión de la pluralidad

Ressalta-se, no entanto, a existência de conceitos doutrinários de especialidade que incluem entre seus requisitos a identidade de bem jurídico tutelado por todas as normas concorrentes⁷⁶, o que correta e expressamente se torna objeto de crítica em alguns outros autores.⁷⁷

O sentido da especialidade pode ser, entre outros, de qualificação, agravação, privilégio ou atenuação. Ademais, a especialidade pode ocorrer em relação ao sujeito ativo, ao sujeito passivo, a uma relação entre preceitos, ao objeto delitivo, à modalidade ou à tendência da ação e, em outra classificação, por especificação ou por adjunção, distinções com mais valor didático do que efeitos práticos.⁷⁸ Essas classificações podem se mesclar indiferentemente entre si.

No primeiro caso, especializa-se ao menos um dos elementos essenciais constitutivos da norma geral. Essa a relação entre os crimes de advocacia administrativa do

de delitos desde la perspectiva de la Ontología del lenguaje y la Teoría comunicativa del delito. 2. ed. Buenos Aires: Universidad, 2007, p. 181-184. PEÑARANDA RAMOS, Enrique. **Concurso de leyes, error y participación en el delito**: Un estudio crítico sobre el principio de la unidad del título de imputación. Madrid: Civitas, 1991, p. 35 e seguintes. MAURACH, Reinhart. **Tratado de derecho penal**, t. II. Trad. Juan Cordoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962, p. 442-443. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal**: Parte General, t. IV. Buenos Aires: Ediar, 1999, p. 560-561. ANTOLISEI, Francesco. Sul concorso apparente di norme. **Rivista italiana di diritto penale**, Milano, a. 1, n. 1-3, p. 01-15, gen./giu. 1948, p. 3. MANTOVANI, Ferrando. **Concorso e conflitto di norme nel diritto penale**. Bologna: Nicola Zanichelli, 1966, principalmente p. 78, 86 e 226. DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: Parte Geral, t. 1. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 994-997. BINDING, Karl. **Handbuch des Strafrechts**, Band I. Neudruck der Ausgabe Leipzig 1885. Aalen: Scientia, 1991, p. 334 e seguintes. ROXIN, Claus. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil, Band II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat. München: C.H. Beck, 2003, p. 848. NINO, Carlos Santiago. **El concurso en el Derecho Penal**: Criterios para clasificar los casos de varios hechos o de varias normas en la calificación penal de una conducta. Buenos Aires: Astrea, 1972, p. 66-67. Este último nega que se possa considerar a especialidade um caso de “concurso aparente de leis”, por rechaçar a própria existência dessa modalidade concursal. Fundadas críticas a essa posição de Carlos Nino em: RUSCONI, Maximiliano. La teoría del concurso aparente de delitos en el pensamiento de Carlos Nino. **Nueva doctrina penal**, Buenos Aires, p. 509-519, 1998, p. 518.

⁷⁶ CARVALHO FILHO, José Cândido de. **Concurso aparente de normas penais**. Rio de Janeiro: Revan, 2009, p. 55-56. PUIG PEÑA, Frederico. **Colisión de normas penales**: concurso aparente de leyes punitivas. Barcelona: Bosch, 1958, p. 89. HONIG, Richard. **Straflose Vor- und Nachtat**. Neudruck der Ausgabe Leipzig 1927. Aalen: Scientia, 1978, p. 19 e seguintes.

⁷⁷ MANTOVANI, Ferrando. **Concorso e conflitto di norme nel diritto penale**. Bologna: Nicola Zanichelli, 1966, principalmente p. 119. FROSALI, Raoul Alberto. **Concorso di norme e concorso di reati**. Città di Castello: Leonardo da Vinci, 1937, p. 257 e seguintes. AZZALI, Giampiero. Art. 515 e 517 CP: concorso ideale di reati o concorso apparente di norme. **Bollettino dell'Istituto di Diritto e Procedura Penale**, Pavia, p. 23-54, 1961/1962, p. 24-25.

⁷⁸ MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português**. Lisboa: Universidade Católica, 2005, p. 907-908 e 910-912. ESCUCHURI AISA, Estrella. El principio non bis in idem y el concurso de leyes penales en la dogmática y jurisprudencias españolas. **Revista peruana de ciencias penales**, Lima, n. 16, p. 195-256, 2005, p. 232. MATUS A., Jean Pierre. Los criterios de distinción entre el concurso de leyes y las restantes figuras concursales en el código penal español de 1995. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, v. 58, n. 2, p. 463-493, mayo/ago. 2005, p. 470.

art. 321 do Código Penal e o crime específico do art. 3º, III, da Lei nº 8.137/90. Aquele tem a redação “Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração pública, valendo-se da qualidade de funcionário: Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.”. O segundo especifica a elementar “administração pública”, agregando-lhe a necessidade de que seja a “administração (pública) fazendária”, aumentando a pena prevista: “Art. 3º Constitui crime funcional contra a ordem tributária [...] III - patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração fazendária, valendo-se da qualidade de funcionário público. Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.”.

Na especialidade por adjunção, somam-se elementos que não meramente especificadores de outros contidos no tipo geral. Nesse sentido, pode-se considerar o crime de roubo do art. 157 do Código Penal um crime especial em relação ao furto do art. 155 do mesmo Código. Aquele crime agregou a este as elementares “mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência”.

Aceita-se pacificamente na doutrina e em alguns ordenamentos (como previsto no art. 8º, 1ª, do Código Penal espanhol⁷⁹ e no art. 15 do Código Penal italiano⁸⁰) que a norma incriminadora específica, seja qual for sua classificação, deve prevalecer no concurso com a geral.

Mais três observações sobre a doutrina majoritária da especialidade se impõem.

Primeiramente, ao contrário do que grande parte de doutrina defende⁸¹, a

⁷⁹ “Os fatos suscetíveis de serem qualificados sob dois ou mais preceitos deste Código e não compreendidos nos artigos 73 a 77, castigar-se-ão observando as seguintes regras [...] O preceito especial se aplicará com preferência ao geral.” Tradução livre de: “Artículo 8. Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas: 1ª) El precepto especial se aplicará con preferencia al general.”

⁸⁰ “Matéria regulada por várias leis penais ou por várias disposições da mesma lei penal. Quando várias leis penais ou várias disposições da mesma lei penal regulam a mesma matéria, a lei ou a disposição de lei especial derroga a lei ou a disposição de lei geral, salvo se estabelecido diversamente.” Tradução livre de: “Art. 15 Materia regolata da più leggi penali o da più disposizioni della medesima legge penale. Quando più leggi penali o più disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa materia, la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o alla disposizione di legge generale, salvo che sia altrimenti stabilito.” Para um amplo panorama das discussões em torno dessa disposição: MANTOVANI, Ferrando. **Concorso e conflitto di norme nel diritto penale**. Bologna: Nicola Zanichelli, 1966, p. 431-463.

⁸¹ Nesse sentido, por exemplo: HONIG, Richard. **Straflose Vor- und Nachtat**. Neudruck der Ausgabe Leipzig 1927. Aalen: Scientia, 1978, p. 56 e seguintes. FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto penale**: Parte generale. 3. ed. Bologna: Zanichelli, 1999, p. 615.

relação entre as normas especial e geral não é meramente lógica. A necessidade de interpretar os conceitos normativos para que se conclua pela relação de subordinação entre eles já supõe procedimento (hermenêutico) no qual influem forçosamente critérios axiológicos. Sob outra perspectiva, o doutrinador italiano Ferrando Mantovani defende a junção de elementos valorativos e lógicos também na especialidade. O critério lógico, ou seja, a relação formal de subordinação explica o “quando” da aplicação da especialidade. Isso reflete formalmente o “porquê” da especialidade, a absorção valorativa de uma norma por outra, caractere comum a todos os casos de concurso aparente de normas.⁸²

Em segundo lugar, vale ressaltar que nem sempre a relação entre a norma incriminadora do crime complexo e as normas dos crimes que a compõem se identifica com a especialidade.⁸³

Finalmente, de se reter que essa noção de especialidade corresponde à da doutrina majoritária. No entanto, não se pode deixar de referir a existência de outros conceitos dessa relação entre normas, como os de Adolph Merkel, o de Günther Jakobs e o de Ingeborg Puppe. Alguns deles são objeto de análise por abarcarem casos de consunção, mas outros estudos a respeito da especialidade se mostram desnecessários para os fins do presente trabalho, motivo bastante a dele sobejarem.

Ao lado da consunção, trata-se a subsidiariedade do critério de existência e alcance mais discutidos no âmbito do concurso aparente de normas penais. Não raramente se defende mesmo a fusão da subsidiariedade e da consunção em uma só regra.

Paradigmática a respeito a obra de Gudrun Hochmayr. Segundo essa autora, a subsidiariedade enfatiza a relação de concorrência aparente do ponto de vista da norma

⁸² MANTOVANI, Ferrando. **Concorso e conflitto di norme nel diritto penale**. Bologna: Nicola Zanichelli, 1966, p. 104-106. Este autor trata, outrossim, do que chamou de especialidade recíproca, aqui refutada por envolver mesmo uma contradição em termos. No mesmo sentido, isto é, contra a especialidade recíproca: MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português**. Lisboa: Universidade Católica, 2005, p. 893-894. Também sobre as considerações teleológicas na fixação da especialidade: ROXIN, Claus. **Strafrecht: Allgemeiner Teil, Band II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat**. München: C.H. Beck, 2003, p. 850. MORO, Aldo. **Unità e pluralità di reati: principi**. 2. ed. Padova: CEDAM, 1954, p. 58-62.

⁸³ Vide, por todos: MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português**. Lisboa: Universidade Católica, 2005, p. 923. ESCUCHURI AISA, Estrella. El principio non bis in idem y el concurso de leyes penales en la dogmática y jurisprudencias españolas. **Revista peruana de ciencias penales**, Lima, n. 16, p. 195-256, 2005, p. 234. Em sentido contrário: DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: Parte Geral**, t. 1. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 994.

afastada, a subsidiária, ao passo que a consunção traz para o primeiro plano o delito que consome. Então, tendo falhado todos os critérios de distinção entre a consunção e a subsidiariedade, a terminologia deveria variar em função da perspectiva do delito afastado ou do delito prevalente.⁸⁴

Isso apenas revela os fundamentos comuns aos casos de concurso aparente de normas, inclusive por serem todas hipóteses de inexistência de concurso efetivo de delitos. Como bem indagou José Moutinho a respeito da teoria de Hochmayr, a par da distinção de grupos de casos que, conquanto assemelhados, não se identificam, “Que mais se pode querer de uma terminologia?”.⁸⁵

Admitida a possibilidade de diferenciar a consunção da subsidiariedade, tem-se que distintas conceituações sobre essa última se encontram na doutrina. Mas, não se enquadrando ela no objeto principal de estudo, necessário trazer apenas algumas desses formulações.

Em uma primeira aproximação, conceitua-se a subsidiariedade pela exclusão de uma norma, subsidiária, por outra, principal. A aplicabilidade desta exclui a daquela: *lex primaria derogat legi subsidiariae*, haja ou não previsão legal expressa. Para grande parte da doutrina, a relação estrutural entre as normas na subsidiariedade é a de interferência.⁸⁶ O Código Penal espanhol, no seu art. 8º, 2ª, prevê que “o preceito subsidiário só se aplicará no caso de defeito do principal, seja a dita subsidiariedade declarada subsidiariamente, seja ela tacitamente dedutível.”⁸⁷

Frequentemente, argumenta-se que uma norma afasta a aplicação de outra pela subsidiariedade quando descrevem graus, estágios ou formas distintas de ofensa a uma mesmo bem jurídico, devendo prevalecer, para a maioria da doutrina, a que preveja a ofensa mais grave. Entre outros casos, a subsidiariedade implicaria a subsidiariedade do crime de

⁸⁴ HOCHMAYR, Gudrun. **Subsidiarität und Konsumtion**: Ein Beitrag zur Strafrechtlichen Konkurrenzlehre. Wien: Manzschke, 1997, p. 53.

⁸⁵ MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português**. Lisboa: Universidade Católica, 2005, p. 893.

⁸⁶ Em sentido contrário: MORO, Aldo. **Unità e pluralità di reati**: principi. 2. ed. Padova: CEDAM, 1954, p. 77-78. RUSCONI, Maximiliano. La teoría del concurso aparente de delitos en el pensamiento de Carlos Nino. **Nueva doctrina penal**, Buenos Aires, p. 509-519, 1998, p. 514.

⁸⁷ Tradução livre de: “2ª) El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible.”

perigo em relação ao de dano, se o perigo não for além do contido no próprio dano.⁸⁸ Outros autores, embora partilhando desse mesmo conceito de subsidiariedade, agregam-lhe o caso do crime tentado em relação ao consumado e o das lesões corporais frente ao homicídio.⁸⁹

Também usual a classificação da subsidiariedade em expressa (explícita ou formal) e (tácita) ou implícita. No primeiro caso, o tipo determina que sua aplicação se condiciona à ausência de possibilidade de enquadramento da conduta nele prevista em outro tipo, por vezes mais grave.

O tipo prevalente pode ou não ser expressamente indicado. Se o for, cuida-se da dita autoexclusão específica (subsidiariedade especial) e na hipótese inversa da autoexclusão geral (subsidiariedade geral).

A subsidiariedade expressa com autoexclusão específica se encontra, exemplificativamente, no art. 177, *caput* e §1º, do Código Penal. Na cabeça desse artigo, há algumas condutas previstas, para as quais se cominam as penas de “reclusão, de um a quatro anos, e multa” com a ressalva: “se o fato não constitui crime contra a economia popular”. Da mesma forma, o §1º do dispositivo tipifica uma série de condutas e prevê: “Incorrem na mesma pena, se o fato não constitui crime contra a economia popular”.

Exemplo desse último caso (autoexclusão geral) se encontra no tipo que prevê o crime de falsa identidade (art. 307 do Código Penal), cujas penas só se aplicam “se o

⁸⁸ BRUNO, Anibal. **Direito Penal**, t. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 276-277. WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. **Strafrecht: Allgemeiner Teil: Die Straftat und ihr Aufbau**. 32. neu bearbeitete Auflage. Heidelberg: C. F. Müller, 2002, p. 275-276. MAURACH, Reinhart. **Tratado de derecho penal**, t. II. Trad. Juan Cordoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962, p. 442. ARCE AGGEO, Miguel Ángel. **Concurso de delitos en materia penal: su evolución desde el finalismo hasta el funcionalismo. Una visión de la pluralidad de delitos desde la perspectiva de la Ontología del lenguaje y la Teoría comunicativa del delito**. 2. ed. Buenos Aires: Universidad, 2007, p. 185-188. STRATENWERTH, Günter; KUHLEN, Lothar. **Strafrecht: Allgemeiner Teil I. Die Straftat**. 5. Auflage. München: Carl Heymanns, 2004, p. 404-405. FROSALI, Raoul Alberto. **Concorso di norme e concorso di reati**. Città di Castello: Leonardo da Vinci, 1937, p. 474 e seguintes. BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klaus. **Direito Penal: parte geral**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 322. DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: Parte Geral**, t. 1. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 997-1.000. Traz esse conceito para o criticar: ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di diritto penale: parte generale**. 7. ed. Milano: Giuffrè, 1975, p. 117. Admitem, porém, que prevaleça a norma mais leve em situações excepcionais: HORTA, Frederico Gomes de Almeida. **Do concurso aparente de normas penais**. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2007, p. 130-131. PUIG PEÑA, Frederico. **Colisión de normas penales: concurso aparente de leyes punitivas**. Barcelona: Bosch, 1958, p. 80-82. CARVALHO FILHO, José Cândido de. **Concurso aparente de normas penais**. Rio de Janeiro: Revan, 2009, p. 70-81. Este último exige a unidade do fato.

⁸⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 52. Sem falar expressamente do homicídio em relação às lesões: WELZEL, Hans. **Das deutsche Strafrecht: Eine systematische Darstellung**. 6. ed. Berlin: Walter de Gruyter, 1958, p. 197.

fato não constitui elemento de crime mais grave”. Outro exemplo se encontra no art. 15 da Lei nº 9.263/96, que prevê o seguinte crime: “Realizar esterilização cirúrgica em desacordo com o estabelecido no art. 10 desta Lei. Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, se a prática não constitui crime mais grave.”.

Essas cláusulas de reserva só indicam subsidiariedade se os crimes prevalentes estiverem em uma relação dessa espécie com o subsidiário. O significado dessas cláusulas devem se avaliar em cada norma que as trazem. Podem, exemplificativamente, regular um caso de concurso efetivo de crimes (formal ou material) para o qual se reputou devida a aplicação da pena pelo sistema de absorção, ou mesmo casos de especialidade ou de consunção expressamente resolvidos sem o uso dessa nomenclatura.⁹⁰

Há, porém, uma certa dúvida doutrinária se a subsidiariedade expressa deve se tratar entre os de concurso aparente de normas ou de concurso efetivo de crimes regulado com um regime de absorção. Pela própria facilidade de resolução advinda da regulação expressa, não ocorreria ao intérprete qualquer dúvida na norma aplicável, ou seja, a aparência de concurso de normas.⁹¹

A subsidiariedade tácita ou implícita causa mais discussões na doutrina, mormente no que toca à sua existência mesma e à sua diferença relativamente à consunção. Comumente, aplica-se a regra da subsidiariedade tácita nas relações que se dão entre as várias fases de realização delitiva, entre crimes de perigo e crimes de lesão, entre as distintas formas de participação e entre o delito culposos e o mesmo delito doloso.

Na regra da subsidiariedade aplicada entre as fases de realização do delito, prevalecem a consumação em detrimento da tentativa e a tentativa e a consumação frente atos preparatórios.⁹² Conceitualmente, a tentativa supõe que o crime não se consumou. Pelo art. 14,

⁹⁰ MANTOVANI, Ferrando. **Concorso e conflitto di norme nel diritto penale**. Bologna: Nicola Zanichelli, 1966, p. 480 e seguintes. Este, após exaustivo estudo baseado no ordenamento italiano, conclui que a maioria dos casos de cláusulas de reserva indicam a solução para hipóteses de especialidade recíproca mediante coincidência entre subtipos. MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português**. Lisboa: Universidade Católica, 2005, p. 841 e seguintes. Em outra vertente, Figueiredo Dias preconiza que não se pode analisar materialmente a subsidiariedade expressa. Para ele, com essas cláusulas, a lei dá relevo à ou cria uma relação lógica de interferência. DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: Parte Geral**, t. 1. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 998.

⁹¹ MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português**. Lisboa: Universidade Católica, 2005, p. 858.

⁹² ESCUCHURI AISA, Estrella. **Teoría del concurso de leyes y de delitos**: bases para una revisión crítica. Granada: Comares, 2005, p. 175-177.

I e II, do Código Penal, o crime se diz “consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal” e “tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente”. Dessarte, verdadeiramente a subsidiariedade nesse caso só se conceberia entre uma conduta que só se pode reputar como tentativa de um crime e nova conduta que o consumou. No direito brasileiro, apenas com desconsideração das definições positivadas de consumação e de tentativa se pode defender que a consumação abarca sempre em si a tentativa. Suas normas se excluem reciprocamente, em relação que se pode dizer de alternatividade, ao menos em um dos diversos conceitos que se encontram dessa regra nos autores.

Na subsidiariedade envolvendo delitos de perigo, englobam-se as relações entre delitos de perigo concreto e delitos de lesão e as de delito de perigo abstrato e delitos de perigo concreto. Para que se reconheça a subsidiariedade dos delitos de lesão relativamente aos delitos de perigo concreto, necessário que o perigo não ultrapasse o ínsito à lesão e, para alguns autores, que o bem jurídico tutelado seja o mesmo. Daí a aceitação do concurso ideal entre crimes que causam perigo no trânsito (§§ 315b, 315c e 316 do Código Penal alemão) e o homicídio culposo ou a lesão corporal culposa.⁹³

Por isso, ao menos como regra geral, não se pode admitir que os delitos de perigo abstrato sejam subsidiários dos de lesão, visto que aqueles atingem bens jurídicos da generalidade e têm um significado próprio. Então, consumados um crime de perigo abstrato e um crime de lesão, ocorre concurso de delitos, formal ou material. Na formulação de Hernández Plascencia, o concurso efetivo se dá quando entre o perigo criado e a lesão não haja uma vinculação instrumental entre os bens jurídicos ofendidos ou quando os titulares dos bens jurídicos não coincidam.⁹⁴

Nas relações de subsidiariedade tácita entre as formas de concurso de pessoas, entende-se que as mais graves excluem as menos graves. Na ordem crescente de

⁹³ ROXIN, Claus. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil, Band II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat. München: C.H. Beck, 2003, p. 857. Têm posição semelhante: DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: Parte Geral, t. 1. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 1.000. MAURACH, Reinhart. **Tratado de derecho penal**, t. II. Trad. Juan Cordoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962, p. 442.

⁹⁴ ESCUCHURI AISA, Estrella. **Teoría del concurso de leyes y de delitos**: bases para una revisión crítica. Granada: Comares, 2005, p. 177-178. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. 5. ed. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002, p. 792. HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. Delitos de peligro con verificación de resultado: concurso de leyes? **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, v. 47, n. 1, p. 111-140, ene./abr. 1994, especialmente p. 139.

gravidade, segundo a doutrina, estão o induzimento, a instigação, o auxílio material, a coautoria e a autoria.⁹⁵

No último grupo de subsidiariedade, consideram-se subsidiários os delitos culposos em relação aos dolosos⁹⁶, os delitos de omissão própria relativamente aos delitos de omissão imprópria, os delitos omissivos em relação aos de ação⁹⁷, os delitos que importam violação do dever geral de auxílio em relação aos de violação do dever de garante e os delitos de embriaguez e intoxicação frente à *actio libera in causa dolosa*.⁹⁸

Por vezes, encontra-se quem defenda a inclusão na subsidiariedade de casos em que a prática de um delito envolva necessariamente a de outro, o que se chama, ao menos para alguns, de progressão criminosa, delitos de passo ou trânsito (*Durchgangsdelikte*) e atos anteriores copenados.⁹⁹

Conclui-se pela pouca precisão teórica com que se formula a subsidiariedade, o que dificulta o estabelecimento de fronteiras com a consunção. No Supremo Tribunal Federal, também se identificam decisões nas quais se tratou a subsidiariedade sem o devido rigor conceitual, a exemplo do acórdão cuja ementa se transcreve abaixo:

1. AÇÃO PENAL. Crime de fraude processual. Homicídio doloso praticado dentro de clínica médica. Limpeza do local para eliminação de vestígios de sangue. Artificio que tenderia a induzir em erro o juiz de ação penal. Fato típico em tese. Inexistência de processo civil ou de procedimento administrativo. Irrelevância. Ato dirigido a produzir efeito em processo penal, ainda que não iniciado. Correspondência ao tipo autônomo previsto no § único do art. 347 do Código de Processo Penal. Hipótese normativa que não é de causa de aumento de pena. Inteligência do texto do art. 347, que contém duas normas. O art. 347 do Código Penal contém duas normas autônomas: a do caput, que pune artifício tendente a produzir efeitos em processo civil ou procedimento administrativo já em curso; e a do parágrafo único, que pune ato voltado a produzir efeitos em processo criminal,

⁹⁵ ESCUCHURI AISA, Estrella. **Teoría del concurso de leyes y de delitos**: bases para una revisión crítica. Granada: Comares, 2005, p. 178. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. 5. ed. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002, p. 792. Entende aplicável a consunção: CORREIA, Eduardo Henriques da Silva. **A teoria do concurso em direito criminal**. Coimbra: Almedina, 1996, p. 133-137.

⁹⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. 5. ed. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002, p. 792.

⁹⁷ ESCUCHURI AISA, Estrella. **Teoría del concurso de leyes y de delitos**: bases para una revisión crítica. Granada: Comares, 2005, p. 178-179.

⁹⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: Parte Geral, t. 1. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 999-1.000.

⁹⁹ ESCUCHURI AISA, Estrella. **Teoría del concurso de leyes y de delitos**: bases para una revisión crítica. Granada: Comares, 2005, p. 176. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. 5. ed. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002, p. 792.

ainda que não iniciado.

2. AÇÃO PENAL. Crime de fraude processual penal. Não caracterização. Delito de caráter subsidiário. Homicídio doloso praticado dentro de clínica médica. Limpeza do local para eliminação de vestígios de sangue. Ato de execução que, inserindo-se no iter do delito mais grave de ocultação de cadáver (art. 211 do CP), é por este absorvido. Imputação de ambos os delitos em concurso. Inadmissibilidade. Bis in idem. Exclusão da acusação de fraude na pronúncia. HC concedido, por empate na votação, para esse fim. Interpretação conjugada dos arts. 211 e 347, § único, do CP. O suposto homicida que, para ocultar o cadáver, apaga ou elimina vestígios de sangue, não pode ser denunciado pela prática, em concurso, dos crimes de fraude processual penal e ocultação de cadáver, senão apenas deste, do qual aquele constitui mero ato executório.¹⁰⁰

Há outros conceitos de subsidiariedade, inclusive dos principais autores da consunção, tratados abaixo.

Por exemplo, na teoria de José Lobo Moutinho, a subsidiariedade ou interferência pode se classificar em extensiva ou intensiva, que podem se combinar entre si.

No primeiro grupo, um tipo A inclui todos os elementos de um tipo B e outros totalmente independentes deste último. No segundo, os tipos apresentam elementos comuns, mas acrescentam distintos sem relação de gênero e espécie com os do outro. Isso pode ocorrer inclusive nos casos de concurso aparente entre circunstâncias às quais correspondem tipos de pena distintos nos quais uma norma alcance como modalidade alternativa de sua realização a verificação de uma ou de várias circunstâncias; em diversas hipóteses de antecipação da tutela penal mediante antecipação da consumação, tais quais crimes de atentado ou de empreendimento, crimes de perigo em sentido estrito e crimes de intenção ulterior. Para se concluir pela subsidiariedade, enfatiza o autor a necessidade de recorrer a alguns dados, sendo um dos mais importantes a gravidade do tipo de pena.¹⁰¹

Como regra geral, esclarece o autor que, se para uma modalidade de realização do crime se comina pena mais grave, o caso excede os limites da norma extensivamente subsidiária. Esta, portanto, somente regula exaustivamente casos menos graves. Nessa hipótese, deve-se reconhecer o concurso efetivo entre “a norma incriminadora extensivamente subsidiária e a norma incriminadora dos factos naquela assumidos como uma possível modalidade de realização do crime.”¹⁰²

¹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 88733/SP. Paciente: Farah Jorge Farah. Impetrante: Roberto Podval e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Relator p/ acórdão: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 17 de outubro de 2006. **Diário da Justiça**, 15 dez. 2006, p. 110.

¹⁰¹ MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português**. Lisboa: Universidade Católica, 2005, p. 924 e seguintes.

¹⁰² MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português**. Lisboa:

O conceito de subsidiariedade de Richard Honig é outro dos que merecem citação pela distinção frente aos demais.

Nesse autor, a subsidiariedade só encontra aplicação nos casos de atos prévios ou de atos posteriores impunes e não nos casos de concurso aparente de normas penais, que para ele supõem a unidade de ação em sentido naturalístico.¹⁰³

Além da pluralidade de ações, a subsidiariedade, em Honig, exige uma pluralidade de normas com identidade de bens jurídicos protegidos. Como a doutrina majoritária, defende que as normas devem defender esses bens de ataques em estágios ou graus diversos. O último dos critérios se trata da existência de uma relação de meio a fim entre preceito principal e preceito subsidiário. Considera-se, sob esse ponto de vista, principal a norma que prevê o comportamento mais perigoso para o bem jurídico e subsidiária a outra ou outras.¹⁰⁴

Por sua vez, a alternatividade encontra ao menos duas formulações principais na doutrina do concurso aparente de normas penais e uma outra na jurisprudência.

Na primeira delas, o critério encontraria aplicação quando uma mesma ação se encontra prevista em normas diversas sob ângulos também diversos ou idênticos (casos de falha ou de repetição legislativa em que não se pode aplicar a retroatividade benéfica pela simultaneidade da entrada em vigor dos preceitos). Isso ocorreria ou quando a mesma ação se encontra prevista em normas diversas ou quando duas ações se encontram em uma relação que se poderia exprimir graficamente por dois círculos intersecantes. Nesses casos, somente a pena mais grave mereceria aplicação.¹⁰⁵

Universidade Católica, 2005, p. 939-940.

¹⁰³ HONIG, Richard. **Straflose Vor- und Nachtat**. Neudruck der Ausgabe Leipzig 1927. Aalen: Scientia, 1978, p. 31.

¹⁰⁴ HONIG, Richard. **Straflose Vor- und Nachtat**. Neudruck der Ausgabe Leipzig 1927. Aalen: Scientia, 1978, especialmente p. 49-50 e 63-64.

¹⁰⁵ Defende a alternatividade com essa formulação: BINDING, Karl. **Handbuch des Strafrechts**, Band I. Neudruck der Ausgabe Leipzig 1885. Aalen: Scientia, 1991, p. 349 e seguintes. PUIG PEÑA, Frederico. **Colisión de normas penales**: concurso aparente de leyes punitivas. Barcelona: Bosch, 1958, p. 87-88. Este, porém, inclui o requisito da igualdade ou pouca diferença de gravidade das sanções. Conceitua tal critério sem com ele se pôr de acordo: MANTOVANI, Ferrando. **Concorso e conflitto di norme nel diritto penale**. Bologna: Nicola Zanichelli, 1966, p. 97. Dá essa interpretação à alternatividade no direito positivo espanhol: MATUS A., Jean Pierre. Los criterios de distinción entre el concurso de leyes y las restantes figuras concursales en el código penal español de 1995. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, v. 58, n. 2, p. 463-493, mayo/ago. 2005, p. 480-481.

Estrella Aisa entende aplicável a regra apenas nos casos de identidade total de tipos. Isso ocorreria, por exemplo, na relação entre um crime complexo e o concurso de cada um dos crimes que o compõem. Em tais hipóteses, a especialidade não encontraria lugar por inexistir relação de conteúdo e continente entre as normas. Nem da consunção, ao menos em uma de suas formulações, a de que se aplicaria perante relações de mais e menos em sentido valorativo, seria de se cogitar. Daí que o único critério capaz de resolver semelhante problema seria, a seu ver, o da alternatividade, prevalecendo o fato ao qual se aplica a pena maior. Concretamente, a alternatividade resolveria o caso do concurso da norma que prevê o roubo em casa habitada e as normas que tipificam o roubo com violência a coisas e a invasão de domicílio, estas duas últimas tomadas em concurso ideal (respectivamente arts. 241, 240 e 202 do Código Penal espanhol).¹⁰⁶

Vale enfatizar que o Código espanhol traz expressamente no art. 8º, 4ª, um preceito que parte da doutrina identifica com a alternatividade. Por ele, no defeito da especialidade, da subsidiariedade e da consunção, “o preceito penal mais grave excluirá os que castiguem o fato com pena menor.”.¹⁰⁷ Dessarte, o direito penal espanhol, pelo princípio de vigência das normas jurídicas, pelo qual cada norma deve ter um âmbito de aplicação, sente a necessidade de encontrar operatividade prática para a alternatividade. Contudo, necessidade semelhante não se verifica no Brasil.

Inobstante, na jurisprudência pátria, encontra-se sedimentada a teoria da aplicação da alternatividade entre circunstâncias qualificadoras, de modo que apenas uma se enquadra como tal e as outras se valoram como agravantes ou como circunstâncias judiciais. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DIREITO PROCESSUAL PENAL. LIBELO-CRIME ACUSATÓRIO. INCLUSÃO DE QUALIFICADORA. ASFIXIA E OUTRO MEIO CRUEL. ORDEM CONCEDIDA.

1. As qualificadoras estão submetidas a regime de alternatividade, bastando qualquer delas para que se afirme a forma qualificada do homicídio, não sendo necessário que todas estejam presentes, como seria de se exigir se o regime fosse cumulativo.
2. Em havendo concurso de qualificadoras, as que sobejam devem ser consideradas como agravantes legais e circunstâncias judiciais.
3. Ordem parcialmente concedida.¹⁰⁸

¹⁰⁶ ESCUCHURI AISA, Estrella. **Teoría del concurso de leyes y de delitos**: bases para una revisión crítica. Granada: Comares, 2005, p. 292-296.

¹⁰⁷ No original: “4ª) En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor.”

¹⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 31570/MS. Processo nº 200302000975. Impetrante: Ozair dos Santos. Coator: Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

Uma segunda corrente teórica vislumbra a aplicação da alternatividade quando duas normas contenham elementos incompatíveis entre si e, pois, excluam-se reciprocamente. Afirmar a realização de um implica negar a realização da outra e vice-versa. O exemplo clássico é o da relação entre o crime de furto e o de apropriação indébita.¹⁰⁹ O elemento “posse ou detenção” prévia ao ato de apropriação exclui a subtração do furto e vice-versa.

Igualmente em relação à alternatividade o citado autor alemão Richard Honig agrega a necessidade de que o bem jurídico protegido pelas normas concorrentes seja o mesmo e vislumbra a possibilidade de seu uso em casos de unidade ou de pluralidade de ações.¹¹⁰

Tal como formulada na segunda corrente, a alternatividade nada tem com as questões do concurso aparente de normas penais, por ser sabido de antemão que ditas normas só podem concorrer efetivamente, isso quando o agente mediante várias ações não simultâneas pratica o crime em cada uma delas previsto.¹¹¹

Ressalte-se que no presente trabalho não há espaço para um estudo mais detido sobre esses critérios. O intuito consistia apenas em uma primeira aproximação conceitual por assim dizer negativa do critério da consunção. Com efeito, estabelecido o que não se enquadra nesse último critério, torna-se mais fácil concluir os casos de concurso aparente de normas penais incriminadoras que por ele encontram solução.

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Brasília, 19 de abril de 2005. **Diário da Justiça**, 06 fev. 2006, p. 331.

¹⁰⁹ Conceituam dessa maneira tal critério sem com ele se pôr de acordo: MANTOVANI, Ferrando. **Concorso e conflitto di norme nel diritto penale**. Bologna: Nicola Zanichelli, 1966, p. 98-99. NINO, Carlos Santiago. **El concurso en el Derecho Penal**: Criterios para clasificar los casos de varios hechos o de varias normas en la calificación penal de una conducta. Buenos Aires: Astrea, 1972, p. 64.

¹¹⁰ HONIG, Richard. **Straflose Vor- und Nachtat**. Neudruck der Ausgabe Leipzig 1927. Aalen: Scientia, 1978, p. 96-99 e 113. Críticas a esse conceito de Honig em: MORO, Aldo. **Unità e pluralità di reati**: principi. 2. ed. Padova: CEDAM, 1954, p. 89-90.

¹¹¹ ESCUCHURI AISA, Estrella. **Teoría del concurso de leyes y de delitos**: bases para una revisión crítica. Granada: Comares, 2005, p. 268. Também sobre a inexistência de concurso aparente ou efetivo nessa acepção de alternatividade: GEERDS, Friedrich. **Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht**. Hamburg: Hansischer Gildenverlag, Joachim Heitmann & Co, 1961, p. 159 e seguintes. NINO, Carlos Santiago. **El concurso en el Derecho Penal**: Criterios para clasificar los casos de varios hechos o de varias normas en la calificación penal de una conducta. Buenos Aires: Astrea, 1972, p. 64. MAURACH, Reinhart. **Tratado de derecho penal**, t. II. Trad. Juan Cordoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962, p. 440.

2 MUDANÇAS DE PARADIGMAS DO DIREITO PENAL E A CONSUNÇÃO

Delimitado o objeto e aclarados alguns dos conceitos necessários ao entendimento do tema eleito, objetiva-se no presente capítulo compreender o contexto social e jurídico do surgimento das abordagens teóricas sobre o concurso aparente de normas, mais especificamente sobre um de seus critérios ou uma de suas regras de resolução, a consunção, e de que forma a mudança desse contexto exige correspondente variação na abordagem do tema.

Foge, porém, aos objetivos do estudo buscar uma ampla teorização sobre as relações entre o direito e a sociedade ao longo de diversos séculos: procura-se tão somente justificar a necessidade de um tratamento da consunção adaptado à atual sociedade brasileira. Por isso, tornam-se inevitáveis algumas simplificações na análise do desenvolvimento histórico das ideias de Estado, de direito e de direito penal.

Uma dessas simplificações se cuida da análise conjunta de todo o período desde o advento da modernidade, do liberalismo, do Estado liberal e de um determinado tipo de legalismo e suas influências no modo de observar o fenômeno jurídico-penal. Daí se desconsiderar, por exemplo, apesar de desenvolvido em grande medida no século XIX, o movimento do romantismo no direito, que, com seu peculiar historicismo - voltado ao passado e sentimental, combatia o legalismo através da valorização do direito costumeiro.

Também não se pode negar que a análise dessa época se prende ao desenvolvimento de alguns países europeus, os quais tiveram maior repercussão na formação das ideias jurídicas e do concurso de normas penais em particular. Estudo idêntico em relação ao mundo todo, sobre se revelar empreitada de muito fôlego, traria pouco resultado para os fins do presente trabalho.

Outra simplificação reside em considerar em um único bloco o período desde o advento do Estado de Bem-Estar Social até os presentes dias, para alguns, “pós-modernos”. Essa simplificação adquire especial significado quando se têm em mente as dificuldades da aceitação, para dizer o mínimo bastante discutível, da caracterização da

contemporaneidade como “pós-modernidade” ou “modernidade tardia” e da aplicação de tais conceitos a países periféricos, tal como o Brasil. Nem se ignoram as mudanças que o dito “neoliberalismo” trouxe à realidade brasileira, inclusive com grandes reflexos no ordenamento jurídico, a começar pela própria Constituição.

Todavia, não houve uma positivação coerente e perceptível do ideário neoliberal no direito penal brasileiro¹¹² especialmente útil ao tema da consunção, motivo pelo qual a sua influência restou de fora das considerações do presente estudo.

2.1 O surgimento da doutrina penal da consunção

Como antecedentes mais remotos das teorizações sobre o problema da concorrência de normas de direito criminal, alude-se a texto do jurisconsulto romano Papiniano que tratava da especialidade como critério de solução do concurso de normas. Consignou-se a regra na fórmula geral *in toto iure generi per speciem derogatur* (D. 50, 16, 102).¹¹³ O próprio Papiniano esclarecia melhor seu pensamento no D. 48, 19, 41, ao dizer que:

A sanção das leis, pelas quais estas acabam irrogando uma determinada pena àqueles que não acatarem os seus preceitos não parece estender-se àqueles casos para os quais a mesma lei assinala uma pena especial. Não há dúvida de que, em todo o outro direito, o especial derroga o geral e não é verossímil que um mesmo delito esteja castigado de várias maneiras na mesma lei.¹¹⁴

¹¹² Embora já se notem na doutrina manifestações de temor pela expansão mundial da política criminal estadunidense, endurecida grandemente após os ataques de onze de setembro de 2001, juntamente com o modelo econômico neoliberal. Nesse sentido: MIR PUIG, Santiago. **Estado, pena y delito**. Montevideo; Buenos Aires: B de F, 2006, p. 8. Quanto a uma teoria neoliberal global do crime: HEBBERECHT, Patrick. Sociedad de riesgos y política de seguridad. In: DA AGRA, Cândido *et al* (Orgs.) **La seguridad en la sociedad del riesgo**: un debate abierto. Barcelona: Atelier, 2003, p. 353-364, p. 356. Para aspectos penais do neoliberalismo no Brasil: TAVARES, Juarez. A crescente legislação penal e os discursos de emergência. **Discursos Sediciosos**: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, v. 2, n. 7, p. 43-57, 1997, especialmente p. 56.

¹¹³ PUIG PEÑA, Frederico. **Colisión de normas penales**: concurso aparente de leyes punitivas. Barcelona: Bosch, 1958, p. 25. STEVENSON, Oscar. Concurso aparente de normas penais. **Revista forense**, Rio de Janeiro, v. 62, n. 209, p. 26-34, jan./mar. 1965, p. 30. ANTOLISEI, Francesco. Sul concorso apparente di norme. **Rivista italiana di diritto penale**, Milano, a. 1, n. 1-3, p. 01-15, gen./giu. 1948, p. 3. MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português**. Lisboa: Universidade Católica, 2005, p. 271 e 656. FROSALI, Raoul Alberto. **Concorso di norme e concorso di reati**. Città di Castello: Leonardo da Vinci, 1937, p. 235. ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di diritto penale**: parte generale. 7. ed. Milano: Giuffrè, 1975, p. 119. Adota expressamente a lição de Puig Peña: BARBOSA, Marcelo Fortes. **Concurso de normas penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 66.

¹¹⁴ Tradução de: MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português**.

António Luiz Sousa Henriques Secco indica um texto de Marciano, na Lei 5ª, D., *de quaestionibus* (48-18), como exemplo do que chama de “acumulação ideal ou moral” (explicada abaixo)¹¹⁵, ao passo que Ortolan, na França, entende que o trecho trata do cúmulo ideal, enfatizando que, aí, as acusações são criminais e as penas são públicas¹¹⁶. Outro autor lusitano, Luís Duarte d'Almeida, traz o texto de Marciano citado. Segundo ele, constaria:

Se alguém abusou de uma parente sem marido ou casada e com quem não podia contrair matrimônio, deve ser deportado para uma ilha, pois comete um duplo crime: incesto, por ter violado uma parente contra a proibição natural e também adultério, ou estupro.¹¹⁷

José Lobo Moutinho enfatiza que o trecho deixa clara a inexistência de cumulação entre as penas, até pela ausência de punibilidade autônoma do incesto no direito romano, ao menos até certa época, nos termos da *lex iulia de adulteriis coercendi*.¹¹⁸

Em Roma, fora do âmbito do direito penal, já se aludia ao fenômeno da consunção processual, cujo fundamento estaria, segundo Immanuel Bekker, na regra de Gaio pela qual *bis de eadem re ne sit actio*, que permitia que as pretensões acionáveis fossem apenas uma vez efetivamente acionadas. A depender do caso, a repetição seria em si ineficaz ou desafiaria a *exceptio rei in iudicium deductae* ou a *exceptio rei iudicatae*.¹¹⁹ O direito romano tinha vários exemplos de ações que sofriam consunção. A *actio de peculio* consumia a *actio quod iussu* e a *actio directa*. A *actio tributaria* e a *actio de peculio* consumiam uma a

Lisboa: Universidade Católica, 2005, p. 271. O trecho original, que o autor traz, é “Sanctio legum, quae novissima certam poenam irrogat his, quis praeceptis legis non obtemperavit, ad eas species pertinere non videtur quibus ipsa lege poena specialiter addita est nec ambigitur in cetero omni iure speciem generi derogare, nec sane verisimile est delictum unum eadem lege variis aestimationibus coerceri.”

¹¹⁵ SECCO, António Luiz de Sousa Henriques. *Theoria da acumulação ou pluralidade de delitos* (terceira parte). **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, Coimbra, n. 422, p. 81-83, 1876, p. 82.

¹¹⁶ ORTOLAN, J. **Éléments de droit pénal**: Pénalité, Juridictions, Procédure: suivant la science rationnelle, la législation positive et la jurisprudence, avec les données de nos statistiques criminelles. 4. ed. Paris: Plon; Marescq Ainé, 1875, p. 541. O autor cita no mesmo sentido, de Marciano: Cou. 9, 2, De accusationibus, 9, Const. Diocl. et Maxim.

¹¹⁷ Tradução livre da tradução para o espanhol: “Si alguien hubiera abusado de una pariente sin marido, o casada con quien no podía contraer matrimonio, debe ser deportado a una isla, pues comete un doble crimen: incesto, por haber violado una pariente contra la prohibición natural, y adulterio además, o estupro.” O trecho em espanhol consta de: D'ALMEIDA, Luís Duarte. **O “concurso de normas” em direito penal**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 92. Em latim, o texto seria: “Si quis viduam vel alii nuptam cognatam, cum qua nuptias contrahere non potest, corruperit, in insulam deportandus est quia duplex crimen est: incestum, quia cognatam violavit contra fas; et adulterium vel stuprum adiungit.”

¹¹⁸ MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português**. Lisboa: Universidade Católica, 2005, especialmente p. 292.

¹¹⁹ BEKKER, Ernst Immanuel. **Die processualische Consumption im classischen römischen Recht**. Berlin: Wilhelm Hertz, 1853, p. 6 e 9-10.

outra, a depender da prioridade cronológica.¹²⁰

De toda sorte, a doutrina em geral enfatiza que o direito romano não chegou a desenvolver uma teoria concursal.¹²¹ Os principais fatores para isso foram a confusão entre concurso e reincidência, a ausência de regras claras de competência, o casuismo próprio dos romanos, a arbitrariedade das penas, o amplo uso de penas exageradas, como a de morte e a de prisão perpétua e, no caso de ações penais privadas, variáveis em função do valor do objeto (com cuja aplicação se torna despidendo saber se a punição se refere a um ou a mais delitos)¹²².

No direito intermédio, teriam surgido os brocardos *lex consumens derogat legi consueta* e a regra geral do *ne bis in idem*.¹²³

Na doutrina alemã de meados do século XIX, já começa a se notar um tratamento das questões de concursos aparentes de normas. Anton Bauer, em 1833, distinguiu do concurso material (*Zusammenfluss von Verbrechen, concursus delictorum, Concurrenz, Häufung*) uma série de casos. Os primeiro deles se trata das hipóteses de concorrência de várias hipóteses de privilégios ou agravações legais de um mesmo crime. Também excluiu do regramento do concurso de crimes o fato que tenha uma característica ou propriedade em virtude da qual pode pertencer a uma e outra classe de delito (o autor traz o exemplo da violação à honra de um servidor público no exercício da função, que pode ser igualmente considerada injúria pública e injúria privada) e o fato que tenha uma característica ou propriedade em virtude da qual pode pertencer a uma ou outra classe de delito e o delito que somente se pode realizar mediante uma determinada forma de perpetração (segundo Bauer, não haveria concurso ideal, por exemplo, entre assassinato e lesão corporal).¹²⁴

¹²⁰ FERRINI, Contardo. Die processualische Consumption der actio de peculio. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte/Romanistische Abteilung*, Weimar, Band 21/34, p. 190-199, 1900, p. 193.

¹²¹ ORTOLAN, J. *Éléments de droit pénal*: Pénalité, Juridictions, Procédure: suivant la science rationnelle, la législation positive et la jurisprudence, avec les données de nos statistiques criminelles. 4. ed. Paris: Plon; Marescq Ainé, 1875, p. 541.

¹²² HÖPFNER, Wilhelm. *Einheit und Mehrheit der Verbrechen*: eine strafrechtliche Untersuchung, Band 1. Berlin: Franz Vahlen, 1901, p. 07. MOUTINHO, José Lobo. *Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português*. Lisboa: Universidade Católica, 2005, p. 291. SECCO, António Luiz de Sousa Henriques. Teoria da acumulação ou pluralidade de delitos (terceira parte). *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, n. 422, p. 81-83, 1876, p. 82.

¹²³ PUIG PEÑA, Frederico. *Colisión de normas penales*: concurso aparente de leyes punitivas. Barcelona: Bosch, 1958, p. 25-26.

¹²⁴ BAUER, Anton. *Lehrbuch des Strafrechtes*. 2. ed. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1833, p. 222-224. O outro caso que o autor exclui do concurso de delitos é o da reincidência, embora faça a ressalva da possibilidade de se encontrarem a reincidência e a concorrência.

Ele chama a atenção, outrossim, para confusões que não raramente ocorreriam entre essas últimas hipóteses e o concurso ideal. Um caso frequentemente tratado como concurso ideal, a seu ver erroneamente, seria o da calúnia, vista por vários, inclusive Anselm von Feuerbach, como um encontro de injúria e falso.¹²⁵

Um pouco após, tem-se alguma sistematização da teoria do concurso em outro autor alemão, Reinhold Köstlin.¹²⁶ Defendia esse autor que do verdadeiro concurso de crimes, deveriam se distinguir o concurso ideal e o concurso meramente aparente. Os casos de concurso meramente aparente seriam primeiramente o da ação que realiza uma espécie de delito e pode simultaneamente se subsumir na descrição de um crime genérico (*Gattungsverbrechen*). Depois, aponta os atos da mesma espécie que sejam de se considerar momentos da realização de um mesmo delito. Em terceiro lugar, indica o caso de vários delitos que concorrem idealmente e se reúnem em um tipo comum. Após, traz a hipótese do delito cujo cometimento pressuponha necessária e conceitualmente um outro delito, mesmo se presentes distintas direções da vontade. Finalmente, aponta o delito continuado.¹²⁷

Em 1863, na Itália, Giovanni Carmignani tratava das hipóteses de concurso de crimes que constituem um meio para outro crime, ressaltando o caso da tentativa em relação à consumação do crime. Segundo ele, naqueles casos, deve-se em geral atentar para o fim do agente, de modo que o delito que foi meio para outro seja tratado como um acessório (servil ou famulatório) e se converta em circunstância agravante.¹²⁸

Além dele, Francesco Carrara, representante da “Escola Clássica” do direito penal¹²⁹, tratou de casos de consunção da tentativa pelo crime consumado e do princípio da prevalência para a solução de casos que hoje se incluem entre os de concurso aparente de normas penais incriminadoras. A hipótese que ele analisou foi a de consumação relativa e tentativa relativa por uma mesma ação. No caso que traz, um agente invade uma casa alheia com a intenção de furtar duas mil libras. Ao subtrair vinte libras, o agente é surpreendido e

¹²⁵ BAUER, Anton. *Lehrbuch des Strafrechtes*. 2. ed. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1833, p. 225.

¹²⁶ HONIG, Richard. *Strafloße Vor- und Nachtat*. Neudruck der Ausgabe Leipzig 1927. Aalen: Scientia, 1978, p. 1.

¹²⁷ KÖSTLIN, Reinhold. *System des deutschen Strafrechts*: erste Abtheilung: allgemeiner Theil. Tübingen: Laupp'schen Buchhandlung, 1855, p. 537-540.

¹²⁸ CARMIGNANI, Giovanni. *Elementi di diritto criminale*. Trad. Caruana Dingli. Milano: Francesco Sanvito, 1863, p. 60.

¹²⁹ Para críticas a essa classificação de Enrico Ferri: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 262-263. Esses autores enquadraram Carrara e Carmignani na “Escola Toscana”.

impedido de furtar as mil, novecentas e oitenta liras restantes. A pergunta que se põe é se deve o agente ser punido apenas por uma tentativa de furto de duas mil liras, apenas por um furto consumado de vinte liras ou conjuntamente pelo crime tentado e pelo crime consumado.¹³⁰

A resposta passa por dois elementos: a unidade de ação e a de fim, que não permitem a aplicação conjunta de títulos delitivos distintos a um único fato e a teoria da prevalência. Segundo essa teoria, deve-se buscar entre todos os momentos que compõem a ação criminosa, relacionados ou ao seu meio ou ao seu fim, o que lesione um direito de maior importância ou que seja mais severamente apenado. Com esses critérios, determina-se a “essência jurídica do delito”. Assim, pela repressão do crime mais grave, protege-se suficientemente a sociedade e se pune justamente o agressor, por sua ação que constituiu o meio ou o fim. Portanto, no caso que Carrara traz, aplica-se exclusivamente a pena mais alta em concreto, seja a do crime consumado, seja a do crime tentado.¹³¹

Não se nota, porém, em Carrara, tratamento sistemático do concurso aparente de normas penais. Impossível confundir com essa questão os estudos do autor italiano a respeito do crime complexo ou do concurso de crimes.¹³²

No âmbito penal, uma primeira aproximação com maior preocupação sistemática desse tema se encontra somente em um texto do penalista alemão Adolph Merkel inserido como capítulo do manual organizado por Franz von Holtzendorff, publicado pela primeira vez em 1871.¹³³

¹³⁰ CARRARA, Francesco. **Opúsculos de derecho criminal**. Trad. Ernesto R. Gavier; Ricardo C. Nuñez. Buenos Aires: Arayú, 1955, p. 439.

¹³¹ CARRARA, Francesco. **Opúsculos de derecho criminal**. Trad. Ernesto R. Gavier; Ricardo C. Nuñez. Buenos Aires: Arayú, 1955, p. 445-448.

¹³² STEVENSON, Oscar. Concurso aparente de normas penais. **Revista forense**, Rio de Janeiro, v. 62, n. 209, p. 26-34, jan./mar. 1965, p. 26-27.

¹³³ MERKEL, Adolph. Die Strafanwendung durch den Richter. In: HOLTZENDORFF, Franz von. (Org.). **Handbuch des deutschen Strafrechts**, Band II. Die allgemeinen Lehren. Berlin: Carl Habel, 1871, p. 547-584. No mesmo sentido quanto aos méritos de Merkel no tratamento científico inaugural do tema e na denominação “concurso de leis”: MATUS A., Jean Pierre. La teoría del concurso (aparente) de leyes en la dogmática alemana, desde sus orígenes hasta el presente (primera parte). **Ius et Praxis**, Talca, v. 6, n. 2, p. 295-371, 2000, p. 297-298. Disponível em: <<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=19760212>>. Acesso em: 08 jan. 2008. FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. Concurso de normas penais. **Scientia iuridica**: revista de direito comparado português e brasileiro, Braga, v. 29, n. 164/165, p. 159-185, abr./jun.1980, p. 159. BARBOSA, Marcelo Fortes. **Concurso de normas penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 60 e 67. Embora crítico da denominação e sem muita certeza da origem: FROSALI, Raoul Alberto. **Concorso di norme e concorso di reati**. Città di Castello: Leonardo da Vinci, 1937, p. 613. Apesar de indicar obra posterior de Merkel, a *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, de 1889, e vacilar um pouco na assertiva, igualmente se tem: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal**: Parte General, t. IV. Buenos Aires: Ediar, 1999, p. 558. Também citam a obra de 1889 como pioneira em certos aspectos do tema: ASÚA, Luis Jiménez de. **Tratado de derecho penal**, t. II: filosofía y ley penal. Buenos

Adolph Merkel atribuiu a uma série de fenômenos específicos a denominação de “casos de uma mera concorrência de leis”, atribuiu-lhes um principal geral de solução e os excluiu da regulação do concurso efetivo, seja material, seja formal (ideal), de crimes.

No concurso de leis, segundo Merkel, há uma pluralidade de leis nas qual é subsumível o mesmo delito, em consideração às mesmas características. Se um suporte fático se subsume a duas ou mais leis penais, o concurso aparente de leis ocorreria se uma ou mais dessas leis o abarcam completamente. O concurso formal, a seu turno, sucederia quando todas as leis fossem necessárias para abranger completamente tal suporte fático. A solução para os concursos de lei se daria sempre pelo princípio da especialidade (sistema monista), restando aplicável a lei geral em detrimento da especial. Nas palavras de Merkel, “verdadeiramente tem a preferência a [lei] que considere as circunstâncias de oneração e desoneração da maneira mais exaustiva”.¹³⁴

Merkel mantém a teoria no seu *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. O exemplo que traz está na prevalência da norma do § 206 frente a do § 211 do Código Penal do Império em caso de homicídio doloso em duelo. Esse mesmo Código determinava no § 73 que no concurso formal se deveria aplicar o princípio da absorção, de modo que prevaleciam as penas mais severas. Diferentemente do que se dava na regulamentação do concurso formal, Merkel defendia que nos casos de mera concorrência de leis, poderia prevalecer a lei mais suave, o que ocorria nesse próprio exemplo do duelo.¹³⁵

Fora da Alemanha, via-se em outros autores posteriores a Adolph Merkel a

Aires: Losada, 1950, p. 463 e 465. CASTELLÓ NICÁS, Nuria. **El concurso de normas penales**. Granada: Comares, 2000, p. 4 e 21. BARBOSA, Marcelo Fortes. **Concurso de normas penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 67. Cita “Die Lehre von Verbrechen und Strafe”, de 1912: STEVENSON, Oscar. Concurso aparente de normas penais. **Revista forense**, Rio de Janeiro, v. 62, n. 209, p. 26-34, jan./mar. 1965, p. 27. Não citam obra alguma de Merkel: LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal alemão**, v. I. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006, p. 392. CARVALHO FILHO, José Cândido de. **Concurso aparente de normas penais**. Rio de Janeiro: Revan, 2009, p. 51. HONIG, Richard. **Straflose Vor- und Nachtat**. Neudruck der Ausgabe Leipzig 1927. Aalen: Scientia, 1978, p. VI do prefácio. Aceita expressamente a lição de Honig: CORREIA, Eduardo Henriques da Silva. **A teoria do concurso em direito criminal**. Coimbra: Almedina, 1996, p. 129.

¹³⁴ MERKEL, Adolph. Die Strafanwendung durch den Richter. In: HOLTZENDORFF, Franz v. (Org.). **Handbuch des deutschen Strafrechts**, Band II. Die allgemeinen Lehren. Berlin: Carl Habel, 1871, p. 547-584, p. 574. Tradução livre de: “[...] zwar hat hier dasjenige den Vorzug, welches die belastenden und entlastenden Umstände in der erschöpfendsten Weise berücksichtigt.”

¹³⁵ MERKEL, Adolph. **Lehrbuch des deutschen Strafrechts**. Nachdruck der Ausgabe Stuttgart 1889. Goldbach: Keipe, 1996, p. 268-269.

ideia de que as penas de um crime poderiam absorver as de outros, desde que entre eles houvesse uma certa conexão, não necessariamente caracterizável como de especialidade.

Em Portugal, António Henrique Secco, no ano de 1876, trata da “acumulação de delictos”, que define como “coexistência de dois ou mais delictos, perpetrados por um mesmo agente, nenhum dos quaes foi ainda punido.”

A primeira das espécies na sua classificação era a “acumulação ideal ou moral”, que se passa quando um fato único, cometido pelo mesmo paciente, importa a violação de diversos deveres, isto é, a transgressão de uma pluralidade de leis. Segundo o autor português, nessa espécie de acumulação, um dos crimes necessariamente abarca o outro.

Todavia, isso pode deixar de ocorrer: é assim que o homicídio só excepcionalmente degenera em parricídio, apesar de o parricídio abranger sempre o homicídio. Se, porém, em lugar de dois, três forem os crimes, só um deles restaria absorvido, permanecendo aplicáveis os outros dois. O exemplo que traz é o estupro da cunhada casada, no qual o incesto e o adultério absorvem o estupro, mas devem ser aplicados. Nos casos de acumulação ideal ou moral, à míngua de outra determinação legal expressa, deveria se aplicar somente a pena do delito mais grave, podendo se agravar a pena “se a lei der margem a considerar a outra infracção como circunstancia agravante.”¹³⁶

Entretanto, a sistematização de quatro regras para a solução do concurso de normas, a alternatividade, a subsidiariedade, a especialidade e, finalmente, a consunção, deve-se a outro jurista alemão, Karl Binding, em uma sua obra do ano de 1885, o *Handbuch des Strafrechts* (Manual de direito penal).¹³⁷

Para Binding, o concurso de leis “se trata das regras para a escolha da lei de aplicação no caso concreto e essas regras são distintas para os distintos casos de concurso de leis.”¹³⁸ Dessarte, Karl Binding inaugurou o sistema pluralista de solução de concurso de leis,

¹³⁶ SECCO, António Luiz de Sousa Henriques. Theoria da acumulação ou pluralidade de delitos (primeira parte). *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, n. 420, p. 49-52, 1876, p. 49 e 51.

¹³⁷ No mesmo sentido, inclusive com menção aos méritos de Binding nessa empreitada: MATUS A., Jean Pierre. La teoría del concurso (aparente) de leyes en la dogmática alemana, desde sus orígenes hasta el presente (primera parte). *Ius et Praxis*, Talca, v. 6, n. 2, p. 295-371, 2000, p. 305-306. Disponível em: <<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=19760212>>. Acesso em: 08 jan. 2008. ESCUCHURI AISA, Estrella. *Teoría del concurso de leyes y de delitos*: bases para una revisión crítica. Granada: Comares, 2005, p. 208-210.

¹³⁸ BINDING, Karl. *Handbuch des Strafrechts*, Band I. Neudruck der Ausgabe Leipzig 1885. Aalen: Scientia, 1991, p. 333. Tradução livre de: “[...] handelt es sich um die Regeln für die Auswahl des im Einzelfall

para a qual indicou quatro regras, a especialidade, a alternatividade, a subsidiariedade e a consunção. Sobre a consunção, assentou que:

[...] existe quando um suporte fático e a pena de uma lei penal absorve parcialmente em si os de outra, a qual, por restar fora de aplicação, é consumida. [...] a consunção de uma ameaça penal por outra tem lugar portanto ou porque a pena consumidora vale para uma espécie mais ou menos claramente destacada da mesma classe de crimes ou porque a pena consumidora quer ser aplicável em um caso mais ou menos formado de pluralidade de delitos contrapostos a uma pluralidade de crimes, seja isto expressa ou tacitamente declarado, ou, finalmente, porque o legislador fixou desafortunadamente a relação de diferentes ameaças penais.¹³⁹

Em seguida, Karl Binding passa a elencar quatro casos em que normalmente se passaria a consunção.

O primeiro abrange as hipóteses em que as coações físicas constituem um meio regular para outros delitos, a exemplo do homicídio e das lesões corporais. Nesses casos, nenhum juiz aplicaria a regra do concurso formal, segundo ele, embora a coação não seja essencial a tais delitos. O motivo reside em que o legislador teria abrangido na pena do crime mais abrangente a do crime consumido, pela sua grande regularidade ou frequência. Essa mesma regularidade justifica casos que ele trata um tanto lateralmente, aí incluídos a consunção da violência material pelo delito de alta traição e da violência pelo de traição. Quanto a esses dois últimos casos, Binding enfatiza que seria incorreto extrair a partir desses casos de “determinação acidental pelo legislador” (*vereinzelter gesetzgeberischer Entschliessung*) uma regra geral.¹⁴⁰

O segundo corresponde à absorção das injúrias de fato (reais) por delitos como uma grande parte das lesões corporais, homicídio, coação e atentado ao pudor. As injúrias de fato perdem sua autonomia jurídica e passam a influir na medida da pena dos delitos consumidores. Da mesma forma, a ofensa de fato contra funcionário público se inclui na agressão contra príncipes ou na agressão para interromper celebrações religiosas do § 167

wirklich zur Anwendung kommenden Gesetzes, und diese Regeln sind für die verschiedenen Fälle der Gesetzeskonkurrenz ganz verschieden.”

¹³⁹ BINDING, Karl. **Handbuch des Strafrechts**, Band I. Neudruck der Ausgabe Leipzig 1885. Aalen: Scientia, 1991, p. 363-364. Tradução livre de: “Sie liegt vor, wenn ein Strafgesetz Tatbestand und Strafdrohung eines andern teilweise in sich aufnimmt und dieses insoweit ausser Anwendung stellt, also konsumiert. [...] Die Konsumtion einer Strafdrohung durch die andere findet entweder deshalb statt, weil die konsumierende Strafe einer mehr oder minder klar hervorgehobenen Unterart derselben Verbrechensart gilt, oder aber einen bald mehr bald minder ausgebildeten, bald ausdrücklich als solchen charakterisirten, bald stillschweigend als solchen angenommenen Fall der Deliktsmerheit im Gegensatz zur Verbrechensmerheit treffen will, oder endlich, weil der Gesetzgeber die Beziehung verschiedener Strafdrohungen unglücklich fixirt.”

¹⁴⁰ BINDING, Karl. **Handbuch des Strafrechts**, Band I. Neudruck der Ausgabe Leipzig 1885. Aalen: Scientia, 1991, p. 364-365.

do Código do Império. Já as injúrias propriamente ditas seriam abrangidas pelos crimes de propor a um homem honesto o cometimento de um crime ou de denúncia falsa.¹⁴¹

O terceiro grupo corresponde a casos de lesões corporais ou homicídios abrangidos por outros crimes, como agravantes, sempre que a pena desse último crime seja maior que a daqueles. Binding cita o exemplo da absorção do homicídio doloso e das lesões corporais pelo duelo como previsto no § 206 do Código Penal então vigente na Alemanha. Outra hipótese se trata da mutilação que torna outrem incapaz para o serviço militar (§ 142), que consome as lesões corporais.¹⁴²

O quarto e último inclui os casos em que “é extraordinariamente frequente a queda da pena pelo crime de dano em uma outra”.¹⁴³ O primeiro exemplo que Binding apresenta está no dano ínsito ao crime de violação de sigilo do § 299 do Código Penal do Império Alemão.¹⁴⁴ Outros exemplos de Binding são danos causados através de crimes de perigo comum, tais como incêndio e inundação, além dos danos inerentes à perturbação das comunicações telegráficas (do § 317 do Código do Império) e dos danos como meio de furto ou de roubo com arrombamento. No entanto, os danos que não sejam meio para o cometimento ou mero efeito dos outros delitos assinalados devem ser apenados juntamente com eles, já que apresentam relação de concurso de crimes.¹⁴⁵

Pontualmente, Binding apresenta outros casos de consunção, a do favorecimento pela prevaricação do § 336 do Código, a de crime semelhante ao cárcere privado do atual direito brasileiro pela execução indevida de pena do § 345 do mesmo

¹⁴¹ BINDING, Karl. **Handbuch des Strafrechts**, Band I. Neudruck der Ausgabe Leipzig 1885. Aalen: Scientia, 1991, p. 365.

¹⁴² BINDING, Karl. **Handbuch des Strafrechts**, Band I. Neudruck der Ausgabe Leipzig 1885. Aalen: Scientia, 1991, p. 365-368.

¹⁴³ BINDING, Karl. **Handbuch des Strafrechts**, Band I. Neudruck der Ausgabe Leipzig 1885. Aalen: Scientia, 1991, p. 368. Tradução livre de: “Ausserordentlich häufig ist der Untergang der Sachbeschädigungsstrafe in einer andern.”

¹⁴⁴ BINDING, Karl. **Handbuch des Strafrechts**, Band I. Neudruck der Ausgabe Leipzig 1885. Aalen: Scientia, 1991, p. 368-369. Ele ressalva, porém, a possibilidade de concurso formal se alguém intencional e simultaneamente abre uma carta alheia e rasga a fotografia que nela se encontra. O texto do citado parágrafo é: “Quem, intencionalmente e sem autorização, abre uma carta fechada ou outro documento fechado, que não é dirigido a seu conhecimento, será punido com pena de multa de até trezentos Marcos ou com prisão de até três meses. A persecução depende de representação.” Tradução livre de: “Wer einen verschlossenen Brief oder eine andere verschlossene Urkunde, die nicht zu seiner Kenntnißnahme bestimmt ist, vorsätzlich und unbefugter Weise eröffnet, wird mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark oder mit Gefängniß bis zu drei Monaten bestraft. Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.”

¹⁴⁵ BINDING, Karl. **Handbuch des Strafrechts**, Band I. Neudruck der Ausgabe Leipzig 1885. Aalen: Scientia, 1991, p. 369.

diploma legal e a de crimes similares à resistência ou desobediência pela do motim (§§ 113 e 122 do Código).¹⁴⁶

Em obras posteriores, Binding apenas explica por outras formas a mesma teoria que expõe no manual. No primeiro volume do seu *Die Normen und ihre Übertretung*, e nos *Grundriss des deutschen Strafrechts* (“Fundamentos de direito penal alemão”) resume seu pensamento sobre a alternatividade e a subsidiariedade.¹⁴⁷ Curiosamente, Binding não trata da consunção e da especialidade nos “Fundamentos de direito penal alemão”. Nada nessa obra, porém, indica que ele tenha alterado sua teoria sobre a consunção.

A insistência nos exemplos fornecidos por Karl Binding tem razão de ser, qual seja, mostrar como o surgimento da doutrina da consunção se liga a uma concepção ainda liberal e individualista de bem jurídico e de direito penal, que se detalha melhor a seguir. De toda sorte, não se pode negar que ele fixou dessa forma as bases em que até hoje a doutrina trata do concurso de normas, inclusive da consunção.

2.2 O contexto social e jurídico desses antecedentes

Quando do surgimento das teorias de Adolph Merkel e de Karl Binding sobre o concurso aparente de normas penais e a consunção, predominava a cosmovisão moderna, que era positivista e racionalista. Além disso, desde o começo da Idade Moderna, a burguesia¹⁴⁸, em contraposição à nobreza, defendia um discurso sobre a igualdade e o direito natural de todos.¹⁴⁹

No campo do direito, como reflexo desse positivismo e sobretudo pela necessidade da burguesia liberal agora dominante de segurança e previsibilidade na aferição

¹⁴⁶ BINDING, Karl. **Handbuch des Strafrechts**, Band I. Neudruck der Ausgabe Leipzig 1885. Aalen: Scientia, 1991, p. 369.

¹⁴⁷ BINDING, Karl. **Grundriss des deutschen Strafrechts**: Allgemeiner Teil. 6. ed. Leipzig: Wilhelm Engelmann, 1902, p. 72-73.

¹⁴⁸ Entendida mais amplamente como classe que protagonizou a secularização cultural e a busca de certos ideais liberais do que no sentido de classe capitalista, a exemplo de: SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça**. Rio de Janeiro: Atlântica, 2005, p. 117.

¹⁴⁹ SLOTERDIJK, Peter. **O desprezo das massas**: ensaio sobre lutas culturais na sociedade moderna. Trad. Cláudia Cavalcanti. São Paulo: Estação Liberdade, 2002, p. 87.

de direitos subjetivos, alçou-se a lei (entendida em sentido amplo) ao primeiro plano.¹⁵⁰

Uma primeira formulação de direito subjetivo encontra Michel Villey em Thomas Hobbes. No estado de natureza pré-social e sua guerra de todos contra todos, onde cada um busca satisfazer seus próprios instintos e apetites, resta ao indivíduo o direito que cada um recebeu da natureza de assegurar por todos os meios sua conservação, sua segurança, suas necessidades. Esse direito não encontra limites, segundo a fórmula *jus omnium in omnia*. Consoante Michel Villey, essa liberdade se cuida de um poder, um direito subjetivo, um *jus*, contraposto por Hobbes a *lex*, obrigação, regra que limita e traz precisão às liberdades.¹⁵¹

O aludido positivismo (jurídico) e positivação do direito não são fenômenos correlatos e nem contemporâneos. A positivação do direito começou basicamente no século XIX, no qual ganhou os principais contornos teóricos.¹⁵² Até os dias de hoje, a positivação do direito permanece como seu traço mais característico. Direito positivo se cuida do que somente vale e se revoga em virtude de uma decisão. O legalismo do século XIX reduziu à lei o direito, entendendo-o como norma posta pelo legislador.¹⁵³

O positivismo legalista é, no entanto, apenas uma das formas de positivismo. O legalismo se relaciona com a estrutura do Estado liberal ocidental por ter este pretendido ser um Estado de Direito e por isso que nele se deu a positivação da regra de direito. Nelson Saldanha mostra que o legalismo, ao menos de certo modo, funcionava como uma máscara do estatismo, para se adaptar ao antiestatismo ínsito ao liberalismo. Consagrada essa máscara, a presença do Estado se limitava ao direito, que, paradoxalmente, contudo, tornava-se onipresente. Fortalecido na política o Estado, fortaleceu-se no direito a lei. A lei, por sua vez, legitimava o Estado, visto como uma soberania popular no governo. Ainda o mesmo jurista ensina que a identificação da razão natural e da razão criadora de leis, fruto da revolução francesa, permitiu que o liberalismo se amoldasse ao modelo legalista de controle social através de normas.¹⁵⁴ Nesse mesmo contexto, resultante da racionalidade moderno-

¹⁵⁰ MAIA, Alexandre da. O embasamento epistemológico como legitimação do conhecimento e da formação da lei na modernidade: uma leitura a partir de Descartes. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 13-37, 2006, p. 30.

¹⁵¹ VILLEY, Michel. **Leçons d'histoire de la philosophie du droit**. 2. ed. Paris: Dalloz, 2002, p. 246-248.

¹⁵² Juntamente com a concepção do direito como sistema, a positivação permitiu o tratamento dito “científico” do problema do conflito de normas. DINIZ, Maria Helena. **Conflito de normas**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 6.

¹⁵³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980, p. 41.

¹⁵⁴ SALDANHA, Nelson. **Legalismo e ciência do direito**. São Paulo: Atlas, 1977, p. 57.

iluminista, insere-se o movimento da codificação.¹⁵⁵

Demais disso, a consagração legal da igualdade formal, da liberdade individual e do direito de propriedade criaram o arcabouço necessário para o florescimento e desenvolvimento do regime capitalista.¹⁵⁶

O renascimento, a reforma e a recepção do direito romano desligaram o homem individual da comunidade e fizeram desse homem individual e movido pelo interesse o ponto de partida do direito. A imagem típica de tal homem se corporifica no comerciante, impulsionado pelo cálculo e pelo afã de lucro. À época e desde então, o direito considera todo homem como um comerciante, mesmo ao trabalhador, que vende a mercadoria força de trabalho.¹⁵⁷ O interesse aludido é o interesse privado, para cuja satisfação, nas condições da sociedade capitalista, o sujeito é levado ao isolamento.¹⁵⁸

Novamente Nelson Saldanha quem aclara a relação entre o legalismo, o individualismo e o surgimento do moderno conceito de direito subjetivo. A distinção entre o direito subjetivo e o objetivo se construiu fulcrada na existência de relações entre o valor geral e abstrato da lei com as faculdades e pretensões do indivíduo (oriundos também do problema da participação de cada qual na vontade geral). Resguardaram-se, simultaneamente, dessa maneira, o valor do indivíduo e da sua individualidade, com suas potencialidades e vontades declaráveis, e o valor da lei, condição para a manifestação e atuação das declarações de vontade.¹⁵⁹

Sucede que, um tanto paradoxalmente, no sistema capitalista, o indivíduo resguardado era, na verdade, um indivíduo padrão, generalizado.¹⁶⁰ Esse indivíduo era, pois,

¹⁵⁵ SIMÕES, Pedro Coelho. A supra-individualidade como factor de superação da razão moderna. In: COSTA, José de Faria (Coord.). **Temas de direito penal económico**. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 285-308, p. 290.

¹⁵⁶ SARMENTO, Daniel. Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social – (pós-modernidade constitucional?). In: SAMPAIO, José Adércio Leite. (Org.). **Crise e desafios da constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 375-414, p. 382.

¹⁵⁷ RADBRUCH, Gustav. El hombre en el derecho. In: RADBRUCH, Gustav. **El hombre en el derecho: Conferencias y artículos seleccionados sobre cuestiones fundamentales del derecho**. Trad. Aníbal del Campo. Buenos Aires: Depalma, 1980, p. 17-31, p. 19.

¹⁵⁸ JAKOBS, Günther. **Ciência do direito e ciência do direito penal**. Trad. Maurício Antônio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003, p. 26.

¹⁵⁹ SALDANHA, Nelson. **Legalismo e ciência do direito**. São Paulo: Atlas, 1977, p. 110.

¹⁶⁰ SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça**. Rio de Janeiro: Atlântica, 2005, p. 66. (sem grifos no original) “Aquilo que os românticos (sem aludirem depois ao chamado fator económico) designavam como 'burguês', constituía na verdade uma alusão ao prosaísmo do homem **devidamente ajustado** (horário, afetos, obrigações) [...]”.

violentamente assujeitado, na conformidade dos desejos da burguesia agora no poder. Dita violência se exercia pela lei e nela se dissimulava.

Não é por acaso (embora não seja de se pensar, um tanto ingenuamente, em uma relação de causa e efeito ou, de maneira maniqueísta, em uma doutrina de exclusiva proteção dos economicamente poderosos¹⁶¹) que, nesse contexto, o jurista alemão Anselm von Feuerbach, em 1801, dotou a regra da legalidade penal da sua fórmula jurídica, com base na sua teoria da coação psicológica.¹⁶²

Tal teoria parte de homens egoístas e racionais, que, sem nenhuma carga de caráter instintivo ou consciencial, deixam de lado o cálculo das consequências de seus crimes e seguem somente seus próprios interesses.¹⁶³

O mesmo Feuerbach defendia que o bem jurídico (na denominação de hoje, porquanto ele não se utilizou do termo) tutelado pelas normas penais eram exatamente os direitos subjetivos do cidadão ou do próprio Estado.¹⁶⁴

Feuerbach se ancorou na ideia, muito em voga no início da modernidade, de contrato social¹⁶⁵ para passar a entender que o delito lesava ou punha em perigo um direito

¹⁶¹ Até pelo fato de o liberalismo não se confundir com suas “implicações” capitalistas e nem com a livre concorrência econômica. A respeito: SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça**. Rio de Janeiro: Atlântica, 2005, p. 115.

¹⁶² BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao direito penal**: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 36.

¹⁶³ RADBRUCH, Gustav. El hombre en el derecho. In: RADBRUCH, Gustav. **El hombre en el derecho**: Conferencias y artículos seleccionados sobre cuestiones fundamentales del derecho. Trad. Aníbal del Campo. Buenos Aires: Depalma, 1980, p. 17-31, p. 22.

¹⁶⁴ “De nossa dedução resulta o seguinte princípio supremo do direito penal: toda pena legalmente cominada no Estado é a consequência jurídica de uma lei baseada na necessidade de preservação dos direitos alheios e que ameaça a violação de um direito com um mal sensível.” FEUERBACH, Paul Johann Anselm. **Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts**. 5. ed. Gießen: Georg Friedrich Heyer, 1812, p. 21-22. Tradução livre de: “Aus unserer Deduction ergibt sich folgendes höchste Princip des peinlichen Rechts: Jede rechtliche Strafe im Staat ist die rechtliche Folge eines, durch die Nothwendigkeit der Erhaltung äusserer Recht begründeten, und eine Rechtsverletzung, mit einem sinnlichen Uebel bedrohenden, Gesetzes.” No mesmo sentido: ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em direito penal**: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 43.

¹⁶⁵ “Quem viola a liberdade garantida pelo contrato entre os cidadão e protegida pelas leis penais comete um crime. Este, em sentido amplo é, assim, *a lesão sancionada por uma lei penal*, ou *uma ação ameaçada pela lei e que contraria o direito alheio*.” FEUERBACH, Paul Johann Anselm. **Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts**. 5. ed. Gießen: Georg Friedrich Heyer, 1812, p. 23. Tradução livre de: “Wer die durch den Bürgervertrag garantierte und durch Strafgesetze gesicherte Freyheit verletzt, begeht ein Verbrechen. Dieses im weitesten Sinn, ist daher, *eine unter einem Strafgesetz enthaltene Läsion*, oder, *eine durch Strafgesetz bedrohte, dem Recht eines andern widersprechend Handlung*.” (itálicos no original). “Este aparece, já não como pacto histórico homologador da convivência político-comunitária, mas, na verdade, como acordo racional de vontades individuais, livres e anteriores à sociedade político-civil, reconstruindo a sociedade mediante uma sua deliberada organização política.”. SIMÕES, Pedro Coelho. A supra-

subjetivo e não um dever perante o Estado. Mais especificamente, envolvia a conduta criminosa o direito individual do ofendido de poder exercer sua liberdade frente à ação de outrem, donde se depreende que pressupunha tal concepção uma igualdade de direitos de liberdade entre autor e vítima. Com essa teoria, Feuerbach a um só tempo limitava o campo de incriminação em detrimento do arbítrio estatal e defendia o direito subjetivo do dano social do crime.¹⁶⁶

Essa era a missão declarada do direito penal iluminista e liberal¹⁶⁷: a defesa dos diversos aspectos e pressupostos da propriedade privada e da apropriação da força de trabalho. Ao lado dela, tinha-se uma missão oculta, de dominação pela burguesia das classes a ela subordinadas, até hoje presente.¹⁶⁸

E, Karl Binding, para além de um penalista positivista e dogmático, pode-se considerar um jurista liberal, por tentar estabelecer com pretensão de cientificidade as garantias do cidadão contra o Estado.¹⁶⁹

Por outro lado, não há de se ver o direito penal liberal, em uma visão prenhes de um materialismo histórico um tanto ingênuo, como mera superestrutura resultante das

individualidade como factor de superação da razão moderna. In: COSTA, José de Faria (Coord.). **Temas de direito penal económico**. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 285-308, p. 293. Zaffaroni afirma que a teoria de Feuerbach serviu para os seguintes propósitos da burguesia alemã então ascendente: a) trazer feição contratualista, para questionar a hegemonia senhorial; b) admitir o direito de resistência contra a opressão; c) conceber o crime como ação livre, de modo que os marginalizados pudessem ser controlados socialmente sem qualquer atenuante decorrente de sua condição; d) permitir disciplinar os pobres. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Criminología**: aproximación desde un margen. Bogotá: Temis, 2003, p. 118-119.

¹⁶⁶ “Independentemente do exercício de um ato de governo ou de declaração do Estado, há direitos (dos súditos do Estado ou do próprio Estado). Estes, assegurados pelas leis penais, baseiam o conceito de crime em sentido estrito [...]” FEUERBACH, Paul Johann Anselm. **Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts**. 5. ed. Gießen: Georg Friedrich Heyer, 1812, p. 23. Tradução livre de: “Unabhängig von der Ausübung eines Regierungsacts und der Erklärung des Staats, giebt es Rechte (der Unterthanen im Staat oder des Staats selbst). Diese durch Strafgesetze gesicherte, begründen den Begriff eines Verbrechens im engem Sinne [...]” (grifos no original). TAVARES, Juarez E.X. **Bien Jurídico y Función en Derecho Penal**. Trad. Monica Cunarro. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 18. SIMÕES, Pedro Coelho. A supra-individualidade como factor de superação da razão moderna. In: COSTA, José de Faria (Coord.). **Temas de direito penal económico**. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 285-308, p. 300-301. DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: Parte Geral, t. 1. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 115. ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em direito penal**: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 43 e seguintes.

¹⁶⁷ Para a distinção entre direito penal liberal e direito penal do Estado de Direito: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 316-317

¹⁶⁸ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **Razão e sensibilidade**: fundamentos do direito penal moderno. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 147-148.

¹⁶⁹ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Leis penais em branco e o direito penal do risco**: aspectos críticos e fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2004, p. 22-23.

relações ou da vontade da classe dominante.

De toda sorte, esse mundo iluminista, liberal, secularizado, no qual prevalecia uma convicção no controle da natureza e no progresso humano, em decorrência do progresso, trouxe um novo espaço de experiência para o indivíduo que então surgia.

O Estado liberal, pois, emergiu na Idade Moderna ligado a um horizonte de expectativas de proteção de direitos subjetivos os quais posteriormente se convencionou denominar de direitos fundamentais de primeira geração, isto é, direitos públicos subjetivos oponíveis somente ao e contra o Estado e previstos fundamentalmente na Constituição e no Código Civil.

Sobre as categoria meta-históricas de espaço de experiência e de horizonte de expectativas, cabem algumas palavras, baseadas no historiador alemão Reinhart Koselleck.¹⁷⁰

O espaço de experiência se trata do passado atual, no qual se incorporam acontecimentos de lembrança possível. Nele, fundem-se elementos racionais e inconscientes de comportamento, além de experiências alheias conhecidas.

O horizonte de expectativas, por sua vez, volta-se para o futuro presente, para um tempo somente previsível. Compõem-no a esperança, o medo, o desejo, a análise racional, entre outros elementos. É como uma linha por trás da qual se abrirá futuramente um novo espaço de experiência.

Esses conceitos se relacionam, sem serem simétricos complementares. A expectativa nunca se deduz totalmente da experiência, tanto quanto o passado e o futuro nunca coincidem. Da tensão entre eles, entrelaçando passado e futuro de maneira mutável, não estática, que suscita novas soluções (o rompimento do horizonte de expectativas cria um novo espaço de experiência), é dedutível o tempo histórico.

A respeito do direito penal, sempre umbilicalmente ligado à feição do Estado e um de seus mais importantes e violentes instrumentos de controle social, tal qual se verá em mais detalhes mais abaixo, não se passou diversamente: a mudança do espaço de

¹⁷⁰ KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado**: contribuição à semântica dos tempos históricos. Trad. Wilma Patrícia Maas; Carlos Almeida Pereira. Rio de Janeiro: Contraponto/PUC-Rio, 2006, p. 309-314.

experiência alterou o horizonte de expectativas.

Efetivamente, todo o contexto no qual se desenvolveram as primeiras teorizações completas sobre o concurso de normas incriminadoras já passou; devem, pois, alteradas as expectativas de futuro, mudar as soluções.

2.3 O pano de fundo atual: em especial a questão dos novos riscos e suas decorrências

O Estado liberal criou uma situação de exclusão que atraiu diversas críticas e gerou várias crises. Com as críticas, principalmente do marxismo, do socialismo utópico e da doutrina social da Igreja Católica, e as ditas crises do Estado liberal, ganhou força a ideia de intervencionismo estatal, uma vez demonstrada a insuficiência da previsão em textos jurídicos dos direitos de liberdade de primeira geração.

A crise do Estado liberal (e a do liberalismo) acompanharam - como causa - a crise do legalismo. Os princípios jurídicos passam a exercer nova e relevante função. As novas constituições, especialmente na segunda metade do século XX, dão ênfase a um predomínio axiológico dos princípios, que se tornam base dos sistemas jurídico-constitucionais.¹⁷¹

Assim, a partir do início do século XX, mas sobretudo após a segunda guerra mundial, cresceu a noção de Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*). Com efeito, em 1948, promulgou-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), documento no qual se plasmou um determinado projeto de Estado, exatamente o dito de Bem-Estar Social.

Buscou-se implementar, sobretudo nas democracias capitalistas da Europa ocidental, tal modelo de Estado, caracterizado por uma mescla de ideias do liberalismo clássico e de justiça social, isto é, de capitalismo com socialismo. As missões do Estado se alargam: deixam de consistir na mera sobrevivência dos cidadãos e incluem a garantia de uma

¹⁷¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 237.

certa qualidade de vida. Tratava-se, em suma, na feliz expressão de François Ost, de substituir a mão invisível do mercado pela mão bem visível da providência estatal.¹⁷²

Nessa nova feição de Estado, agora propulsor (dirigente, intervencionista, desenvolvedor ou gestor) positivam-se direitos subjetivos sociais e econômicos, a exemplo dos direitos fundamentais das chamadas segunda e terceira gerações.¹⁷³

Falava-se então de uma mudança estrutural de todo o pensamento jurídico. Surge um novo conceito de homem, não mais o carente de individualidade e isolado, mas o homem concreto e socializado. Socializa-se o direito e o direito social se funda sobre a ideia de igualação, contrariamente ao direito individualista, cujas bases residem na igualdade.¹⁷⁴ Impunha-se agora a transformação individual e social pelo direito.

Hoje, fala-se em crise da modernidade, que teria falhado na consecução de seus objetivos, do próprio Estado de Bem-Estar Social¹⁷⁵ e no advento de uma era pós-moderna.

A pós-modernidade na ciência teria se iniciado quando da utilização da bomba atômica na segunda guerra mundial, evento que aguçou a dúvida a respeito do efetivo controle humano sobre os resultados da ciência e da sua própria sobrevivência. Caracteriza-se, nessa esteira, pela substituição de uma razão de certeza do iluminismo e da modernidade por uma razão de probabilidades.¹⁷⁶

De fora parte as discussões que a correção do termo “pós-modernidade”, da ideia de uma nova época e de sua aplicação ao contexto de países como o Brasil possam suscitar, o certo é que também aqui, já de algumas décadas, pode-se vislumbrar uma série de

¹⁷² OST, François. **Le temps du droit**. Paris: Odile Jacob, 1999, p. 265-266.

¹⁷³ Embora já se encontrassem o direito ao trabalho e o direito à educação na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1793 (não na de 1789). As denominações da nova feição de Estado se encontram em: OST, François. **Le temps du droit**. Paris: Odile Jacob, 1999, p. 266. A respeito da transição e do surgimento do conceito de Estado Social de Direito: GRACIA MARTÍN, Luis. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência**. Trad. Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 143-145.

¹⁷⁴ RADBRUCH, Gustav. Del derecho individualista al social. In: RADBRUCH, Gustav. **El hombre en el derecho**: Conferencias y artículos seleccionados sobre cuestiones fundamentales del derecho. Trad. Aníbal del Campo. Buenos Aires: Depalma, 1980, p. 45-60, p. 49.

¹⁷⁵ SIMÕES, Pedro Coelho. A supra-individualidade como factor de superação da razão moderna. In: COSTA, José de Faria (Coord.). **Temas de direito penal económico**. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 285-308, p. 298.

¹⁷⁶ SOUTO, Cláudio. Modernidade e pós-modernidade científicas quanto ao direito. **Anuário do Mestrado em Direito**, Recife, n. 6., p. 39-78, 1993, p. 39 e 44-45.

câmbio de paradigmas com repercussões no âmbito do direito (penal).

Uma das principais mudanças, deveras importante, aqui também verificada, trata-se do advento da chamada sociedade de risco, decorrente de alguns dos avanços tecnológicos e científicos.

O sociólogo alemão Ulrich Beck, que usou pela primeira vez a expressão sociedade de risco, mostra que, atualmente, os riscos são irreais, no sentido de que podem ou não ocorrer no futuro. “O centro da consciência do risco não está no presente, mas *no futuro*. Na sociedade de risco perde o passado a força de determinação para o presente. No seu lugar, entra o futuro [...]”.¹⁷⁷ Muda-se o próprio horizonte de expectativas, em uma nova forma de sociedade, com - na expressão de Figueiredo Dias - uma “ruptura epocal” e um “choque antropológico brutal”.¹⁷⁸ Na expressão de outro autor português, o risco se torna “característica eidética” da nova sociedade.¹⁷⁹

Decerto que não há novidade na afirmação de que o ser humano corre riscos, percebidos inclusive por diversos penalistas ao longo da história¹⁸⁰: defende-se aqui somente uma mudança nas características dos riscos e na maneira pela qual a sociedade e seus mecanismos jurídicos os encara.

Até a Revolução Industrial do século XVIII, que se irradiou sobretudo a partir da Inglaterra, encarava-se o perigo como algo externo à comunidade. Vinha de fora, inclusive de forças da natureza e por isso levava a um ensimesmamento da comunidade e à

¹⁷⁷ BECK, Ulrich. **Risikogesellschaft**: auf dem Weg in eine andere Moderne. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986, p. 44. Tradução livre de: “Das Zentrum des Risikobewußtseins liegt nicht in der Gegenwart, sondern *in der Zukunft*. In der Risikogesellschaft verliert die Vergangenheit die Determinationskraft für die Gegenwart. An ihre Stelle tritt die Zukunft [...]” (grifos no original)

¹⁷⁸ Na expressão de: DIAS, Jorge de Figueiredo. O papel do direito penal na protecção das gerações futuras. In: RODRIGUES, Anabela Miranda *et al.* **Direito Penal Económico e Europeu**: textos doutrinários, v. III. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 603-614, p. 603.

¹⁷⁹ SIMÕES, Pedro Coelho. A supra-individualidade como factor de superação da razão moderna. In: COSTA, José de Faria (Coord.). **Temas de direito penal económico**. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 285-308, p. 296.

¹⁸⁰ Prittwitz alude mesmo a uma primeira geração de autores do direito penal do risco, que já no começo da década de 80 tinham a criação ou o aumento do risco entre suas preocupações, tais como Jürgen Wolter, Wolfgang Frisch, Urs Kindhäuser e Dietrich Kratzsch. PRITTWITZ, Cornelius. **Strafrecht und Risiko**: Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft. Vittorio Klostermann: Frankfurt am Main, 1993, p. 30-32. SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Leis penais em branco e o direito penal do risco**: aspectos críticos e fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2004, p. 87. Do mesmo autor: Aspectos críticos do direito penal na sociedade do risco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 12, n. 46, p. 73-93, jan./fev. 2004, p. 75. Também sobre a existência de riscos em todas as atividades humanas e em todos os tempos: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 32-33.

consequente ausência de valoração dos perigos causados dentro dela mesma.¹⁸¹

Aqui, interessam mais de perto épocas recentes da história do risco, que se passa a analisar, na esteira do citado doutrinador François Ost, que a separa em três fases distintas.

A primeira delas corresponde à sociedade liberal do século XIX, na qual se tem o risco por um acidente, exterior e imprevisto, individual e frequente. Nessa sociedade, busca-se resguardar dos riscos através da previdência, “virtude burguesa por excelência”, pela subscrição de um seguro individual. Causado o dano, intervém o mecanismo compensatório e individual da responsabilidade civil.

Uma segunda fase se inicia com a noção de prevenção, uma atitude coletiva, racional e voluntarista dirigida à redução da probabilidade de ocorrência e da gravidade do risco. O risco se torna, pois, na concepção da sociedade, objetivável e mensurável, através de cálculos probabilísticos. Cuida-se da época do surgimento das bases do Estado Social e de algumas concretizações das ideias de prevenção: de doenças, com as descobertas de Pasteur; de acidentes, com as ciências da segurança; de miséria, com os seguros sociais. Passa-se a reconhecer o direito social à seguridade e a responsabilidade civil objetiva.

A atual fase é a do risco enorme, catastrófico, global, irreversível imprevisível ou pouco previsível e capaz de atravessar gerações. À diferença dos riscos e perigos da Idade Média, os de hoje têm causas modernas e ameaçam globalmente. “São riscos da modernização. São um produto global da maquinaria do progresso industrial e são aumentados sistematicamente com seu desenvolvimento posterior.”¹⁸²

Essa incerteza sobre os riscos se espalha pelos saberes e pelos poderes

¹⁸¹ COSTA, José Francisco de Faria. **O perigo em direito penal**: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra, 1992, p. 321-323. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 33.

¹⁸² BECK, Ulrich. **Risikogesellschaft**: auf dem Weg in eine andere Moderne. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986, p. 28-29. Tradução livre de: “Es sind *Modernisierungsrisiken*. Sie sind *pauschales Produkt* der industriellen Fortschrittsmaschinerie und werden *systematisch* mit deren Weiterentwicklung verschärft.”. (grifos no original). “No sentido de uma teoria social e de um diagnóstico de cultura, o conceito de sociedade de risco designa um estágio da modernidade em que começam a tomar corpo as ameaças produzidas até então no caminho da sociedade industrial.” BECK, Ulrich. A reinvenção da política. In: GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 1997, p. 11-71, p. 17.

humanos e traz novos desafios. O risco é agora visto como um efeito secundário das próprias decisões humanas (a sociedade põe a si mesma em perigo) e sua aceitabilidade consequência dos modelos científicos e julgamentos normativos. Tal risco torna a “revisibilidade das escolhas” o novo imperativo categórico e altera a própria capacidade de domínio sobre o porvir.¹⁸³

Mudam não só os riscos mas também o conhecimento e a percepção da sociedade sobre os riscos. A maioria da população se põe antes na condição de vítima que de autor potencial.¹⁸⁴

No que importa para fins do presente trabalho, pode-se então apontar entre as principais características da sociedade de risco, fruto do desenvolvimento posterior à Revolução Industrial, o largo alcance temporal e espacial, o chamado efeito bumerangue, o ser uma consequência de atividades humanas e a dificuldade no estabelecimento de nexos causais. Ulrich Beck aponta outras características de algumas das sociedades contemporâneas, como a mudança dos papéis de homens e mulheres nas famílias, que não interessam ao presente trabalho.¹⁸⁵ Necessários alguns esclarecimentos prévios a respeito dos caracteres dos riscos relevantes para o direito penal.

O largo alcance dos efeitos dos riscos se fez perceber em diversos eventos do século XX, como a explosão da usina nuclear de Chernobyl, na Ucrânia, em 1986, os danos na camada de ozônio, a encefalopatia espongiforme bovina (“doença das vacas loucas”)

¹⁸³ OST, François. **Le temps du droit**. Paris: Odile Jacob, 1999, p. 270-272. Cita François Ost a respeito: SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2004, p. 87-89. Semelhantemente quanto às fases do risco, embora com a inclusão na primeira fase dos riscos da própria atividade estatal: NAVARRO PRIETO, Evaristo. Sobre los límites y posibilidades de la respuesta jurídica al riesgo. In: DA AGRA, Cândido *et al* (Orgs.) **La seguridad en la sociedad del riesgo: un debate abierto**. Barcelona: Atelier, 2003, p. 27-46, p. 37-38. BRAGA, Pedro. A sociedade de risco e o direito penal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 42, n. 168, p. 155-166, out./dez. 2005, p. 156. BECK, Ulrich. D'une théorie critique de la société vers la théorie d'une autocritique sociale. **Déviance et Société**, Liège, v. 18, n. 3. p. 333-344, sept. 1994, p. 333-335. Especificamente sobre a autocolocação da sociedade em risco e as distinções dos riscos atuais relativamente aos de outras épocas: MENDOZA BUERGO, Blanca. Gestión del riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad del riesgo. In: DA AGRA, Cândido *et al* (Orgs.) **La seguridad en la sociedad del riesgo: un debate abierto**. Barcelona: Atelier, 2003, p. 67-89, p. 71 e 77-78.

¹⁸⁴ PRITTWITZ, Cornelius. **Strafrecht und Risiko: Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft**. Vittorio Klostermann: Frankfurt am Main, 1993, p. 318. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La Expansión del Derecho Penal: Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales**. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2006, p. 52-53.

¹⁸⁵ BECK, Ulrich. **Risikogesellschaft: auf dem Weg in eine andere Moderne**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986, p. 161-174. BECK, Ulrich. D'une théorie critique de la société vers la théorie d'une autocritique sociale. **Déviance et Société**, Liège, v. 18, n. 3. p. 333-344, sept. 1994, p. 334.

e um enorme número de outros casos de poluição químicas, de produtos cujos danos se conheceu muito depois (exemplo da talidomida). Os efeitos dos riscos, na expressão de Paulo Fernandes, repercutem “transgeracionalmente” e “transnacionalmente”, daí a alusão à ubiquidade e “glocalidade” (globalidade e localidade). Os riscos viajam com o vento e com a água, inclusive no mais necessário para a vida, como o ar, o alimento, a roupa, os móveis. A aldeia global se torna pequena para os riscos, inclusive os advindos da criminalidade. Pela primeira vez na história, o homem pode destruir a sua própria espécie. Tem-se uma noção da possibilidade do dano absoluto.¹⁸⁶

O chamado efeito bumerangue, efeito de retorno ou caráter reflexivo dos riscos significa o fim de fronteiras entre agentes e vítimas, sem hierarquias entre classes, nações ou seres humanos. Todos se submetem a riscos inclusive por si próprios causados. Isso se compreende mais claramente quando se pensa na possibilidade que têm alguns países de destruir o mundo, inclusive a si próprios, com seu arsenal nuclear. Não se extinguíram, por óbvio, especialmente no Brasil, as diferenças entre as classes sociais. Mas, os riscos enfrentados por ricos e pobres se diferenciam, quando muito, apenas em grau: todos se expõem à degradação do ambiente, por exemplo.¹⁸⁷

Em consequência, deixa de existir a contraposição entre natureza e sociedade. Uma tem de se pensar necessariamente ao lado da outra e a destruição da natureza

¹⁸⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 36-37. BECK, Ulrich. **Risikogesellschaft: auf dem Weg in eine andere Moderne**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986, p. 07-11. FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 60-63. COSTA, José Francisco de Faria. **O perigo em direito penal: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas**. Coimbra: Coimbra, 1992, p. 357. SIMÕES, Pedro Coelho. A supra-individualidade como factor de superação da razão moderna. In: COSTA, José de Faria (Coord.). **Temas de direito penal económico**. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 285-308, p. 297.

¹⁸⁷ BECK, Ulrich. **Risikogesellschaft: auf dem Weg in eine andere Moderne**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986, p. 48-50. FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 68-69. GRACIA MARTÍN, Luis. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência**. Trad. Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 49. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 39. SIMÕES, Pedro Coelho. A supra-individualidade como factor de superação da razão moderna. In: COSTA, José de Faria (Coord.). **Temas de direito penal económico**. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 285-308, p. 297. A nomenclatura “efeito de retorno” se encontra em: COSTA, José Francisco de Faria. **O perigo em direito penal: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas**. Coimbra: Coimbra, 1992, p. 334. Na sua formulação: “É evidente que, em abstracto, as ofensas ou lesões ao meio ambiente equilibrado, ao interesse do consumidor, à preservação do património, afectam toda a comunidade, afectam todos os seus membros em particular. Donde o próprio agente da infracção, repete-se em formulação hipotética, ser ele também vítima, mediata ou imediata, do seu acto. O efeito de retorno é uma realidade que ninguém pode contestar.”

se torna um componente da dinâmica social, econômica e política.¹⁸⁸

Muito ligada às anteriores, outra das características aqui relevantes consiste no ser o risco agora encarado como uma consequência das atividades humanas, por vezes independentes da intenção do agente. A sociedade e seus membros causam riscos, mesmo inconscientemente: isso é um “lado obscuro do progresso”. Não mais os riscos externos à sociedade que causam temor. Daí, surge a necessidade de gerir os riscos, o que o torna um referencial político. Em outro sentido, o risco tem origem humana: os seres humanos que os sentem e que os definem como suportáveis ou insuportáveis. E, dado que isso envolve necessariamente considerações técnicas, desenha-se o panorama do que Ulrich Beck qualificou de “autoritarismo científico-burocrático” ou “tendência a um totalitarismo legítimo na defesa contra os perigos”, questões desafiadoras e inéditas para a democracia.¹⁸⁹

A dificuldade no estabelecimento de nexos causais entre um evento e a ação humana se trata do último caráter a enfatizar. Paradoxalmente, a descoberta ou invenção de atividades gera uma explosão de desconhecimento. Não se sabem verdadeiramente as consequências de uma série de processos industriais, econômicos, etc. Por outro lado, muitos dos outrora casos fortuitos se concebem hoje como fruto de decisões humanas. Silva Sánchez mostra que o acaso se tornou injusto, dentro de uma “tendência irrefreável a contemplar a catástrofe como delito” e de expansão da imputação mesmo se não há um responsável.¹⁹⁰

Frise-se que a realidade social se mostra bastante complexa e irreduzível no seu todo a rótulos como o da sociedade de risco. Cuida-se, efetivamente, a sociedade de risco apenas de um dos modelos sociológicos possíveis para a compreensão de alguns fenômenos

¹⁸⁸ BECK, Ulrich. **Risikogesellschaft**: auf dem Weg in eine andere Moderne. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986, p. 108-112. SIMÕES, Pedro Coelho. A supra-individualidade como factor de superação da razão moderna. In: COSTA, José de Faria (Coord.). **Temas de direito penal económico**. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 285-308, p. 297.

¹⁸⁹ BECK, Ulrich. **Risikogesellschaft**: auf dem Weg in eine andere Moderne. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986, p. 102-106 e 300 e seguintes. BECK, Ulrich. D'une théorie critique de la société vers la théorie d'une autocritique sociale. **Déviance et Société**, Liège, v. 18, n. 3. p. 333-344, sept. 1994, p. 342-343. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 35-36. FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 48-49.

¹⁹⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La Expansión del Derecho Penal**: Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2006, p. 38-41. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 37-38. SIMÕES, Pedro Coelho. A supra-individualidade como factor de superação da razão moderna. In: COSTA, José de Faria (Coord.). **Temas de direito penal económico**. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 285-308, p. 297. BECK, Ulrich. D'une théorie critique de la société vers la théorie d'une autocritique sociale. **Déviance et Société**, Liège, v. 18, n. 3. p. 333-344, sept. 1994, p. 337.

sociais e de parcelas da realidade sobre as quais incide o direito penal. O próprio conceito de sociedade de risco se adapta melhor aos países do primeiro mundo, de “modernidade avançada” ou “pós-industriais” (Ulrich Beck), que ao menos diminuíram os problemas e conflitos envolvendo a repartição das carências e aumentaram os problemas em torno da repartição dos riscos.¹⁹¹

Nada obstante, entende-se o modelo da sociedade do risco como especialmente frutífero para a compreensão das questões da teoria do concurso no direito penal, embora dele, por óbvio, não se possam sacar diretamente parâmetros de solução para e nem a possibilidade de explicação de todas as nuances do tema. Ademais, muitos dos fatores acima analisados inegavelmente se mostram presentes no Brasil.

Basta se pensar, entre outras, nas questões dos crimes econômicos, do ambiente, da manipulação genética e dos crimes pelas redes de computadores para que se confirme o diagnóstico da existência de novos riscos.¹⁹²

Nessa esteira, tem-se que várias consequências decorrem da aceitação do *topos* sociológico do risco. Ulrich Beck mostra que as características do risco causam problemas à ciência, que não mais consegue dar respostas claras sobre as novas atividades.¹⁹³ Com isso, a metodologia científica sofre questionamentos, em um processo de “cientificação reflexiva”, de colocação da ciência mesma em dúvida científica.¹⁹⁴

O mesmo sociólogo alemão mostra que a ciência tem limitações no que tange ao autocontrole e à paralisação dos riscos práticos. Os conceitos de risco e de

¹⁹¹ BECK, Ulrich. **Risikogesellschaft**: auf dem Weg in eine andere Moderne. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986, p. 25. BECK, Ulrich. D'une théorie critique de la société vers la théorie d'une autocritique sociale. **Déviance et Société**, Liège, v. 18, n. 3. p. 333-344, sept. 1994, p. 334. Também assim: CUESTA AGUADO, PAZ M. de la. Sociedade tecnológica y Derecho penal del riesgo. **Revista de Derecho y Proceso Penal**, Navarra, n. 4, p. 133-144, 2000, p. 134. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. El riesgo como construcción conceptual: sobre el uso y el abuso de las ciencias sociales en el discurso político-criminal del “derecho penal del riesgo”. **Revista Catalana de Seguretat Pública**, Mollet del Vallès, n. 13, p. 11-29, 2003, p. 11. ERICSON, Richard. The division of expert knowledge in policing and security. In: O'MALLEY, Pat (Org.). **Crime and the Risk Society**. Aldershot; Brookfield; Singapore; Sidney: Ashgate, 1998, p. 97-123, p. 115 e 118-119.

¹⁹² BRAGA, Pedro. A sociedade de risco e o direito penal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 42, n. 168, p. 155-166, out./dez. 2005, p. 157.

¹⁹³ BECK, Ulrich. **Risikogesellschaft**: auf dem Weg in eine andere Moderne. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986, p. 89-91. BECK, Ulrich. D'une théorie critique de la société vers la théorie d'une autocritique sociale. **Déviance et Société**, Liège, v. 18, n. 3. p. 333-344, sept. 1994, p. 337-338.

¹⁹⁴ BECK, Ulrich. **Risikogesellschaft**: auf dem Weg in eine andere Moderne. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986, p. 254 e seguintes. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 44.

necessidade e o tratamento de cifras, a definição de causas, as possíveis soluções, entre outros, nada têm de axiologicamente neutro. Assim, representantes da comunidade científica e leigos criticam a ciência e aumenta a possibilidade de intervenção política nesse domínio.¹⁹⁵

Em obras de outros doutrinadores, chega-se a aludir a uma nova racionalidade na tomada de decisões e a redefinições na filosofia analítica, na pragmática e na hermenêutica jurídicas.¹⁹⁶

Para os fins desse trabalho, interessa mais de perto aludir à dita redefinição da hermenêutica. Desde a revolução copernicana causada pela viragem linguístico-hermenêutica, tem-se entendido que o problema da interpretação é fenomenológico. Assim, as condições de possibilidades para que o intérprete compreenda um texto envolvem uma pré-compreensão do sistema jurídico-político e social. Logo, quem interpreta um texto jurídico formula juízos sobre o sentido do ordenamento jurídico.

Então, sendo a Constituição, em uma de suas acepções, o estatuto jurídico do político, o fundamento de validade desse ordenamento, como ressalta Lênio Luiz Streck, da correta interpretação e aplicação (indissociáveis que são) dessa Constituição poderá exsurgir a efetividade do ordenamento.¹⁹⁷

Essa concepção de mundo finda por aniquilar a distinção entre sujeito e objeto na relação gnoseológica: “a história é a condição prévia para que o ente seja um ser-no-mundo. *Não há uma contraposição entre sujeito e objeto, e sim uma fusão entre ambos a partir de sua historicidade.*”¹⁹⁸

¹⁹⁵ BECK, Ulrich. **Risikogesellschaft**: auf dem Weg in eine andere Moderne. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986, p. 286-288. BECK, Ulrich. A reinvenção da política. In: GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 1997, p. 11-71, p. 21. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 44.

¹⁹⁶ ROCHA, Leonel Severo. Direito, complexidade e risco. **Anuário do Mestrado em Direito**, Recife, n. 6, p. 17-37, 1993, p. 36. O autor brasileiro analisa o risco na perspectiva de Niklas Luhmann. Em sentido semelhante, defende que a “profundidade das perplexidades” que o risco traz se estende à ontologia, à epistemologia e à axiologia: NAVARRO PRIETO, Evaristo. Sobre los límites y posibilidades de la respuesta jurídica al riesgo. In: DA AGRA, Cândido *et al* (Orgs.) **La seguridad en la sociedad del riesgo**: un debate abierto. Barcelona: Atelier, 2003, p. 27-46, p. 28.

¹⁹⁷ STRECK, Lênio Luiz. Da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 243-284, 2004, p. 245-246.

¹⁹⁸ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 210. (grifos no original)

Mesmo que não se siga uma tal concepção teórica¹⁹⁹, há de se reconhecer que a aceitação de um novo papel dos direitos fundamentais, após a segunda grande guerra, início da chamada pós-modernidade, levou à superação dos paradigmas jusnaturalistas e individualistas.²⁰⁰

Especificamente, a Constituição brasileira de 1988 se caracteriza pela positivação de uma série de direitos e interesses difusos e coletivos. Muitos desses direitos e interesses, inclusive, lograram reconhecimento como objeto de tutela penal e como direitos fundamentais (que também correm inegáveis riscos em decorrência de alguns dos progressos científicos da sociedade de risco).²⁰¹

Não só o aumento e mudança dos direitos fundamentais caracteriza o direito na sociedade de risco. A racionalidade do risco predomina, em substituição à razão calculadora (*ratio calculatrix*) da modernidade.²⁰² Ao lado dessa racionalidade do risco, “a sociedade do risco tem elaborado um 'Direito Penal do risco' racional e funcional, uma '*Risikodogmatik*' (dogmática do risco).”²⁰³ De fato, com a teorização sociológica a respeito, o pensamento do risco se refletiu na sociedade como um todo, inclusive na teoria penal, na dogmática do direito penal e, quiçá mais fortemente, na política criminal.²⁰⁴

¹⁹⁹ Vide, por exemplo, as críticas de: TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 102-106.

²⁰⁰ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 29 e 306.

²⁰¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 12, n. 47, p. 60-122, mar./abr. 2004, p. 72.

²⁰² SIMON, Jonathan. The Emergence of a Risk Society: Insurance, Law and the State. In: O'MALLEY, Pat (Org.). **Crime and the Risk Society**. Aldershot; Brookfield; Singapore; Sidney: Ashgate, 1998, p. 3-31, p. 23. Aceitar uma certa mudança de racionalidade não implica necessariamente aceitar o modelo de racionalidade e de justiça atuarial defendido por vários autores dessa obra. Para uma crítica semelhante: DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: Parte Geral, t. 1. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 149. “A *ratio calculatrix* caracteriza-se por ser uma razão instrumental de domínio, uma razão imperialista (ou eurocêntrica), constituindo a racionalidade própria do *homo oeconomicus*. Arraigada na crença absoluta na tecno-ciência – estabelecida como fonte exclusiva do critério de verdade – e no dogma do ilimitado progresso material da humanidade, tal modo de pensar concebe o saber como fonte de poder e vislumbra o homem o dominador absoluto da natureza.”. SIMÕES, Pedro Coelho. A supra-individualidade como factor de superação da razão moderna. In: COSTA, José de Faria (Coord.). **Temas de direito penal económico**. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 285-308, p. 285-286. (grifos no original)

²⁰³ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2004, p. 97. Semelhantemente: GRACIA MARTÍN, Luis. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência**. Trad. Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 47-48.

²⁰⁴ PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. Trad. Helga Sabotta de Araújo; Carina Quito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 12, n. 47, p. 31-45, mar./abr. 2004, p. 38. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. El riesgo como construcción conceptual: sobre el uso y el abuso de las ciencias sociales en el

No trato das novas questões postas, têm merecido tutela penal em grau crescente os bens jurídicos ditos coletivos, difusos, macrosociais ou supraindividuais,²⁰⁵ inclusive no Brasil, que criminalizou uma série de condutas que causam lesão ou perigo de lesão a valores e interesses dessa espécie, tais o ambiente, a ordem econômica, as relações de consumo, a ordem tributária, o sistema financeiro, entre outros.

Cresce o número dos bens jurídicos passíveis de tutela penal, entre outros fatores, pelo surgimento de novas realidades, como instituições econômicas de créditos; pela deterioração de realidades outrora tidas por abundantes, mas que começam a se manifestar como bens escassos, cujo exemplo paradigmático se encontra no ambiente; pela mudança ou aumento de valoração de algumas realidades, como o patrimônio histórico-artístico.²⁰⁶

Então, muitos dos bens penalmente protegidos em uma feição individual, típica de um direito penal liberal, passaram a ser concomitantemente objeto de tutela sob um prisma transindividual, geralmente com o uso de normas penais em branco²⁰⁷ e o recurso à

discurso político-criminal del “derecho penal del riesgo”. **Revista Catalana de Seguretat Pública**, Mollet del Vallès, n. 13, p. 11-29, 2003, p. 12. “Por um lado, a sociedade ainda toma decisões e realiza ações segundo o padrão da velha sociedade industrial, mas, por outro, as organizações de interesse, o sistema judicial e a política são obscurecidos por debates e conflitos que se originam do dinamismo da sociedade de risco.” BECK, Ulrich. A reinvenção da política. In: GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 1997, p. 11-71, p. 16.

²⁰⁵ FELDENS, Luciano. **Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco**: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público: uma investigação à luz dos valores constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 33. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 92-93. CUESTA AGUADO, PAZ M. de la. Sociedade tecnológica y Derecho penal del riesgo. **Revista de Derecho y Proceso Penal**, Navarra, n. 4, p. 133-144, 2000, p. 138. MENDOZA BUERGO, Blanca. Gestión del riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad del riesgo. In: DA AGRA, Cândido *et al* (Orgs.) **La seguridad en la sociedad del riesgo**: un debate abierto. Barcelona: Atelier, 2003, p. 67-89, p. 83. FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 84-90. HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. Delitos de peligro con verificación de resultado: concurso de leyes? **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, v. 47, n. 1, p. 111-140, ene./abr. 1994, p. 120. CARO CORIA, Dino Carlos. Sociedades de riesgo, bienes jurídicos colectivos y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo. **Revista peruana de ciencias penales**, a. 5, n. 9, Lima, p. 177-219, 1999, p. 182. BRAGA, Pedro. A sociedade de risco e o direito penal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 42, n. 168, p. 155-166, out./dez. 2005, p. 162. PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. Trad. Helga Sabotta de Araújo; Carina Quito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 12, n. 47, p. 31-45, mar./abr. 2004, p. 39. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. El riesgo como construcción conceptual: sobre el uso y el abuso de las ciencias sociales en el discurso político-criminal del “derecho penal del riesgo”. **Revista Catalana de Seguretat Pública**, Mollet del Vallès, n. 13, p. 11-29, 2003, p. 12-13.

²⁰⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La Expansión del Derecho Penal**: Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2006, p. 11-12.

²⁰⁷ SILVA, Pablo Rodrigo Afflen da. **Leis penais em branco e o direito penal do risco**: aspectos críticos e fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2004, especialmente p. 126-127.

formulação de delitos de omissão²⁰⁸, culposos²⁰⁹, de perigo abstrato, cujo número cresce continuamente, e o conseqüente “adiantamento das barreiras entre o comportamento impune e o punível”.²¹⁰

Nessas categorias entram, por exemplo, muitos dos crimes contra o ambiente, algumas das modalidades de delitos de incêndio, alguns dos crimes de trânsito, crimes envolvendo material nuclear, do chamado direito penal genético e alguns delitos econômicos.²¹¹

²⁰⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 9, n. 33, p. 39-65, jan./mar. 2001, p. 63.

²⁰⁹ CUESTA AGUADO, PAZ M. de la. Sociedade tecnológica y Derecho penal del riesgo. **Revista de Derecho y Proceso Penal**, Navarra, n. 4, p. 133-144, 2000, p. 138. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. Responsabilidad penal y nuevos riesgos: el caso de los delitos contra el medio ambiente. **Actualidad Penal**, Madrid, n. 1, p. 217-227, 1997, p. 227. CARO CORIA, Dino Carlos. Sociedades de riesgo, bienes jurídicos colectivos y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo. **Revista peruana de ciencias penales**, a. 5, n. 9, Lima, p. 177-219, 1999, p. 182. DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 9, n. 33, p. 39-65, jan./mar. 2001, p. 63.

²¹⁰ Na expressão de SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2004, p. 94. No mesmo sentido do advento crescente de tipos penais passíveis dessas classificações: CARO CORIA, Dino Carlos. Sociedades de riesgo, bienes jurídicos colectivos y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo. **Revista peruana de ciencias penales**, a. 5, n. 9, Lima, p. 177-219, 1999, p. 182. NAVARRO PRIETO, Evaristo. Sobre los límites y posibilidades de la respuesta jurídica al riesgo. In: DA AGRA, Cândido *et al* (Orgs.). **La seguridad en la sociedad del riesgo: un debate abierto**. Barcelona: Atelier, 2003, p. 27-46, p. 39. SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 95. BRAGA, Pedro. A sociedade de risco e o direito penal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 42, n. 168, p. 155-166, out./dez. 2005, p. 164. FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 90-96. CUESTA AGUADO, PAZ M. de la. Sociedade tecnológica y Derecho penal del riesgo. **Revista de Derecho y Proceso Penal**, Navarra, n. 4, p. 133-144, 2000, p. 138. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. Responsabilidad penal y nuevos riesgos: el caso de los delitos contra el medio ambiente. **Actualidad Penal**, Madrid, n. 1, p. 217-227, 1997, p. 221. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. El riesgo como construcción conceptual: sobre el uso y el abuso de las ciencias sociales en el discurso político-criminal del “derecho penal del riesgo”. **Revista Catalana de Seguretat Pública**, Mollet del Vallès, n. 13, p. 11-29, 2003, p. 12-13. HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. Delitos de peligro con verificación de resultado: concurso de leyes? **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, v. 47, n. 1, p. 111-140, ene./abr. 1994, p. 120. MENDOZA BUERGO, Blanca. Gestión del riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad del riesgo. In: DA AGRA, Cândido *et al* (Orgs.) **La seguridad en la sociedad del riesgo: un debate abierto**. Barcelona: Atelier, 2003, p. 67-89, p. 83-84. PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. Trad. Helga Sabotta de Araújo; Carina Quito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 12, n. 47, p. 31-45, mar./abr. 2004, p. 39. COSTA, José Francisco de Faria. **O perigo em direito penal: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas**. Coimbra: Coimbra, 1992, p. 312. O professor português alude a formulações dogmáticas inovadoras, tais como crimes de perigo comum, de perigo abstrato, de perigo concreto e de perigo abstrato-concreto. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La Expansión del Derecho Penal: Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales**. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2006, p. 17 e 45. Esse último autor diz que isso se cuida da tradução para o direito penal do princípio da precaução. Criticamente, por suposta lesão ao princípio da culpabilidade: CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 87.

²¹¹ CUESTA AGUADO, PAZ M. de la. Sociedade tecnológica y Derecho penal del riesgo. **Revista de Derecho y Proceso Penal**, Navarra, n. 4, p. 133-144, 2000, p. 137.

Decerto não se trata a criminalização de condutas ofensivas a bens jurídico supraindividuais de uma reação dirigida consciente e especificamente aos problemas da sociedade de risco. Para refutar um tal pensamento basta pensar nos crimes contra a ordem tributária, cuja previsão se tem no Brasil há mais de cinquenta anos e se passar os olhos nas diminutas penas dispensadas aos crimes ambientais pela Lei nº 9.605/98, muitas das quais menores do que as cominadas a crimes patrimoniais cometidos sem violência. À guisa de exemplo, enquanto o crime de apropriação indébita na modalidade básica do *caput* do art. 168 do Código Penal prevê pena de reclusão de um a quatro anos e multa, à destruição ou danificação de floresta de preservação permanente do art. 38 da citada Lei de crimes ambientais se comina pena de detenção de um a três anos ou multa, ou ambas cumulativamente.

Em veras, o que se defende aqui é a mudança na “carga axiológica de supraindividualidade”²¹² desses bens jurídicos e a adequação de alguns desses crimes e de um conceito de direito penal que vem com ele para enfrentar algumas das questões subjacentes a essa espécie de sociedade.

Adicionalmente, nota-se a contínua expansão de comportamentos penalmente relevantes e o uso (muita vez criticado) do direito penal pelo legislador como *sola ratio* ou *prima ratio* e não mais *ultima ratio*.²¹³

Outros fatores como a imputação penal a pessoas jurídicas²¹⁴, a internacionalização do direito penal (com a proliferação de tribunais penais internacionais, inclusive com jurisdição sobre o Brasil), a organização e internacionalização da criminalidade, o crescimento e expansão do direito penal e da criminalidade econômicas

²¹² BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 92-93. COSTA, José Francisco de Faria. **O perigo em direito penal**: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra, 1992, p. 334. Este último compara os bens supraindividuais nas sociedades medievais e nas sociedades contemporâneas.

²¹³ ARANA, Raúl Pariona. El derecho penal “moderno”: sobre la necesaria legitimidad de las intervenciones penales. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 15, n. 68, p. 112-139, set./out. 2007, p. 116-117. DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 9, n. 33, p. 39-65, jan./mar. 2001, p. 58. SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Leis penais em branco e o direito penal do risco**: aspectos críticos e fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2004, p. 94.

²¹⁴ A “protecção jurídico-penal das gerações futuras [...] só se torna possível [...] aceitando que relativamente a certos delitos (e, nomeadamente, os que são próprios da 'sociedade de risco') é o ente colectivo como tal que responde também ao nível do direito *penal*.” DIAS, Jorge de Figueiredo. O papel do direito penal na protecção das gerações futuras. In: RODRIGUES, Anabela Miranda *et al.* **Direito Penal Económico e Europeu**: textos doutrinários, v. III. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 603-614, p. 610-611. (grifos no original)

também se apontam como elementos com destaque no direito penal do risco e são aqui inegáveis.

Em consequência dessa expansão e superposição, lógica ou axiológica, de normas penais que tutelam um mesmo ou superposto bem jurídico, que na sociedade de risco comumente se dá, aumentam os casos de concursos aparentes de normas e a necessidade do estabelecimento de critérios para a sua solução, entre os quais a regra da consunção.

Tem-se, por conseguinte, que a concepção de direito se alterou substancialmente desde o início das teorizações sobre o concurso aparente de normas penais e sobre a consunção, sobretudo após a segunda grande guerra mundial e a crise do Estado Social, decorrente em grande medida do ideário econômico exportado com a globalização econômica.

Sobre esse pano de fundo, em virtude do qual se chega a aludir à necessidade de uma “nova dogmática jurídico-penal”²¹⁵, devem-se estudar as questões criminais, entre as quais a do concurso de normas incriminadoras. De fato, a essa nova feição de Estado²¹⁶ e de sociedade, devem-se adaptar as atividades políticas e, conseqüentemente, o direito, inclusive o penal. “O direito penal tem uma inegável face política, porque ele concretiza o uso estatal da violência. É o multirreferido direito penal o mais sensível termômetro para aferir a feição liberal ou totalitária de um Estado.”²¹⁷

Realmente, o direito penal descende da política e nele repercutem muitas das ideias de uma sociedade em um determinado momento histórico. Todavia, a sociedade de risco traz novos desafios para a democracia. As exigências de desenvolvimento econômico e de liberdade científica tendem a fazer a economia, a ciência e a técnica, que não têm legitimidade democrática, a passar por cima das instâncias políticas democráticas. As decisões da economia e da ciência apresentam uma carga real de conteúdo político mesmo se os

²¹⁵ Criticamente a respeito desse espírito novidadeiro, que poderia derrubar garantias do direito penal liberal ou clássico ainda necessárias: DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 9, n. 33, p. 39-65, jan./mar. 2001, p. 55. FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 114.

²¹⁶ “Estado-prevenção”, segundo: DIAS, Jorge de Figueiredo. O papel do direito penal na protecção das gerações futuras. In: RODRIGUES, Anabela Miranda *et al.* **Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários**, v. III. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 603-614, p. 605.

²¹⁷ BRANDÃO, Cláudio. O significado político-constitucional do direito penal. In: PRADO, Luiz Régis (Org.). **Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 120-129, p. 123.

agentes não se legitimam democraticamente. Ulrich Beck, a esse respeito, alude a uma transição do não político ao subpolítico.²¹⁸

Nessas mudanças jurídica e políticas, reafirma-se a necessidade de recurso à constituição. No Brasil, a consagração pela constituição atual do Estado Democrático de Direito e dos citados direitos e bens jurídicos transindividuais, muitos dos quais protegidos pelo direito penal trouxe conflitos “entre um novo espectro de bens e valores tutelados normativamente e o imaginário/*habitus*, notadamente liberais, de grande parte de nossos acadêmicos e operadores.”²¹⁹

Mas, o desconsiderar todo esse contexto político, inclusive o constitucional, põe em perigo a dogmática jurídica penal como método, com consequências negativas, tal qual demonstra Eugenio Raúl Zaffaroni.

Primeiramente, aponta o penalista argentino que se o discurso teórico esquece dos seus efeitos sociais reais, tornam-se imprevisíveis as decisões judiciais, pela possibilidade de se dar uma roupagem de racionalidade a toda e qualquer decisão, donde uma abertura de caminho à arbitrariedade judicial.

E, o autismo e esterilidade de determinadas discussões faz com que a dogmática caia no ridículo e, por consequência, torne-se desacreditada e perca seu potencial de limitação (racional) ao poder punitivo estatal. Descartadas a utilidade e a necessidade de uma dogmática penal, surge a possibilidade de um discurso meramente político, o que o mesmo Zaffaroni chama de alienação técnica do discurso.²²⁰

Para ilustrar o que se vem dizendo, vale enfatizar que muito da dogmática

²¹⁸ BECK, Ulrich. **Risikogesellschaft**: auf dem Weg in eine andere Moderne. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986, p. 306-311. “No sentido de uma teoria social e de um diagnóstico de cultura, o conceito de sociedade de risco designa um estágio da modernidade em que começam a tomar corpo as ameaças produzidas até então no caminho da sociedade industrial.” BECK, Ulrich. A reinvenção da política. In: GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 1997, p. 11-71, p. 24 e seguintes.

²¹⁹ COPETTI, André. Por uma (neo)filosofia política constitucional no direito penal: uma exigência fenomenológica do Estado Democrático de Direito brasileiro. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 13-32, 2004, p. 26. STRECK, Lênio Luiz. Da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 243-284, 2004, p. 247.

²²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En torno de la cuestión penal**. Buenos Aires; Montevideo: B de F, 2005, p. 72-73.

penal hodierna vem de doutrinadores alemães inseridos no regime totalitário nazista e para o justificar ou conformar.²²¹ Portanto, o espaço de experiência e o horizonte de expectativas deles eram bem próprios e não deveriam ser – como geralmente ocorre – simplesmente desconsiderados.

Tirar o véu dos programas políticos sobre esses discursos penais não equivale, porém, a um reducionismo político. Ao revés, agir dessa maneira possibilita a criação de discursos penais adaptados ao contexto político, econômico, cultural e social de cada sociedade histórica.²²²

Essa nova configuração de Estado surgida com a Constituição de 1988 e as peculiaridades atuais da sociedade brasileira impõem uma nova forma de encarar o direito penal e, via de consequência, o problema da consunção de normas incriminadoras.

Em suma, deve-se trabalhar o direito penal “atento à possibilidade de transformação social pelo Direito, avivada pela *concretização* da Constituição da República, ainda *dirigente* (**Canotilho**).”²²³

Isso não implica, por óbvio, concluir que os primeiros teóricos do concurso de normas falharam ao não incluírem a problemática da tutela penal de bens transindividuais. O estudo de seus textos deve sempre se orientar pelo que eles quiseram dizer e de como essa intenção deve ser entendida, considerado seu contexto. Os pioneiros dessa questão pretendiam

²²¹ Vide a respeito, com ampla base bibliográfica e documental, MUÑOZ CONDE, Francisco. Uma nova imagem da história contemporânea do direito penal alemão. Trad. Paulo César Busato. **Revista de Estudos Criminais**, n. 25, p. 27-58, abr./jun. 2007.

²²² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En torno de la cuestión penal**. Buenos Aires; Montevideo: B de F, 2005, p. 95-96.

²²³ ROSA, Alexandre Moraes da. **Decisão Penal: a bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 201. (grifos no original). Também sobre as repercussões penais do dirigismo da Constituição: FISCHER, Douglas. **Delinquência econômica e Estado Social e Democrático de Direito: uma teoria à luz da Constituição**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 46-51. STRECK, Lênio Luiz. Da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 243-284, 2004, p. 249. “Enquanto projeto nacional e como denúncia desta não realização dos anseios da soberania popular no Brasil, ainda faz sentido falar em constituição dirigente.” BERCOVICI, Gilberto. Ainda faz sentido a Constituição dirigente? **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 6, p. 149-162, 2004, p. 159. Encontra-se uma defesa da teoria do dirigismo constitucional pelo próprio José Gomes Canotilho em: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a Constituição dirigente**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, especialmente p. 13-59. Sobre a necessidade de análise do moderno direito penal no marco do Estado Social e Democrático de Direito: GRACIA MARTÍN, Luis. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência**. Trad. Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, especialmente p. 137-138.

resolver seus próprios problemas, dentro de seus tempos históricos.

Com efeito, não se pode incorrer nas diversas mitologias do anacronismo, entre as quais a de ler e criticar os textos do passado com os olhos de hoje²²⁴, passados mais de cem anos de enormes mudanças no mundo e nos modos de ver o mundo, com repercussões evidentes no campo do jurídico.

De se reter que a adaptação do discurso sobre a problemática concursal não deve chegar ao extremo oposto, qual seja, esquecer simplesmente as contribuições de outros autores e outros contextos que permanecem válidas. Quem trabalha sobre o direito penal positivo brasileiro deve sempre ter em mente, por exemplo, que o Código pátrio, após a reforma de sua parte geral em 1984, baseia-se confessadamente na teoria final da ação, do doutrinador alemão Hans Welzel.

Para além dessa constatação, não se pode deixar olvidar que uma série de normas do direito penal liberal restaram positivados na Constituição atualmente vigente, a exemplo das regras e princípios da legalidade penal, da culpabilidade e da intranscendência da pena.

A problemática da intervenção penal no mundo contemporâneo e seus novos riscos não deve ser encarada como um dilema entre os princípios liberais ou a intervenção ilegítima do direito penal com fins meramente preventivos, pois isso levaria a um beco sem saída.²²⁵ Sem o respeito aos direitos e liberdades individuais, o direito penal do risco pode se convolar em um inaceitável direito penal do inimigo.²²⁶

De fato, não se desconhece a existência de quem negue a necessidade ou

²²⁴ SKINNER, Quentin. Meaning and Understanding in the History of Ideas. **History and Theory**, Wesleyan University, Middletown, v. 8, n. 1, p. 3-53, 1969, especialmente a p. 48.

²²⁵ ARANA, Raúl Pariona. El derecho penal “moderno”: sobre la necesaria legitimidad de las intervenciones penales. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 15, n. 68, p. 112-139, set./out. 2007, p. 119. GRACIA MARTÍN, Luis. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência**. Trad. Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 139-143. O último mostra que não há correlação necessária entre garantias penais liberais e Estado de Direito.

²²⁶ PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. Trad. Helga Sabotta de Araújo; Carina Quito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 12, n. 47, p. 31-45, mar./abr. 2004, p. 44. MENDOZA BUERGO, Blanca. Gestión del riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad del riesgo. In: DA AGRA, Cândido *et al* (Orgs.) **La seguridad en la sociedad del riesgo**: un debate abierto. Barcelona: Atelier, 2003, p. 67-89, p. 85.

possibilidade de o direito penal intervir sobre os riscos contemporâneos.²²⁷ Comumente, em especial os autores da chamada “Escola de Frankfurt”, em sua “concepção exasperadamente antropocêntrica” ou “monista-pessoal” dos bens jurídicos coletivos²²⁸, apontam os riscos de que o direito penal do risco se torne um direito penal simbólico, de pura intimidação, para satisfazer o anseio social por segurança, ao estipular sanções que se aplicarão apenas a uns poucos “bodes expiatórios”. Isso se daria, nessa formulação, principalmente pela impossibilidade fática de proteger eficazmente um bem jurídico.²²⁹

Outra possibilidade sempre sublinhada por ditos autores é a da que o direito penal se torne mesmo um direito penal do inimigo, que ameaça desmesuradamente os direitos e liberdades individuais.²³⁰ Aludindo a Winfried Hassemer, um dos principais autores da “Escola de Frankfurt”, Pablo Alflen da Silva afirma que a política criminal da sociedade de risco se preocupa “apenas com a eficiência, com o êxito, i.e., com a obtenção de respostas à criminalidade”, sendo esta “uma forma de pensar militarmente, em termos de luta, combate, vitória”. O respectivo direito penal “é armado como instrumento de luta, de combate à

²²⁷ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 90-93.

²²⁸ Na expressão de: DIAS, Jorge de Figueiredo. O papel do direito penal na protecção das gerações futuras. In: RODRIGUES, Anabela Miranda *et al.* **Direito Penal Económico e Europeu**: textos doutrinários, v. III. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 603-614, p. 608-609. Semelhantemente: SIMÕES, Pedro Coelho. A supra-individualidade como factor de superação da razão moderna. In: COSTA, José de Faria (Coord.). **Temas de direito penal económico**. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 285-308, p. 302. Para uma análise da proposta do direito de intervenção dessa Escola: Díez RIPOLLÉS, José Luis. Da sociedade do risco à segurança cidadã: um debate desfocado. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, a. 17, n. 4, p. 547-599, out./dez. 2007, p. 553-554.

²²⁹ HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico e protección de bienes jurídicos. Trad. Elena Larrauri. **Juarez Tavares**. Disponível em: <http://www.juareztavares.com/textos/hassemer_bem_juridico.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2009.

²³⁰ FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 53 e 70. Nessa última página, o autor aponta os riscos do direito penal do risco: “descaracterização, diluição, relativização, funcionalização, entre outros.” BRAGA, Pedro. A sociedade de risco e o direito penal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 42, n. 168, p. 155-166, out./dez. 2005, p. 163. Díez RIPOLLÉS, José Luis. Da sociedade do risco à segurança cidadã: um debate desfocado. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, a. 17, n. 4, p. 547-599, out./dez. 2007, p. 577. SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. Aspectos críticos do direito penal na sociedade do risco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 12, n. 46, p. 73-93, jan./fev. 2004, p. 82. PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. Trad. Helga Sabotta de Araújo; Carina Quito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 12, n. 47, p. 31-45, mar./abr. 2004, p. 44. CASTRO, Julio César. La sociedad de riesgo: una fundamentación complementaria para los delitos de peligro. **Ciencias penales contemporáneas**: Revista de derecho penal procesal penal y criminología, Mendoza, a. 3, n. 05/06, p. 321-356, 2003, especialmente p. 351-356. Para uma análise da ideologização, etnocentrismo e carência de representatividade do discurso político-criminal do risco, aqui irrelevantes, vide: PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. El riesgo como construcción conceptual: sobre el uso y el abuso de las ciencias sociales en el discurso político-criminal del “derecho penal del riesgo”. **Revista Catalana de Seguretat Pública**, Mollet del Vallès, n. 13, p. 11-29, 2003, p. 23.

criminalidade, como resposta às exigências da moderna 'sociedade de risco'.”.²³¹

Todavia, aqui se busca adotar uma linha possível de equilíbrio entre as garantias individuais e as necessidades de intervenção penal, inclusive em novos âmbitos da sociedade. Apenas para exemplificar, Ingo Wolfgang Sarlet demonstra a necessidade de superação moral, jurídica e social da era dos extremos do século XX e combater tanto o abolicionismo quanto a “tolerância zero”. Para ele, na sociedade brasileira contemporânea “uma leitura constitucionalmente adequada e genuinamente garantista da proporcionalidade não se poderá fazer a não ser no contexto de uma abordagem *mite*, tal qual sugere Zagrebelsky.”.²³²

O direito penal não pode assumir o caráter de funcional, preocupando-se exclusivamente com a eficácia. Entretanto, “não se pode negar, perante novos riscos – susceptíveis de provocar o colapso civilizacional -, a intervenção do direito penal quando necessária.”.²³³

Essa, aliás, também uma constante entre muitos dos autores que se dedicaram ao tema do direito penal do risco. Por um lado, enfatizam a inexistência de uma teoria que se pudesse chamar de dogmática do direito penal do risco e os cuidados com as garantias individuais que uma eventual futura teorização nesse sentido deve ter (o “novo direito penal” complementar o “velho” direito penal liberal); mas, por outro, demonstram que as mudanças tecnológicas, econômicas (principalmente com novas formas de criminalidade inalcançadas e quiçá inalcançáveis pelo direito penal liberal), laborais, científicas, políticas e sociais tornam necessárias mudanças no direito penal, para que continue em seu papel de proteção inclusive das gerações futuras. Afinal, se o direito penal (do risco) pode desrespeitar o indivíduo e se desprover de eficácia, isso não necessariamente há de ocorrer e, em uma concepção mais realista, inegável o fato de que nenhuma sociedade criou meios capazes de substituir esse ramo jurídico.²³⁴

²³¹ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2004, p. 122-127. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 91.

²³² SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 12, n. 47, p. 60-122, mar./abr. 2004, p. 64-65.

²³³ SIMÕES, Pedro Coelho. A supra-individualidade como factor de superação da razão moderna. In: COSTA, José de Faria (Coord.). **Temas de direito penal económico**. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 285-308, p. 300-308.

²³⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. **Revista**

3 ALGUMAS DAS TEORIAS SOBRE A CONSUNÇÃO

Nesse capítulo, tenta-se compreender criticamente algumas das principais teorias sobre a consunção, agora tendo em mente o pano de fundo da sociedade atual. Incluem-se nesse estudo algumas das teorias contrárias à existência autônoma da regra da consunção para a solução de casos de concurso aparente de normas.

Com isso, apontadas as incoerências internas, as insuficiências explicativas ou as inadequações dessas teorias para o direito brasileiro, torna-se mais fácil chegar à teoria da consunção adequada ao ordenamento pátrio em vigor.

Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, a. 9, n. 33, p. 39-65, jan./mar. 2001, p. 64-65. CUESTA AGUADO, PAZ M. de la. Sociedade tecnológica y Derecho penal del riesgo. **Revista de Derecho y Proceso Penal**, Navarra, n. 4, p. 133-144, 2000, p. 143-144. ROXIN, Claus. **Strafrecht: Allgemeiner Teil**, Band I. 4. ed. München: C.H. Beck, 2006, p. 36-37. SIMÕES, Pedro Coelho. A supra-individualidade como factor de superação da razão moderna. In: COSTA, José de Faria (Coord.). **Temas de direito penal económico**. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 285-308, p. 307-308. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. Responsabilidad penal y nuevos riesgos: el caso de los delitos contra el medio ambiente. **Actualidad Penal**, Madrid, n. 1, p. 217-227, 1997, p. 219 e 227. FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 115. CARO CORIA, Dino Carlos. Sociedades de riesgo, bienes jurídicos colectivos y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo. **Revista peruana de ciencias penales**, a. 5, n. 9, Lima, p. 177-219, 1999, p. 182-183. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. El riesgo como construcción conceptual: sobre el uso y el abuso de las ciencias sociales en el discurso político-criminal del “derecho penal del riesgo”. **Revista Catalana de Seguretat Pública**, Mollet del Vallès, n. 13, p. 11-29, 2003, p. 12-14. DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: Parte Geral**, t. 1. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 154. “Nesta medida acabamos por nos aproximar de certo modo, é verdade, da ideia de Stratenwerth segundo a qual a tutela dos grandes riscos e das gerações futuras pode em certos casos passar pela *assunção de um direito penal do comportamento* em que são penalizadas e punidas puras *relações da vida como tais*. Não se trata, com isto, porém, de uma alternativa ao direito penal do bem jurídico: ainda aqui **a punição imediata de certas espécies de comportamentos é feita em nome da tutela de bens jurídicos colectivos** e só nesta medida se encontra legitimada. Desta maneira se manterá a fidelidade possível ao paradigma jurídico-penal iluminista que nos acompanha e se espera possa continuar a ser fonte de desenvolvimento e de progresso; e possa continuar assim a assumir o seu papel insubstituível na contenção dos mega-riscos da sociedade pós-industrial e na função tutelar dos interesses também das gerações futuras.” (grifos no original). Semelhantemente: DIAS, Jorge de Figueiredo. O papel do direito penal na protecção das gerações futuras. In: RODRIGUES, Anabela Miranda *et al.* **Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários**, v. III. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 603-614, p. 614. Quanto ao equilíbrio no direito como um todo: NAVARRO PRIETO, Evaristo. Sobre los límites y posibilidades de la respuesta jurídica al riesgo. In: DA AGRA, Cândido *et al.* (Orgs.) **La seguridad en la sociedad del riesgo: un debate abierto**. Barcelona: Atelier, 2003, p. 27-46, p. 43-44. A favor de uma expansão e modernização do direito penal, sempre dentro do quadro do Estado Democrático e Social de Direito: GRACIA MARTÍN, Luis. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência**. Trad. Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 149-150.

3.1 Aportes logicistas: as teorias de Wilhelm Höpfner, Ernst Beling e Ulrich Klug

Wilhelm Höpfner considera que a unidade ou pluralidade de delitos em um caso concreto se trata de uma “questão de interpretação das leis isoladamente”, que não encontra sua solução adequada na teoria do “concurso (impróprio ou aparente) de leis”.²³⁵

Nada obstante, aponta-se na doutrina a sua obra como o primeiro estudo das relações lógicas entre normas concorrentes.²³⁶

A primeira distinção que ele faz se cuida de saber se a ação (entendida em sentido naturalístico - porquanto estuda quando há unidade ou pluralidade de ações independentemente do que a lei estabeleça, de forma que a unidade de ação se basearia em parte na relação do agir com um evento – por ele vista como a intenção - e em parte na percepção dos sentidos²³⁷) que produz um suporte fático concreto viola uma ou várias normas. Para a melhor compreensão do que se passa a expor, necessário frisar que o autor usa o termo norma no sentido de Karl Binding, com base em uma concepção imperativa do direito²³⁸, o que se nota muito claramente nos exemplos práticos que apresenta.

²³⁵ HÖPFNER, Wilhelm. **Einheit und Mehrheit der Verbrechen**: eine strafrechtliche Untersuchung, Band 1. Berlin: Franz Vahlen, 1901, p. 182. Tradução livre de: “eine Frage der Auslegung der einzelnen Strafgesetze”. As três denominações que ele usa para o que no presente trabalho se chama concurso aparente de normas penais se encontram à p. 173. Os dois adjetivos entre parênteses ele atribui a Heinemann e a Wachenfeld.

²³⁶ MATUS A., Jean Pierre. La teoría del concurso (aparente) de leyes en la dogmática alemana, desde sus orígenes hasta el presente (segunda parte). **Ius et Praxis**, Talca, v. 7, n. 2, p. 357-400, 2001, p. 361. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122001000200016&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 08 jan. 2008. Tomam Beling como o primeiro nas análises lógicas do concurso, apesar de indicarem o livro de Höpfner na bibliografia: ESCUCHURI AISA, Estrella. **Teoría del concurso de leyes y de delitos**: bases para una revisión crítica. Granada: Comares, 2005, p. 38. ARCE AGGEO, Miguel Ángel. **Concurso de delitos en materia penal**: su evolución desde el finalismo hasta el funcionalismo. Una visión de la pluralidad de delitos desde la perspectiva de la Ontología del lenguaje y la Teoría comunicativa del delito. 2. ed. Buenos Aires: Universidad, 2007, p. 178.

²³⁷ HÖPFNER, Wilhelm. **Einheit und Mehrheit der Verbrechen**: eine strafrechtliche Untersuchung, Band 1. Berlin: Franz Vahlen, 1901, p. 209-212. A doutrina desse autor a respeito da unidade ou pluralidade de ações não é de fácil apreensão. Em outras passagens, sobre a repetição do mesmo tipo, ele alude à necessidade de uma representação unitária do fato, inferida pela conexão temporal estreita e direta, a partir de uma sua contemplação de sentido, que impediria a conclusão pela pluralidade de crimes (p. 48). Depois, à vista do § 74 do Código Penal alemão de 1871, que exigia para o concurso real homogêneo várias ações independentes, introduz o conceito de semelhança ou homogeneidade dos distintos atos parciais (p. 233). Talvez se rendendo à dificuldade do tema, mais a frente diz que procurar uma linha divisória nítida entre unidade e pluralidade de ações ou de crimes equivale a tentar a quadratura do círculo, o que seria de se renunciar (p. 235).

²³⁸ MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português**. Lisboa: Universidade Católica, 2005, p. 58-59.

Violada uma só norma, há duas possíveis relações entre o suporte fático das leis.

A primeira é que um se encontre total e logicamente compreendido no outro, a exemplo das lesões e das lesões cometidas com um instrumento perigoso. Haveria, aí, uma relação de subordinação lógica. Nessa espécie de relação, enquadram-se, consoante Höpfner, os delitos qualificados e privilegiados e os delitos complexos. Sempre teria preferência a ameaça penal referente ao suporte fático subordinante, ainda que mais leve, estando tais hipóteses fora da regulação do antigo § 73 do Código Penal alemão então vigente, que determinava em caso de concurso (formal, para a maior parte da doutrina) a aplicação da norma mais grave.

A segunda relação possível indica Höpfner negativamente, ao dizer que nem seria de subordinação lógica e nem de exclusão lógica de um suporte fático pelo outro. O exemplo do autor é a relação entre o furto em igrejas e o furto com armas, pois ambos violam apenas a proibição de furtar.²³⁹

No caso de violação de várias normas, apresenta uma única possibilidade de relação, a de ocorrência regular simultânea, isto é, os suportes fáticos se dariam juntos com frequência (expressamente, o autor diz que deixará sem solução a hipótese de eles ocorrerem não apenas frequentemente, mas sempre). O exemplo apontado é o da relação entre adultério e incesto. Esses casos não seriam de concurso de leis no sentido atribuído ao termo pela teoria que Höpfner julga dominante, por – geralmente – faltar um motivo para que uma das ameaças penais não se aplique.²⁴⁰

As razões excepcionais de exclusão da aplicação de uma das ameaças penais mesmo violadas diversas normas estariam parcialmente nas relações de gênero e espécie entre as normas abstratas, parcialmente nas relações meramente fáticas entre as ações antinormativas, e se reduziriam a cinco categorias.

A primeira seria quando um das normas proíbe o que já se proíbe na outra, tal qual a do homicídio, que proíbe a lesão à integridade corporal. Prevaleceria, no caso, a

²³⁹ HÖPFNER, Wilhelm. **Einheit und Mehrheit der Verbrechen**: eine strafrechtliche Untersuchung, Band 1. Berlin: Franz Vahlen, 1901, p. 174-175.

²⁴⁰ HÖPFNER, Wilhelm. **Einheit und Mehrheit der Verbrechen**: eine strafrechtliche Untersuchung, Band 1. Berlin: Franz Vahlen, 1901, p. 174-175.

ameaça penal do homicídio. Curiosa, mas coerentemente com a adoção da teoria das normas de Binding, Wilhelm Höpfner chega a dizer que de um ponto de vista lógico a norma que proíbe o homicídio seria supérflua. Mas, hoje em dia, como ao tempo do decálogo, a força motivadora de uma norma expressa, mesmo que antes implícita em outra, seria maior, o que lhe justificaria a existência.

A segunda, quando uma das normas proíbe algumas ações e a outra uma parte dessas mesmas ações, mas agregando alguns requisitos não presentes na primeira. Isso se daria no caso do estupro de uma menor de dezesseis anos e do abuso sexual contra menor de catorze anos, respectivamente previstos no § 182 e no § 176,3, do Código Penal à época vigente na Alemanha. Os abusos sexuais, sendo mais graves, prefeririam ao estupro. A ameaça penal da primeira permaneceria subsidiariamente aplicável.

A terceira categoria ocorreria quando as normas pudessem servir à mesma finalidade. Assim, entre a proibição de violação de sigilo funcional e a comunicação de segredo de Estado, respectivamente do § 353a e § 92,1, do citado Código, esta tem a preferência, porquanto ambas têm o mesmo fim de evitar um perigo para o bem-estar social. Ocorreria também aqui, segundo Höpfner, uma relação de subsidiariedade tácita das ameaças penais. Relevante notar que esse exemplo encontrava regulação expressa, por que o primeiro dispositivo tinha a ressalva da possibilidade de aplicação de pena maior.

A quarta das espécies de relação entre normas violadas que excluiria o concurso efetivo de delitos se daria quando a violação de uma, na grande maioria dos casos, implica a violação da outra, mas não o contrário. Isso se daria com a norma que proíbe introduzir em circulação moeda falsa recebida de boa-fé, que tornaria meramente subsidiária a ameaça penal do estelionato.

A quinta e última ocorreria nas ações consecutivas. Para Höpfner, pode acontecer que, de dois crimes distintos e consecutivos, um seja regularmente a realização da intenção conceitualmente pertencente ao outro. Exemplificativamente, a intenção de se apropriar inerente ao furto regularmente se seguiria a efetiva apropriação da coisa, ação que, nesse caso, não poderia ter a aplicação das penas da apropriação indébita. Isso por que, ainda segundo o autor, já se teria levado em conta o último delito no marco penal correspondente ao primeiro, de modo que a pena do último se tornaria subsidiária, e não por unidade de delito ou

de ação. O mesmo, por exemplo, ocorreria no caso do estelionato, cuja pena seria subsidiária à da apropriação indébita, no de adultério, com pena subsidiária à da bigamia e, pela comunhão de finalidades de proteção normativa, inclusive em alguns crimes de perigo em relação a crimes de dano (expressamente menciona que a norma da proibição de incitar cães contra pessoas partilha a finalidade da norma da proibição de lesão à integridade corporal, a de dano e talvez a de outras normas).²⁴¹

Além disso, vale notar que ele toma os termos “subsidiariedade” e “especialidade” por sinônimos, adotando expressamente a teoria de Köhler, que defendia a unidade de critério de solução do concurso de normas. Portanto, negavam autonomia à regra da consunção.²⁴²

A teoria de Wilhelm Höpfner se mostra suscetível de algumas críticas e dificilmente adaptável ao direito brasileiro.

A primeira delas, a própria introdução do critério da unidade ou pluralidade de normas – no sentido de Binding – infringidas. Partindo desse pressuposto, ele não explica, por exemplo, como se considerar dentro da relação de subordinação (que ocorreria na unidade de norma violada) os delitos complexos, nos quais as normas que dão base aos delitos individuais que se fundem no delito maior são violadas. Também resta um tanto obscuro o motivo de reputar inexistente relação de subordinação entre as normas que proíbem condutas proibidas em outras.²⁴³ Cuida-se, em veras, de aceitação de normas proibitórias de determinadas condutas de caráter pré-jurídico, uma concessão ao direito natural – para dizer o mínimo – discutível e perigosa.

Uma outra concessão ao direito natural em semelhante teoria enxerga Ernst

²⁴¹ HÖPFNER, Wilhelm. **Einheit und Mehrheit der Verbrechen**: eine strafrechtliche Untersuchung, Band 1. Berlin: Franz Vahlen, 1901, p. 178-181. Para melhor explicar a última categoria acima, útil transcrever o pensamento do autor, que defende tal relação quando “[...] ao conceito de um determinado crime pertence uma determinada intenção e essa intenção, segundo o acontecer costumeiro, traz consigo uma ação ou omissão que pode igualmente ser subsumida a um conceito criminoso.” Tradução livre de “[...] zum Begriff eines bestimmten Verbrechens eine bestimmte Absicht gehört, und dass diese Absicht dem gewöhnlichen Hergange nach ein Thun oder Unterlassen nach sich zieht, das ebenfals unter einen Deliktsbegriff subsumirt werden kann.”, à p. 181.

²⁴² HÖPFNER, Wilhelm. **Einheit und Mehrheit der Verbrechen**: eine strafrechtliche Untersuchung, Band 1. Berlin: Franz Vahlen, 1901, p. 177.

²⁴³ MATUS A., Jean Pierre. La teoría del concurso (aparente) de leyes en la dogmática alemana, desde sus orígenes hasta el presente (segunda parte). **Ius et Praxis**, Talca, v. 7, n. 2, p. 357-400, 2001, p. 361-362. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122001000200016&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 08 jan. 2008.

Beling na última categoria acima explicada, a das ações consecutivas, sem citar diretamente Höpfner. Segundo Beling, diz-se que no crimes intencionais a consumação natural do crime estaria na realização da intenção; porém, ressalta ele corretamente, uma consumação natural só interessa ao direito natural, não ao positivo.

Ademais, para Beling, não se pode afirmar que a realização da intenção seja uma entidade não autônoma. Se assim fosse, tal raciocínio valeria também para as intenções não previstas expressamente na lei e se poderia então concluir: quando a lei exige uma intenção particular, a sua realização é importante, no sentido de configurar um crime, ao passo que, no caso contrário, a sua realização não tem importância e, pois, não poderia configurar um crime. Então, no exemplo de Ernst Beling, se alguém furtar um fuzil para caçar, o crime de caça deveria ser considerado mero anexo do furto, sem significado penal.²⁴⁴ Höpfner igualmente parte do pressuposto da ausência de autonomia penal da realização de determinadas intenções, donde valem ao menos parcialmente para ele as críticas de Beling.

Sob outra vertente, Raoul Frosali entende que muitos dos exemplos de Höpfner não seriam efetivamente de concurso de crimes, mas por mera ausência de tipicidade e não pelos motivos que este último aponta. Em um exemplo, mostra convincentemente que no conceito de apropriação do crime de apropriação indébita não se inclui a havida por fraude, furto, extorsão, etc. e que não comete adultério quem se relaciona com a sua esposa, ainda que por esse casamento deva responder por bigamia. Afora isso, diz que Höpfner não explica os casos em que o crime de perigo tem potencialidade lesiva maior que o crime de dano subsequente.²⁴⁵

Uma teorização das relações lógicas entre normas mais bem elaborada que a de Höpfner se deveu ao próprio Ernst Beling, ainda em 1906. Para Beling, as teorias do concurso ideal e do dito concurso de leis padeceriam do mal de não atentar suficientemente para as relações lógicas entre os tipos²⁴⁶ e as ameaças penais. Ao revés, essas teorias misturariam elementos estranhos às suas construções. Höpfner foi expressamente indicado

²⁴⁴ BELING, Ernst. **Die Lehre vom Verbrechen**. Neudruck der Ausgabe Tübingen 1906. Aalen: Scientia, 1964, p. 247-248.

²⁴⁵ FROSALI, Raoul Alberto. **Concorso di norme e concorso di reati**. Città di Castello: Leonardo da Vinci, 1937, p. 449-455 e 483.

²⁴⁶ De início, vale esclarecer que nos trechos citados, Beling usa a expressão “tipo de crime” como sinônimo de *fattispecie*. Nesse sentido: FROSALI, Raoul Alberto. **Concorso di norme e concorso di reati**. Città di Castello: Leonardo da Vinci, 1937, p. 78. Sobre a teoria de Beling, também: MORO, Aldo. **Unità e pluralità di reati**: principi. 2. ed. Padova: CEDAM, 1954, p. 72-73.

como exemplo desse erro.²⁴⁷

Consoante Beling, a antijuridicidade, como infração de duas ou mais normas, seria exclusivamente singular, no sentido de que ela, sobre não ser elemento do tipo, pode ou não existir, isto é, a ação pode ou não se revestir de antijuridicidade e a antijuridicidade é apenas mensurável, não propriamente multiplicável.²⁴⁸

O erro metodológico da doutrina majoritária, a seu ver, consistiria na aceitação da teoria das normas de Karl Binding e, pois, da equação delito=ação antijurídica.²⁴⁹ O procedimento adequado seria, para ele, primeiro estabelecer o número de ações e depois sua eventual antijuridicidade.

Ademais, deveria se ter em mente que os tipos só se encontram em relação ou de exclusividade, ou de especialidade ou de neutralidade e a cada uma dessas espécies de relações corresponderia uma relação distinta entre as ameaças penais de cada tipo.²⁵⁰

Em relação de exclusividade, mostram-se os tipos quando afirmar um implica negar o outro e vice-versa, isto é, uma relação do tipo *aut-aut*. Por isso, a “exclusividade dos tipos implica alternatividade das leis penais” e se mostra até mesmo incogitável o concurso de ameaças penais.²⁵¹ O exemplo que ele traz é o da relação entre furto e apropriação indébita (§ 242 e § 246 do Código Penal alemão). No primeiro, há uma subtração de coisa móvel alheia, ou seja, sua extração da esfera de custódia de outrem, ao passo que no segundo, uma apropriação sem a quebra da custódia alheia da coisa, o que torna inimaginável que uma coisa móvel possa ser subtraída e apropriada pela mesma ação.

²⁴⁷ BELING, Ernst. **Die Lehre vom Verbrechen**. Neudruck der Ausgabe Tübingen 1906. Aalen: Scientia, 1964, p. 303. Mas, o autor considera a antijuridicidade elemento objetivo do crime, o que expressa à p. 77.

²⁴⁸ BELING, Ernst. **Die Lehre vom Verbrechen**. Neudruck der Ausgabe Tübingen 1906. Aalen: Scientia, 1964, p. 303. Enfatizadamente, dizia Beling: “Já o plural 'antijuridicidades' deve ser reparado! Se se usar no lugar de 'antijuridicidade' o sinônimo (substantivado) 'injusto', então fracassa completamente a expressão jurídico-penal!” Tradução livre de: “Schon der Plural „Rechtswidrigkeiten“ muß auffallen! Setzt man an Stelle von „Rechtswidrigkeit“ das (substantivierte) Synonymum „Unrecht“ ein, so verfägt der Strafrechtliche Ausdruck sogar völlig.”

²⁴⁹ Embora, um tanto contraditoriamente, Beling também enfatizasse a ação no seu conceito de crime. Para ele “Crime é uma ação típica, antijurídica e culpável, subsumível a uma ameaça penal adequada e que satisfaça as condições de punibilidade.” Tradução livre de: “Verbrechen ist die tatbestandsmäßige, rechtswidrige, schuldhaft, einer auf die passenden Strafdrohung unterstellbare und den Strafdrohungsbedingungen genügende Handlung.” BELING, Ernst. **Die Lehre vom Verbrechen**. Neudruck der Ausgabe Tübingen 1906. Aalen: Scientia, 1964, p. 07.

²⁵⁰ BELING, Ernst. **Die Lehre vom Verbrechen**. Neudruck der Ausgabe Tübingen 1906. Aalen: Scientia, 1964, p. 304.

²⁵¹ BELING, Ernst. **Die Lehre vom Verbrechen**. Neudruck der Ausgabe Tübingen 1906. Aalen: Scientia, 1964, p. 305. Tradução livre de: “Exklusivität der Typen bedingt Alternativität der Strafgesetze.”

Daí Beling extrai consequências para o tratamento do erro de tipo: quem cumpre objetivamente o tipo X, com dolo de cometer o tipo Y, não existente sob o prisma objetivo, não pode ser punido pelo tipo X, por ausência do dolo, e nem pelo tipo Y, por ausência da própria parte objetiva. Então, quem objetivamente comete apropriação indébita com dolo de furtar ou quem objetivamente furta com dolo de se apropriar deve ser absolvido. Isto, segundo ele, não deixa de ser lamentável *de lege ferenda*, embora se cuide de efeito da tipicidade e de seu significado para o dolo.²⁵²

A segunda das relações apontadas por Beling, a de especialidade ou subordinação, ocorreria quando a afirmação de um tipo implica necessária e simultaneamente a afirmação do outro, como nos tipos privilegiados ou qualificados e os tipos simples.²⁵³ Nesses casos, as ameaças penais são subsidiárias, de uma maneira tal que a pena do tipo superior (*Obertypus*) só deve ser aplicada quando não for o caso de aplicação da pena do tipo inferior (*Untertypus*). Entretanto, a verificação do tipo inferior elimina totalmente a possibilidade de aplicação da ameaça do tipo superior, independentemente da efetiva aplicação da ameaça daquele tipo, salvo por razões de tipicidade. Para expressar melhor seu pensamento a respeito, Ernst Beling se utiliza do brocardo *lex specialis derogat generali*.²⁵⁴

Finalmente, a neutralidade de daria entre tipos que se relacionam de maneira tal que afirmar um não implica afirmar e nem negar o outro, porquanto diferentes e não contrapostos. Beling exemplifica tal relação, entre outros, com os crimes de dano e lesão e com diversos tipos inferiores entre si.²⁵⁵ Sendo de neutralidade a relação entre os tipos, a cumulação das ameaças penais seria logicamente pensável.

Todavia, o direito positivo rechaçaria essa cumulação e, em decorrência, somente uma das ameaças penais se aplicaria. Esses casos seriam ou de concurso formal ou de concurso de leis. Nas duas hipóteses, uma das ameaças penais só se aplicaria

²⁵² BELING, Ernst. **Die Lehre vom Verbrechen**. Neudruck der Ausgabe Tübingen 1906. Aalen: Scientia, 1964, p. 282 e seguintes. Nada obstante, o autor ressalva expressamente a possibilidade de furto de uma coisa e apropriação de outra, hipótese de concurso de delitos.

²⁵³ BELING, Ernst. **Die Lehre vom Verbrechen**. Neudruck der Ausgabe Tübingen 1906. Aalen: Scientia, 1964, p. 283-284.

²⁵⁴ BELING, Ernst. **Die Lehre vom Verbrechen**. Neudruck der Ausgabe Tübingen 1906. Aalen: Scientia, 1964, p. 305.

²⁵⁵ BELING, Ernst. **Die Lehre vom Verbrechen**. Neudruck der Ausgabe Tübingen 1906. Aalen: Scientia, 1964, p. 285-286.

subsidiariamente, negativamente condicionada pela outra.²⁵⁶

Em suma, a subsidiariedade de ameaças penais ou de uma lei em seu todo, presente uma unidade de fato, teria para Beling tríplice modalidade.

A primeira delas seria a subsidiariedade apenas da ameaça pena (absorção), mantida a dupla tipicidade: concurso ideal. A segunda, tratava-se da subsidiariedade da ameaça penal e do tipo, no caso de ocorrência do tipo primário: especialidade. A última, aqui mais importante, seria a subsidiariedade da ameaça penal e do próprio tipo no caso de punibilidade pelo tipo primário: concorrência de leis entre tipos neutros, chamada, outrossim e corretamente, de consunção.²⁵⁷

Portanto, Beling retira os casos de especialidade do concurso de leis, pelo fato de que somente do tipo especial dependeria a punibilidade do agente, ao contrário do que se dá nos casos de concurso de leis, nos quais a relação de neutralidade torna possível a afirmação ou não de um tipo quando realizado outro, a depender do caso concreto. Dessarte, a punibilidade do autor dependeria não só do tipo primário, mas também da eventual realização do subsidiário.²⁵⁸

Necessária uma explicação adicional a respeito do critério da unidade de ação em Ernst Beling. Ele aceitava a existência de “preceitos que favorecem a unidade de ação” (*tateinheitbegünstigende Tatbestände*) e contém em si uma unidade legal. Nesses casos, mesmo uma distância de meses ou anos entre as ações não poderia quebrar a unidade de ação, a exemplo do que se daria com a falsificação de moedas interrompida e com um duelo iniciado e deixado para ser finalizado depois pelos contendores. Afora isso, sustentava a unidade de ação mesmo ante a pluralidade de titulares dos bens jurídicos atingidos, exceto se fossem estes de caráter personalíssimo.²⁵⁹

²⁵⁶ BELING, Ernst. **Die Lehre vom Verbrechen**. Neudruck der Ausgabe Tübingen 1906. Aalen: Scientia, 1964, p. 306. Na mesma página, esclarece o autor: “Com outras palavras: em todos os casos pertencentes a esses, uma ameaça penal é somente subsidiária, pois a subsidiariedade é conceitualmente 'aplicabilidade condicionada'.” Tradução livre de: “Mit anderen Worten: In allen hierher gehörigen Fällen ist die eine Strafdrohung lediglich subsidiär, denn Subsidiarität ist begrifflich „bedingte Anwendbarkeit“.”

²⁵⁷ BELING, Ernst. **Die Lehre vom Verbrechen**. Neudruck der Ausgabe Tübingen 1906. Aalen: Scientia, 1964, p. 310.

²⁵⁸ BELING, Ernst. **Die Lehre vom Verbrechen**. Neudruck der Ausgabe Tübingen 1906. Aalen: Scientia, 1964, p. 310-311 e 369.

²⁵⁹ BELING, Ernst. **Die Lehre vom Verbrechen**. Neudruck der Ausgabe Tübingen 1906. Aalen: Scientia, 1964, p. 373.

Logo, a consunção (ou subsidiariedade no sentido de Karl Binding) ocorreria em casos de relação de neutralidade entre tipos e levaria, por opção do direito positivo alemão da época, a uma subsidiariedade das ameaças penais. E, diversamente do que se dava na relação de especialidade, qualquer causa que levasse à inaplicabilidade da punição prevista na lei primária, poderia levar à aplicação da lei subsidiária.

Posteriormente, o próprio Beling alterou sua teoria, em especial no *Grundzüge des Strafrechts* (Esquema de direito penal).

De fato, na 11ª edição dessa obra, Ernst Beling definia concurso de leis como uma relação entre leis penais pela qual uma delas se exclui se a outra for aplicada. Esses casos seriam resolvidos pela interpretação do conteúdo da lei.²⁶⁰ Abandona, então, os estudos lógicos entre os tipos.

Em adição, Beling inclui entre os casos de leis consumidas por outras, se presente identidade de agente, os delitos de lesão pelos de homicídio²⁶¹, os de perigo pelos de lesão, as figuras delitivas qualificadas por um resultado objetivo grave pelas figuras que “importem pena maior” em virtude de compreenderem a produção dolosa desse resultado, os delitos de redução de coisas (como fatos posteriores impunes) pelos delitos de apoderamento da coisa, se o legislador, ao estabelecer a pena, implicitamente previu que o agente posteriormente a converteria em dinheiro, os atos preparatórios e a tentativa pelos delitos consumados, a cumplicidade pela instigação e esta pela autoria.²⁶²

Chama mais atenção do que os exemplos de Beling o fundamento para essa consunção, uma especial relação valorativa entre as figuras; ou seja, ao invés de meras relações lógicas, Beling passa a defender a necessidade de uma certa relação axiológica entre os tipos. Agora, para ele, alguns crimes “perdem seu especial valor delitivo quando o autor é punível sob outro ponto de vista pelo qual essas ações já estão também valoradas”. Nesse caso, o último enquadramento será o título fundamentador da punição e os outros devem ser

²⁶⁰ BELING, Ernst. **Esquema de Derecho Penal**. Trad. Sebastián Soler. Buenos Aires: Depalma, 1944, p. 135.

²⁶¹ A inclusão dessa hipótese entre os casos de consunção recebe a crítica de Frosali, que a reputou de melhor enquadramento no seu conceito amplo de subsidiariedade. FROSALI, Raoul Alberto. **Concorso di norme e concorso di reati**. Città di Castello: Leonardo da Vinci, 1937, p. 497.

²⁶² BELING, Ernst. **Esquema de Derecho Penal**. Trad. Sebastián Soler. Buenos Aires: Depalma, 1944, p. 133-134.

tomados por consumidos.²⁶³ Essa ideia de Beling não é propriamente equivocada, mas carece de melhor delimitação, que se faz abaixo.

Por outro lado, os estudos lógicos de Beling não tiveram muita repercussão doutrinária nos anos posteriores à publicação da *Die Lehre vom Verbrechen*.²⁶⁴ Como visto, ele próprio abandonou quase que completamente sua teoria.

Uma crítica pertinente a seu conceito de relação de especialidade se encontra em Raoul Frosali. Para ele, Beling, ao aludir a um *Obertypus*, denota superioridade nem sempre existente em favor do tipo geral, porquanto o tipo especial (que Beling denomina *Untertypus*) tem vida autônoma e nem sempre deriva do geral, o que se pode nitidamente ver quando os tipos entram em vigor contemporaneamente ou, com maior razão, no caso de a lei especial preceder a geral.²⁶⁵

Nem se há de aceitar que a relação de neutralidade seja a base do concurso aparente de normas penais, ainda que se exclua do seu âmbito a regra da especialidade. Se as normas não apresentam em seu preceito qualquer elemento comum e nem relação axiológica, de modo que não haja qualquer possibilidade de confusão entre elas, inexistente justificativa para que uma delas deixe de se aplicar. Tais casos, presente a unidade de ação (em sentido lato), podem implicar concurso formal, não concurso de leis. De mais a mais, dificilmente se pode defender que haja neutralidade entre tipos cujas sanções penais só encontram aplicação subsidiária.²⁶⁶

Outro alemão, Ulrich Klug, teorizou a respeito das relações lógicas entre as

²⁶³ BELING, Ernst. **Esquema de Derecho Penal**. Trad. Sebastián Soler. Buenos Aires: Depalma, 1944, p. 133-134. “Algunos modos de conducta, que el legislador há sometido a pena como figuras delictivas (autónomas o subordinadas), lo son de modo que desaparece su especial valor delictivo cuando el actor es punible desde otro ponto de vista desde el cual aquellas acciones ya están también valoradas. Entonces prácticamente basta designar y tratar ese otro encuadramiento como el *titulus* que funda la punición y no tener en cuenta los otros, tomándolos como 'consumidos'.” (destaques no original)

²⁶⁴ MATUS A., Jean Pierre. La teoría del concurso (aparente) de leyes en la dogmática alemana, desde sus orígenes hasta el presente (segunda parte). **Ius et Praxis**, Talca, v. 7, n. 2, p. 357-400, 2001, p. 364. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122001000200016&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 08 jan. 2008.

²⁶⁵ FROSALI, Raoul Alberto. **Concorso di norme e concorso di reati**. Città di Castello: Leonardo da Vinci, 1937, p. 236-237.

²⁶⁶ SOLER, Sebastian. **Derecho Penal argentino**, t. II. 2. ed. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1953, p. 175-176. CARAMUTI, Carlos S. **Concurso de delitos**. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 194 e 197. Esse último autor, frise-se, afasta do âmbito do concurso de normas penais a relação de neutralidade, na qual inclui as hipóteses que parte da doutrina põe sob a regra da alternatividade (por ele rechaçada), mas não cita a obra de Beling.

normas aparentemente concorrentes.

Para ele, as únicas relações logicamente possíveis entre as normas são as de identidade, heterogeneidade, subordinação e interferência.²⁶⁷ As três últimas correspondem aproximadamente ao que Beling chamou respectivamente de exclusividade, subordinação e neutralidade.²⁶⁸

A relação de identidade, igualdade ou coincidência entre as normas se encontra quando todos os objetos que se subsumam a um conceito A se subsumam a um conceito B e vice-versa. Dentro de um mesmo sistema jurídico, essa situação não ocorre, segundo Klug. Inobstante, tal espécie de relação importa no direito penal comparado, no direito penal internacional e interestadual assim como no direito extradicional.

Por sua vez, a relação de heterogeneidade teria lugar no caso de impossibilidade de um mesmo objeto que se subsume a um conceito A se subsumir simultaneamente a um conceito B. O exemplo que ele traz, tal qual Beling para a exclusividade, é o da apropriação indébita em relação ao furto. Portanto, os conceitos não precisam apresentar relação de contrariedade ou contraditoriedade.

Por sua vez, a relação de subordinação ou inclusão existiria quando todos os objetos subsumíveis a um conceito A se subsumem igualmente a um conceito B, mas não o inverso. O conceito A, então, chama-se subordinado ou incluído, ao passo que o conceito B superior, dominante ou includente. Relação desse jaez ocorreria entre o assassinato e o homicídio, previstos respectivamente no § 211 e no § 212 do Código Penal alemão. O primeiro dispositivo prescrevia que “Quem assassina um homem dolosamente, se executou o assassinato com premeditação, é punido com a morte por homicídio qualificado.”²⁶⁹ De acordo com o segundo “Quem assassina um homem dolosamente, se não executou o assassinato com premeditação, é punido por homicídio simples com pena de prisão não inferior a cinco anos.”²⁷⁰

²⁶⁷ KLUG, Ulrich. Sobre el concepto de concurso de leyes. In: KLUG, Ulrich. **Problemas de la Filosofía y de la Pragmática del Derecho**. Trad. Jorge M. Seña. Ciudad del México: Fontamara, p. 57-75, p. 62-63.

²⁶⁸ MATUS A., Jean Pierre. La teoría del concurso (aparente) de leyes en la dogmática alemana, desde sus orígenes hasta el presente (segunda parte). **Ius et Praxis**, Talca, v. 7, n. 2, p. 357-400, 2001, p. 364. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122001000200016&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 08 jan. 2008.

²⁶⁹ Tradução livre de: “Wer vorsätzlich einen Menschen tötet, wird, wenn er die Tödtung mit Überlegung ausgeführt hat, wegen Mordes mit dem Tode bestraft.”

²⁷⁰ Tradução livre de: “Wer vorsätzlich einen Menschen tötet, wird, wenn er die Tödtung nicht mit Überlegung

Finalmente, a relação de interferência, interseção ou junção ocorreria quando pelo menos um dos objetos subsumíveis a um conceito A se subsuma ao conceito B e pelo menos um dos objetos subsumíveis a um conceito A não se subsuma ao conceito B e vice-versa. Nesta relação, estariam os crimes de estelionato e de falso testemunho ou falsa perícia, previstos respectivamente no § 263 e no § 154 do Código Penal alemão²⁷¹. Esses casos equivalem ao que Beling chamou de neutralidade.

Segundo Klug, a estrutura lógico-conceitual da especialidade é a de subordinação. Ademais, um mesmo tipo pode se encontrar em relação de especialidade com dois ou mais tipos legais. O exemplo que ele indica é o do roubo, que é ao mesmo tempo um furto e uma coação (§§ 249, 242 e 240 do Código Penal alemão, respectivamente).²⁷²

De subordinação, outrossim, a relação lógico-conceitual da alternatividade, embora as suas consequências sejam distintas da especialidade.²⁷³

A relação lógica da subsidiariedade, a seu turno, é a da interferência, como ocorre, por exemplo, na preparação para falsificação de moeda frente a falsificação de moeda (§§ 151 e 146 do Código Penal alemão, respectivamente). Não poderia ser a subordinação por que se confundiria com a especialidade e tornaria, pois, supérfluo o seu conceito.²⁷⁴

O caso que traz maiores dificuldades para a dilucidação dos fundamentos lógico-conceituais, a seu ver, é o da consunção. Para Klug, a maioria dos casos que a doutrina aponta como de consunção têm em comum a similaridade com a especialidade. Todavia, não cabem exatamente no esquema da especialidade pela ausência da subordinação entre os tipos. Exemplo disso estaria na relação entre o furto qualificado pela invasão, pela escalada ou pelo dano ao recipiente da coisa móvel, violação de domicílio e o crime de dano (§§ 243, n. 2, 123 e 303 do Código Penal alemão). Nem todo caso de furto dessa espécie pressuporia o cometimento de violação de domicílio ou de dano. Dessarte, a estrutura lógico-conceitual da

ausgeführt hat, wegen Todtschlages mit Zuchthaus nicht unter fünf Jahren bestraft.”

²⁷¹ KLUG, Ulrich. Sobre el concepto de concurso de leyes. In: KLUG, Ulrich. **Problemas de la Filosofía y de la Pragmática del Derecho**. Trad. Jorge M. Seña. Ciudad del México: Fontamara, p. 57-75, p. 62-63.

²⁷² KLUG, Ulrich. Sobre el concepto de concurso de leyes. In: KLUG, Ulrich. **Problemas de la Filosofía y de la Pragmática del Derecho**. Trad. Jorge M. Seña. Ciudad del México: Fontamara, p. 57-75, p. 64-65.

²⁷³ KLUG, Ulrich. Sobre el concepto de concurso de leyes. In: KLUG, Ulrich. **Problemas de la Filosofía y de la Pragmática del Derecho**. Trad. Jorge M. Seña. Ciudad del México: Fontamara, p. 57-75, p. 69-70.

²⁷⁴ KLUG, Ulrich. Sobre el concepto de concurso de leyes. In: KLUG, Ulrich. **Problemas de la Filosofía y de la Pragmática del Derecho**. Trad. Jorge M. Seña. Ciudad del México: Fontamara, p. 57-75, p. 65.

consunção seria a da interferência.²⁷⁵

Por outro lado, argumenta-se, segundo ele, que o conteúdo de ilícito desse furto qualificado conteria o dos outros dois delitos, pela frequência com que se os cometem conjuntamente. Klug rechaça tal entendimento. Entender que os dois últimos conceitos já estariam contidos no primeiro equivaleria a uma limitação do âmbito conceitual do tipo sem autorização legal, com o perigo de uma interpretação contra a lei. Haveria, então, dois conceitos de cada tipo: um primeiro, mais geral, decorrente da própria lei e outro mais específico, inferido a partir da forma mediante a qual comumente se realiza o crime. Com razão argumenta Klug que não existe um “mais ou menos assassinato”: o tipo deve permitir definições exatas e aceitar somente o conceito mais restrito desconsideraria a possibilidade de o comportamento incomum ou menos frequente se considerar crime.²⁷⁶

Conclui Ulrich Klug que nos casos de consunção a relação de interferência ou interseção, tal qual na subsidiariedade, mostra-se presente. Apesar disso, permanece a questão de como distinguir os casos de consunção dos de concurso ideal. O ponto se poderia solucionar pela inclusão da consunção na qualidade caso especial de subsidiariedade tácita, o que seria inobjektável sob o prisma lógico-formal. Ainda assim, admite o próprio Ulrich Klug, faltariam limites minimamente nítidos para distinguir na prática a consunção e o concurso de delitos. Segundo ele, pouco se compreende o motivo de se considerar o dano subsidiário relativamente ao furto qualificado acima aludido. Basta que se pense na possibilidade de os objetos danificados ostentarem valor muito superior aos furtados, deixando o crime de furto em segundo plano, para que se veja a arbitrariedade da conclusão.²⁷⁷

De toda forma, Klug admite que da mera descoberta das relações lógicas subjacentes aos casos de concurso de leis, a subordinação e a interferência, nada se pode dizer a respeito das consequências para a aplicação da lei. Para isso, tornam-se necessários princípios teleológicos adicionais como *lex specialis derogat legi generali*, *lex primaria derogat legi subsidiariae*, *lex consumens derogat legi consumptae* e o da alternatividade, sem fórmula latina correspondente. As relações lógicas são valorativamente neutras e somente as

²⁷⁵ KLUG, Ulrich. Sobre el concepto de concurso de leyes. In: KLUG, Ulrich. **Problemas de la Filosofía y de la Pragmática del Derecho**. Trad. Jorge M. Seña. Ciudad del México: Fontamara, p. 57-75, p. 65.

²⁷⁶ KLUG, Ulrich. Sobre el concepto de concurso de leyes. In: KLUG, Ulrich. **Problemas de la Filosofía y de la Pragmática del Derecho**. Trad. Jorge M. Seña. Ciudad del México: Fontamara, p. 57-75, p. 67.

²⁷⁷ KLUG, Ulrich. Sobre el concepto de concurso de leyes. In: KLUG, Ulrich. **Problemas de la Filosofía y de la Pragmática del Derecho**. Trad. Jorge M. Seña. Ciudad del México: Fontamara, p. 57-75, p. 67-68.

considerações axiológicas poderiam, exemplificativamente, traçar as fronteiras entre a subsidiariedade e o concurso ideal, porquanto em ambos subjaz a interferência entre os tipos.²⁷⁸

Nessa esteira, ele pretende que a alternatividade e a consunção se tratam de conceitos supérfluos dentro do concurso de leis.

No tocante à alternatividade, sua tese se baseia na inexistência de autêntica alternatividade nos casos de falha legislativa, porquanto deve o juiz aplicar a pena mais severa. Assim, o tipo especial se torna supérfluo, de modo que nunca concorrerá efetivamente com o especial. No sentido de Liszt-Schmidt, de relação de heterogeneidade entre os tipos, o conceito se mostra relevante, mas não na teoria do concurso de leis.

A consunção, a seu ver, sem maiores problemas se poderia considerar hipótese de subsidiariedade tácita, por terem ambas a mesma estrutura lógica. Dessarte, aceita-se que a vontade do legislador foi no sentido de que os tipos não podem se aplicar conjuntamente se presentes seus requisitos.

O principal problema da teoria de Klug (e de Beling) reside na falta de avanço na distinção entre o concurso ideal e o concurso aparente de normas penais. Dizer que se deve atender aos princípios teleológicos da obra legislativa ou à vontade do legislador claramente não resolve o problema.²⁷⁹

O seu argumento de que a subordinação não se aplica à subsidiariedade tampouco convence. Tomando-se por correta sua ideia, também nos casos de especialidade a norma particular não se aplicaria nunca por supérflua, tal qual a subsidiária. Mas, de acordo com a regra pela qual a lei especial derroga a geral, a especial que se aplica, mesmo presente a subordinação. O mesmo sucederia nos casos de subsidiariedade, se entendida como subordinação, ou seja, a norma subsidiária afastaria a principal.²⁸⁰

²⁷⁸ KLUG, Ulrich. Sobre el concepto de concurso de leyes. In: KLUG, Ulrich. **Problemas de la Filosofía y de la Pragmática del Derecho**. Trad. Jorge M. Seña. Ciudad del México: Fontamara, p. 57-75, p. 71-72.

²⁷⁹ MATUS A., Jean Pierre. La teoría del concurso (aparente) de leyes en la dogmática alemana, desde sus orígenes hasta el presente (segunda parte). **Ius et Praxis**, Talca, v. 7, n. 2, p. 357-400, 2001, p. 366. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122001000200016&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 08 jan. 2008.

²⁸⁰ MATUS A., Jean Pierre. La teoría del concurso (aparente) de leyes en la dogmática alemana, desde sus orígenes hasta el presente (segunda parte). **Ius et Praxis**, Talca, v. 7, n. 2, p. 357-400, 2001, p. 394. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122001000200016&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 08 jan. 2008.

Finalmente, não se vê em Klug a razão de se considerar a consunção um caso da subsidiariedade tácita. Da só mesmidade da relação lógica subjacente a ambas as regras de solução do concurso aparente de normas se pode concluir precisamente o oposto, que a subsidiariedade se cuida de caso de consunção, o que mostra a arbitrariedade da sua conclusão.

De toda sorte, a tese de Ulrich Klug serve para enfatizar a pouca firmeza doutrinária na fixação dos limites entre a subsidiariedade e a consunção.

Por outro lado, irresponsável a crítica de Klug ao critério da frequência como pressuposto da consunção. Esse ponto será mais aclarado abaixo, entre as aporias da consunção.

Outro mérito de Ulrich Klug consiste em ter chamado a atenção para a necessidade de considerações valorativas para a resolução de todos os casos de concurso aparente de normas e para a sua distinção do concurso de delitos, no artigo citado e mesmo em outras oportunidades.²⁸¹ A isso não atentaram da mesma forma, por exemplo, os citados Höpfner e Beling (e nem mesmo Richard Honig, que, em dualismo metodológico, contrapôs a especialidade, fundamentada em relação que entendeu meramente lógica, à alternatividade, à consunção e à subsidiariedade, para as quais recorreu a critérios teleológicos²⁸²).

Da pena insuspeita do grande Lourival Vilanova vem outra advertência sobre a insuficiência da lógica jurídica, teoria formal do direito, para preencher os conteúdos das decisões: “à lógica não compete indicar que a proposição normativa válida no sistema do direito positivo é a acertada e justa para enquadrar o fato como correspondente ao tipo normativo.” Para tanto, de mister recorrer a elementos fáticos, sociais e valorativas, que “saturam as estruturas de raciocínio” e ficam além do formal.²⁸³

Especificamente quanto às relações entre os tipos no concurso aparente de

²⁸¹ KLUG, Ulrich. Carta a Hans Kelsen de 29.7.1960. In: KLUG, Ulrich; KELSEN, Hans. **Normas jurídicas e Análise Lógica**. Trad. Paulo Bonavides. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 51, p. 51. Ironicamente, Luís d'Almeida defende que o estudo de Klug teve o mérito involuntário de “deixar a descoberto a falta de interesse, nesta matéria do 'concurso de normas', dos excursos logicistas de que é exemplo.” D'ALMEIDA, Luís Duarte. **O “concurso de normas” em direito penal**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 33.

²⁸² HONIG, Richard. **Straflose Vor- und Nachtat**. Neudruck der Ausgabe Leipzig 1927. Aalen: Scientia, 1978, p. 56 e seguintes.

²⁸³ VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 48-49.

normas penais, Cuello Contreras, Penãranda Ramos e José Moutinho igualmente ressaltam uma valoração subjacente e fora da lógica formal.²⁸⁴

Desta feita, cumpre analisar algumas das teorias sobre a consunção que transcenderam os aspectos somente formais do concurso aparente de normas penais.

3.2 A teoria de Günther Jakobs

Para Günther Jakobs, no concurso de leis, o comportamento do agente pode se enquadrar em diversas leis, entendidas estas no sentido de formulações de delitos, mas em só uma se entendidas no sentido de determinação de delito. Formulação de delito é a proposição jurídica concretizada até a aplicabilidade ao caso concreto. Por outras palavras, a lei não como aparece no Código e sim já interpretada para a subsunção do caso concreto, inclusive com os fatores de determinação da pena. No dizer de Jakobs, só compreendido dessa forma o termo lei se pode fazer depender a solução da questão concursal de leis do que disse ser o objeto de regulação e não de meras questões de técnica legislativa.²⁸⁵

No concurso de leis, portanto, haveria verdadeiramente um só delito, formulado multiplamente, talvez em distintos graus de desenvolvimento, com distintas consequências penais. O concurso entre os elementos delitivos seria meramente aparente, pois presente unidade de lei como determinação de um delito. Assim, se aplicadas todas as leis como formulações do delito, haveria mais de um castigo por um único crime, de onde se conclui que o fundamento do instituto por ele apontado é a proibição do *bis in idem*, prevista no § 46, 3, do Código Penal alemão.²⁸⁶

²⁸⁴ CUELLO CONTRERAS, Joaquín. La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal (II). **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, v. 32, n. 2, p. 451-477, mayo/ago. 1979, p. 468. PEÑARANDA RAMOS, Enrique. **Concurso de leyes, error y participación en el delito**: Un estudio crítico sobre el principio de la unidad del título de imputación. Madrid: Civitas, 1991, p. 51-52. MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português**. Lisboa: Universidade Católica, 2005, p. 818-821. Este último, à página 819, ao rejeitar uma oposição entre as relações lógicas e as teleológicas, diz: “Correndo o risco de sarcasmo, pode dizer-se que isso só seria admissível *se a teleologia fosse ilógica* [...]” (itálicos no original).

²⁸⁵ JAKOBS, Günther. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre. 2. ed. New York; Berlin: Walter de Gruyter, 1993, p. 865.

²⁸⁶ JAKOBS, Günther. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre. 2. ed. New York; Berlin: Walter de Gruyter, 1993, p. 866. O dispositivo acima tem a seguinte redação: § 46 Regras

A especialidade, para ele, cuida-se da única forma de primazia de uma lei. Mesmo a subsidiariedade expressa é o estabelecimento dessa forma pelo direito positivo. Para facilitar o entendimento dos diversos casos, subdivide-os conforme os motivos da especialidade, que seriam: 1) especialidade em virtude da intensidade da descrição, que engloba, por exemplo, os delitos privilegiados ou qualificados em vez do delito básico; 2) especialidade em virtude da concreção da consumação, pela qual a fase mais próxima da consumação prevalece sobre a mais longe. Pode-se chamar tais casos de subsidiariedade e grupo de atos prévios copunidos; nesse grupo, entram a especialidade em virtude da intensidade da participação e a especialidade em virtude da intensidade do resultado 3) especialidade em virtude da antecipação da regulação, no qual se inclui o fato posterior copunido 4) especialidade relativa ao fato concomitante. Um delito é secundário quando se trate de uma modalidade de comissão, de menor gravidade, de um outro delito. A menor gravidade não quer dizer necessariamente menor pena, como se detalha abaixo. Pode-se chamar consunção a esses tipos de casos, mas também os subsidiários expressos se incluem aqui.²⁸⁷

Nos estreitos limites deste estudo, só importam os casos de fato concomitante, aos quais Günther Jakobs concede que se possa chamar de consunção.

Segundo eles, as suas hipóteses não têm os contornos muito claros, porquanto não raro se confundem com as da especialidade em virtude da intensidade da descrição. Todavia, só têm significado autônomo no que se refere aos casos em que, independentemente da pena cominada, pode-se considerar um delito (fato acompanhante) secundário em relação a outro, dado que, na prática, preenche dois requisitos, quais sejam, com grande frequência ou necessariamente é modalidade de cometimento desse último (fato primário) e apresenta escassa gravidade delitiva, por ter pouco peso relativamente ao fato total. Nessas hipóteses, prevalece o fato mais grave, mesmo que a pena a ele cominada não o seja.

Logo, se o fato concomitante tem pena superior ao fato primário, o efeito na

fundamentais da determinação da pena. [...] (3) As circunstâncias que já são características dos tipos legais não podem ser consideradas. Tradução livre de: “§ 46 Grundsätze der Strafzumessung (3) Umstände, die schon Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes sind, dürfen nicht berücksichtigt werden.”

²⁸⁷ JAKOBS, Günther. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre. 2. ed. New York; Berlin: Walter de Gruyter, 1993, p. 869-870.

pena é análogo ao de um privilégio. Se no caso concreto a gravidade não é mínima, deve ser tratado em concurso autêntico.

Alguns dos exemplos de Jakobs: se alguém destrói o muro de um edifício para furtar, há concurso desse crime com o de dano. Se só arromba a porta de uma casa para a mesma finalidade, inexistente concurso, prevalecendo o furto. A invasão de domicílio e os danos restam consumidos pelo furto com escalada. Do mesmo modo, as lesões contra a mulher em relação à interrupção da gravidez, embora haja concurso de crimes se as lesões forem qualificadas.

Um exemplo de consunção com efeito de privilégio, Günther Jakobs encontra na utilização indevida de veículo automotor (§ 248b) em relação ao crime de furto (§ 242). Ao primeiro são cominadas as penas privativas de liberdade de até três anos ou multa, ao passo que para o segundo se preveem as penas privativas de liberdade de até cinco anos ou multa. Dessarte, o marco penal do primeiro seria inaplicável na prática se o furto de combustível, não indispensável, mas tipicamente acompanhante, não fosse valorado qual fato acompanhante.²⁸⁸

Ademais, segundo ele, há que se pensar na possibilidade de tratar por impunes fatos concomitantes a um fato impune, em alguns casos.²⁸⁹ A fim de ilustrar o seu pensamento, apresenta os exemplos do furto, no vestuário da prisão, do recluso que vai escapar; o uso de quantidades mínimas de azeite, energia, etc., ao utilizar por breves momentos aparelhos ou instrumentos alheios; uma tentativa de suicídio com a interrupção da gravidez, assim como todos os delitos concomitantes ao suicídio tentado, por que a morte não se trata da tentativa de infringir os deveres, mas simplesmente de anulá-los.

Sempre na lição de Günther Jakobs, o conteúdo da lei deslocada se conteria genuinamente no da lei efetivamente a aplicar, ao contrário do que se dá no concurso ideal,

²⁸⁸ JAKOBS, Günther. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre. 2. ed. New York; Berlin: Walter de Gruyter, 1993, p. 875-877. Exemplo também citado por STRATENWERTH, Günter; KUHLEN, Lothar. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil I. Die Straftat. 5. Auflage. München: Carl Heymanns, 2004, p. 403. Esses dois últimos autores baseiam seu pensamento na decisão BGHSt 14, 386 (388).

²⁸⁹ JAKOBS, Günther. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre. 2. ed. New York; Berlin: Walter de Gruyter, 1993, p. 869-878. Chamou-as de “espécies de consunção inversa”: MATUS A., Jean Pierre. La teoría del concurso (aparente) de leyes en la dogmática alemana, desde sus orígenes hasta el presente (segunda parte). **Ius et Praxis**, Talca, v. 7, n. 2, p. 357-400, 2001, p. 364. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122001000200016&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 08 jan. 2008.

que envolveria uma valoração a partir da soma de ambas. No concurso de leis, aplicar todas violaria o *bis in idem*.²⁹⁰

Nada obstante, haveria dois casos em que se deve combinar o marco penal da lei a aplicar e o da lei deslocada. O primeiro é quando a especialização se dá por um efeito privilegiante e a lei deslocada permite uma consequência jurídica mais leve que a aplicada. Nesse caso, deveria haver aplicação da pena com o limite mínimo da lei deslocada. O segundo é o inverso, ou seja, quando a especialização se dá por uma qualificação e a lei deslocada tem algum efeito mais grave, como pena mínima mais elevada, pena acessória, etc. Aqui, esse efeito mais grave deveria completar o marco penal. Um tal necessidade de combinação mostraria que não se conseguiu atingir plenamente a especialização em uma só formulação de lei. Só a combinação de ambas atingiria o intento legislativo.²⁹¹

A primeira crítica que a posição de Günther Jakobs merece reside em se tratar, muito, de uma simples mudança de conceitos.²⁹² Nada de novo se agrega ao denominar “especialidade por força de fato concomitante” os casos de consunção. Ao contrário, alargar tanto os casos de especialidade, a regra de solução do concurso aparente de normas que menos discussões encontra na doutrina, só tende a aumentar a confusão de conceitos. Ele mesmo admite que os motivos da especialidade correspondem em grande parte ao que defende a doutrina tradicional.

Afora isso, não resta bem esclarecido como detectar o fato mais grave ou sua escassa gravidade delitiva, independentemente de sua pena. O critério da regularidade do acompanhamento não explica, por si, a conclusão de que um crime prevê o outro, inclusive na sua pena. A fluidez do conceito de “escassa gravidade delitiva”, sem critérios adicionais, torna ainda menos aceitável a sua posição.

Em veras, Jakobs se limita a enunciar um conceito de fato acompanhante e logo após se põe a indicar exemplos para o explicar. E o que é pior, o caso do furto de combustível consumido pelo uso indevido de veículo automotor se cuida do único exemplo

²⁹⁰ JAKOBS, Günther. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre. 2. ed. New York; Berlin: Walter de Gruyter, 1993, p. 881.

²⁹¹ JAKOBS, Günther. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre. 2. ed. New York; Berlin: Walter de Gruyter, 1993, p. 881-882.

²⁹² Nesse sentido: HORTA, Frederico Gomes de Almeida. **Do concurso aparente de normas penais**. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2007, p. 114.

que traz de crime menos severamente apenado que consome o outro.

Quanto à hipótese de “consunção inversa”, o próprio Jakobs parece não ter muita certeza da sua correção, porquanto enuncia que esses casos merecem análise. Demais disso, admitir que um fato impunível, ao qual por vezes pode inclusive faltar o caráter criminoso (tal qual o suicídio tentado), tenha o potencial de consumir outro se mostra incompatível com a sua própria teoria do concurso de leis. De fato, na sua concepção, seriam necessárias ao menos duas leis aplicáveis, no sentido de formulação de delito. Toda a teoria do concurso aparente de normas tenta realmente determinar a pena aplicável quando aparentemente possível enquadrar um caso em mais de um crime. Se um crime não pode ser punido quando decorrente de uma tentativa de suicídio, o fundamento para tanto não se acha no concurso aparente.

3.3 A teoria de Marcelo Fortes Barbosa

No Brasil, Marcelo Fortes Barbosa elaborou a teoria mais original sobre a consunção. Inobstante, não se pode aceitar completamente o que ele defendeu.

Consoante se disse, ele se inclui entre os autores monistas, no sentido de que pregava bastar uma regra para a solução de todos os casos de concurso aparente de normas penais incriminadoras. Para ele, a consunção teria esse papel. Todas as relações lógicas entre normas que levam a que apenas uma delas seja aplicável em hipóteses de concurso aparente são de consunção.²⁹³

Sucedem que nem toda relação de consunção acarreta concurso aparente de normas penais. Para detalhar seu pensamento a respeito, o autor se vale de uma classificação das relações de consunção.

A primeira seria a consunção total recíproca, que ocorreria quando a realização do suporte fático de uma das normas coincide com o de outra. A segunda,

²⁹³ BARBOSA, Marcelo Fortes. **Concurso de normas penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 31. “Quais são então as relações lógicas entre normas que levam a que, de duas normas aparentemente aplicáveis, só uma o seja, em realidade? Podemos chamar-lhes relações de consunção.”

consunção total unilateral, teria lugar quando o suporte fático de apenas uma delas esgota a relevância jurídica da outra. A última, consunção parcial recíproca, quando cada uma delas engloba elementos que a outra não engloba.²⁹⁴

Somente a consunção total unilateral que se cuidaria da “base da figura do concurso aparente”. Nesses casos, só uma das normas é aplicável, por consumir a aplicabilidade da outra, visto que sua previsão engloba a relevância jurídica dos fatos da outra.²⁹⁵

A seu turno, a consunção total unilateral pode ser espacial ou temporal. No primeiro caso, quando aos tipos genéricos se adicionam elementos qualificativos ou atenuativos, situação que exemplifica com os delitos de infanticídio, maus tratos e denunciação caluniosa. Os elementos especializantes seriam índice da consunção. Já a consunção total unilateral temporal teria vez nos casos de crime progressivo e de progressão criminosa. Em ambos os casos, há, no seu entender, pluralidade de normas aplicáveis e unidade de fato. Passa-se de um crime menos grave para um mais grave. A diferença entre as figuras residiria na mutação do elemento subjetivo do agente, só presente na progressão criminosa. Daí afirmar que a progressão criminosa se incluiria em um conceito largo de crime progressivo.²⁹⁶

Bem notou Frederico Horta que a novidade na teoria de Marcelo Fortes Barbosa não transcendeu o campo terminológico. A consunção total unilateral temporal se identifica claramente com a relação de especialidade.²⁹⁷ A própria terminologia do autor não esconde isso. Pouco se ganha com a afirmação de que a especialidade se trata de índice da consunção, o que só tende a transportar os problemas doutrinários desta regra para aquela, a mais pacífica do concurso aparente de normas penais.

Outro ponto que não se pode aceitar na teoria de Marcelo Fortes Barbosa reside na indicação da unidade de conduta nos requisitos do concurso aparente de normas penais. Por isso, o autor termina por afastar mesmo casos sempre tratados nesse âmbito como

²⁹⁴ BARBOSA, Marcelo Fortes. **Concurso de normas penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 31-32.

²⁹⁵ BARBOSA, Marcelo Fortes. **Concurso de normas penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 32-33.

²⁹⁶ BARBOSA, Marcelo Fortes. **Concurso de normas penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 92 e seguintes.

²⁹⁷ HORTA, Frederico Gomes de Almeida. **Do concurso aparente de normas penais**. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2007, p. 104-105.

o da relação entre crimes de perigo e de lesão²⁹⁸ e a aumentar em demasia o campo do concurso de crimes. A possibilidade de concurso aparente de normas penais com pluralidade de condutas se cuida de ponto do próximo capítulo. De toda sorte, adianta-se que essa postura acarreta a necessidade de criar um instituto unificador, que abarque tanto os casos de unidade quanto os de pluralidade de condutas. Richard Honig, na Alemanha, há mais de cinquenta anos, enfrentou o desafio e findou por chegar à conclusão de que as regras da consunção e da alternatividade se aplicariam a casos de pluralidade ou de unidade de condutas, a especialidade só se aplicaria a casos de unidade de conduta e a subsidiariedade a de pluralidade de condutas. Tal qual se detalhará, dita teoria, nesses aspectos, somente aumentou as imprecisões conceituais.

Por fim, a teoria desse autor não se adapta a pontos fulcrais para o direito brasileiro atual, a exemplo das ordens constitucionais de criminalização, cujo efeito sobre a consunção se explicará abaixo.

3.4 As teorias majoritárias

Pôde-se deixar claro ao longo do presente estudo que o tema da consunção é dos mais controversos na doutrina penal.

Apesar disso, podem-se vislumbrar algumas tendências majoritárias na doutrina e na jurisprudência na caracterização desse instituto.

De logo, verifica-se um grande número de doutrinadores que definem a consunção pela maior compreensão da norma consuntiva em relação à outra, por vezes aludindo expressamente à repetição parcial dos interesses tutelados por ambas. Daí que a norma de teor mais amplo exclua a aplicabilidade da outra, que resta consumida.²⁹⁹ No direito positivo, o Código Penal espanhol, de 1995, perfila orientação semelhante. Por seu art. 8º, 3ª,

“Os fatos suscetíveis de serem qualificados sob dois ou mais preceitos deste Código,

²⁹⁸ BARBOSA, Marcelo Fortes. **Concurso de normas penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 101.

²⁹⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Introdução à Ciência do Direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 525.

e não compreendidos nos artigos 73 a 77, castigar-se-ão observando as seguintes regras [...] O preceito mais amplo ou complexo absorverá os que castiguem as infrações consumidas naquele.”³⁰⁰

Uma tal definição se mostra de amplitude tal que lhe retira grande parte da operatividade prática. Não bastasse isso, sobrepõe-se quase que completamente à própria definição de concurso aparente de normas, donde sua imprestabilidade para aludir a apenas um dos seus critérios de solução.³⁰¹

Sendo assim, de mister estudar somente as correntes de doutrinárias que buscaram individualizar de alguma forma a consunção.

É assim que um primeiro grupo de autores defende que a consunção se aplica quando o cometimento de um crime for normal, regular ou frequentemente a maneira de cometer o outro. Grande parte da doutrina, especialmente de língua alemã, denomina o crime consumido de fato tipicamente acompanhante.

Günther Stratenwerth e Lothar Kuhlen endossam semelhante orientação, ao defenderem que a consunção se dá quando um dos crimes em regra inclua a realização do outro, mas sem necessidade lógica de que isso ocorra. Nesses casos, geralmente o crime mais grave preveria em sua “constelação típica” o crime menos grave, embora possa excepcionalmente ocorrer o inverso. Exemplo da regra geral veem esses autores na consunção da violação de domicílio e dos danos pelo furto com rompimento de obstáculos e da exceção na consunção da coação pela resistência (respectivamente § 240 e § 113 do Código Penal alemão).³⁰²

Paul Bockelmann e Klaus Volk entendem aplicável a consunção quando em regra faz parte da concretização de um tipo penal a satisfação de um ou vários outros tipos.³⁰³

Hans-Heinrich Jescheck e Thomas Weigend definem o fato concomitante

³⁰⁰ Tradução livre de “Artículo 8. Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas: [...] 3ª) El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél.”

³⁰¹ MANTOVANI, Ferrando. **Concorso e conflitto di norme nel diritto penale**. Bologna: Nicola Zanichelli, 1966, p. 90. MORO, Aldo. **Unità e pluralità di reati**: principi. 2. ed. Padova: CEDAM, 1954, p. 64-65 e 86.

³⁰² STRATENWERTH, Günter; KUHLEN, Lothar. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil I. Die Straftat. 5. Auflage. München: Carl Heymanns, 2004, p. 403.

³⁰³ BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klaus. **Direito Penal**: parte geral. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 322-323. Semelhantemente: WELZEL, Hans. **Das deutsche Strafrecht**: Eine systematische Darstellung. 6. ed. Berlin: Walter de Gruyter, 1958, p. 197.

típico pela regularidade com que ele aparece junto a outro fato criminoso. Esses autores agregam explicação comumente encontrada na doutrina para a teoria de que a regularidade do cometimento conjunto dos delitos implica a consunção de um dele: o legislador já levaria em conta no conteúdo de injusto do fato principal o do outro fato. Além disso, aludem a outro motivo menos encontrado na doutrina, qual seja, o fato sobejante, tão substancialmente inferior, careceria de importância autônoma. Nessa categoria, no direito alemão, entrariam os danos em relação ao homicídio, as injúrias em relação aos crimes sexuais e a aquisição em relação à posse ilegal de munição.³⁰⁴

No Brasil, Frederico Gomes de Almeida Horta a adota “quando os pressupostos de uma norma implique, ordinariamente, a realização concomitante ou sucessiva de determinadas formas de um delito previsto por outra”.³⁰⁵

Em Oscar Stevenson, uma das possibilidades de consunção ou do antefato ou do pós-fato reside na sua configuração como “acontecimento ordinário, o *id quod plerumque accidit*,” como na venda da coisa furtada e na absorção da compra de utensílios para o fabrico de moeda falsa pela falsificação de moeda.³⁰⁶

Em alguns autores, agrega-se a necessidade de que a pena do tipo acompanhante seja mais leve que a do tipo acompanhado para que a consunção opere seus efeitos. Muitos reputam possível, porém, a consunção do crime mais gravemente apenado

³⁰⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. 5. ed. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002, p. 794. Semelhantemente: GEERDS, Friedrich. **Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht**. Hamburg: Hansischer Gildenverlag, Joachim Heitmann & Co, 1961, p. 222. WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil: Die Straftat und ihr Aufbau. 32. neu bearbeitete Auflage. Heidelberg: C. F. Müller, 2002, p. 276. WEGSCHEIDER, Herbert. **Echte und scheinbare Konkurrenz**: Zu materiellrechtlichen und prozessualen Fragen des „Zusammentreffens strafbarer Handlungen” (§ 28 StGB). Berlin: Duncker & Humblot, 1980, p. 241-243. ROXIN, Claus. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil, Band II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat. München: C.H. Beck, 2003, p. 848 e 858-860. FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto penale**: Parte generale. 3. ed. Bologna: Zanichelli, 1999, p. 620. CECCHI, Mauro. L'insider trading dei pubblici ufficiali: un caso di concorso di norme. **Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia**, Padova, a. 9, n. 2, p. 550-561, apr./giu. 1996, p. 556-557. Este último agrega que a regularidade do cometimento faz com que a “consciência social” considere as duas distintas condutas como unidade valorativa.

³⁰⁵ Nesse sentido: HORTA, Frederico Gomes de Almeida. **Do concurso aparente de normas penais**. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2007, p. 148.

³⁰⁶ STEVENSON, Oscar. Concurso aparente de normas penais. **Revista forense**, Rio de Janeiro, v. 62, n. 209, p. 26-34, jan./mar. 1965, p. 32-33. A outra possibilidade de antefato ou pós-fato impuníveis seria quando a norma consuntiva os tem por necessário para a consumação delitiva. O mesmo exemplo da venda da coisa furtada, sem o necessário esclarecimento de que o terceiro deve agir de boa-fê, como caso de pós-fato resolvido pela regra da consunção se encontra em: ROSA, Fábio Bittencourt da. Concurso aparente de leis e casos concretos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 69, v. 537, p. 251-258, jul. 1980, p. 255.

pelo outro.³⁰⁷

Pode-se identificar um segundo grupo de autores que defendem a consunção quando um crime previsto em uma norma é meio para o cometimento de outro crime ou quando as normas apresentam uma relação de continente e conteúdo. Por vezes, enfatiza-se que essas relações se passam não em abstrato e sim no caso concreto.

Exemplificativamente, Aníbal Bruno a adota quando “o fato definido em uma lei ou disposição de lei” estiver “compreendido no fato previsto em outra, de sentido mais amplo”. Segundo ele, pode tanto se dar “quando o fato previsto em uma norma figura como elemento constitutivo do tipo delituoso, definido em outra conduta inicial, meio para realizá-lo ou parte do todo que ele representa.” Nessa hipótese, prevalece a norma de mais amplo teor. Dos exemplos de Aníbal Bruno, a consunção das lesões corporais que causam a morte pelo homicídio, do sequestro pela redução a condição análoga à de escravo e dos danos e violação de domicílio pelo furto qualificado, nota-se que ele exige a previsão típica do fato menor no fato maior.³⁰⁸

Análoga a posição de Francisco de Assis Toledo, para quem a consunção se dá no caso da relação entre tipos mais abrangentes e tipos mais específicos. Sucede que, pela diversidade de bens jurídicos protegidos, inexistente uma relação de gênero a espécie propriamente dita. Os exemplos que ele indica são a consunção da violação de domicílio pelo furto e de alguns crimes de falso pelo estelionato, desde que a potencialidade lesiva dos documentos se esgote nesse crime contra o patrimônio.³⁰⁹

Em Oscar Stevenson, um dos casos de consunção, os dos fatos conjugados (chamados acompanhantes ou tipicamente acompanhantes pela doutrina majoritária), observa-se na relação de *magis* para *minus*, de conteúdo e continente, de inteiro e fração, de todo e parte. É assim que, segundo ele, o crime consumado absorve o tentado e o crime de lesão absorve o de perigo. Outrossim, recorre à consunção para a definição da norma prevalente na hipótese de crimes progressivos.³¹⁰

³⁰⁷ Afora Jakobs, cuja teoria se analisou acima: ROXIN, Claus. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil, Band II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat. München: C.H. Beck, 2003, p. 860.

³⁰⁸ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**, t. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 276.

³⁰⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 53.

³¹⁰ STEVENSON, Oscar. Concurso aparente de normas penais. **Revista forense**, Rio de Janeiro, v. 62, n. 209, p. 26-34, jan./mar. 1965, p. 32. Semelhantemente: EL HIRECHE, Gamil Föppel. Teoria Geral do Concurso de Crimes. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, a. 102, v. 387, p. 117-131, set./out. 2006, p. 123. JESUS, Damásio

Semelhantemente, Giuseppe Maggiore defende que a consunção se aplicaria quando o fato previsto em uma norma se compreenda no previsto em outra. Isso ocorria, no seu entender, quando o bem tutelado por uma norma compreenda o da outra, quando sejam mais largos os meios adotados e os efeitos produzidos ou quando uma norma preveja como circunstância ou elemento constitutivo um fato previsto na outra. Exemplificativamente, o homicídio abrange as lesões. Também os casos de antefato se resolveriam pela consunção, a se reconhecer quando um fato menos grave precede a outro como meio de o realizar. Os pós-fato seria impunível quando seguisse outro na qualidade de atuação do fim para o qual o agente cometeu o primeiro. Nesse caso, por constituir mero exaurimento do crime anterior, trata-se a seu ver de indiferente penal. Então, faltando a tipicidade de uma das condutas, sequer se haveria de falar em concurso de normas e, pois, em consunção. Se punível o fato posterior, como no dano da coisa roubada ou obtida por estelionato, o autor defende a solução do concurso de crimes.³¹¹

O Superior Tribunal de Justiça tem decisões nas quais revela a adoção dessa teoria:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. HOMICÍDIO E PORTE DE ARMA DE FOGO. CONSUNÇÃO. RECONHECIMENTO. INVIABILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. Esta Corte Superior de Justiça é firme na compreensão de que o crime de homicídio absorve o de porte ilegal de arma de fogo quando as duas condutas delituosas guardem, entre si, uma relação de meio e fim estreitamente vinculadas.
2. Em se mostrando ajustada a acusatória inicial ao estatuto de sua validade, a classificação jurídica atribuída aos fatos pelo Ministério Público não vincula o magistrado, devendo ser decidida no momento processual oportuno, sobretudo, se a quaestio é relativa à consunção de delito.
3. Ordem denegada.³¹²

E. de. Conflito aparente de normas penais. **Julgados dos Tribunais de Alçada de São Paulo**, São Paulo, n. 8, p. 27-40, abr./jun. 1969, p. 34. Parece, mesmo sem igual elaboração teórica, ser essa também a posição de Magalhães Noronha, segundo o qual “Ocorre a consunção quando o crime *consumido* é fase do delito *consuntivo*”. NORONHA, E. Magalhães. Crime progressivo e concurso aparente de normas penais. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 62, n. 210, p. 39-45, abr./jun. 1965, p. 43. Também assim: NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 87-88. “[...] quando o *fato* previsto por uma lei está previsto em outra de maior amplitude, aplica-se somente esta última. Em outras palavras, quando a infração prevista na primeira norma constituir simples fase de realização da segunda infração, prevista em dispositivo diverso, deve-se aplicar apenas a última. Trata-se da hipóteses do *crime-meio* e do *crime-fim*.” (itálicos no original)

³¹¹ MAGGIORE, Giuseppe. **Diritto penale**: Parte generale, v. I. 5. ed. Bologna: Nicola Zanichelli, 1951, p. 185-186.

³¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 42153/SP. Processo nº 200500326622. Impetrante: Antônio Camilo Alberto de Brito. Impetrado: Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Brasília, 27 de setembro de 2005. **Diário da Justiça Eletrônico**, 22 set. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200500326622&dt_publicacao=22/09/2008>. Acesso em: 01 jun. 2009.

Essa parece ser a orientação da súmula nº 17 desse Tribunal, pela qual “Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido.”³¹³, desde que se considere estar regulada aí a consunção.

Nessa corrente, igualmente há divergências sobre a necessidade de o crime consumidor ter pena maior que o crime consumido. O próprio Superior Tribunal de Justiça tem julgados que incluem dita exigência para a aplicação da regra:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME AMBIENTAL E DE FALSIDADE IDEOLÓGICA. IMPOSSIBILIDADE, NO CASO, DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. OFENSA À UNIÃO. CONEXÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. RECURSO PROVIDO.

1. A aplicação do princípio da consunção pressupõe a existência de um delito como fase de preparação ou execução de outro mais grave, impondo sua absorção.
2. Desse modo, não se pode admitir que o crime de falsidade ideológica, cuja pena abstrata varia de 1 (um) a 5 (cinco) anos de reclusão (documento público), seja absorvido pelo crime ambiental do art. 46, parágrafo único, da Lei 9.605/98, cuja pena varia de 6 (seis) meses a 1 (um) ano de detenção.
3. Ademais, no caso, os acusados, supostamente, além de comercializarem madeira sem licença válida para todo o tempo de viagem, inseriram declarações diversas das que deviam constar na Autorização de Transporte de Produto Florestal (ATPF), em prejuízo da atividade fiscalizatória do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, praticando, assim, crimes autônomos, pois um não constitui fase normal de preparação ou execução de outro, bem como tutelam bens jurídicos diversos, de um lado a fé pública e de outro a proteção ao meio ambiente.[...] ³¹⁴

RHC. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CONCURSO DE CRIMES. ARTS. 303 E 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO. FALTA DE JUSTA CAUSA. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. EXAME APROFUNDADO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. REPRESENTAÇÃO. MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DO OFENDIDO. DECLARAÇÕES PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL. REQUISITO ATENDIDO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE (ART. 306 DO CTB). AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA.

O trancamento de ação penal, pela via estreita do writ, somente é possível quando, pela mera exposição dos fatos narrados na denúncia, constata-se que há imputação de fato penalmente atípico, inexistência de qualquer elemento indiciário demonstrativo da autoria do delito ou extinta a punibilidade. Não há forma rígida para a representação, bastando a manifestação de vontade do ofendido para que seja apurada a responsabilidade criminal do paciente, em delito de lesão corporal culposa praticada na direção de veículo automotor. Devem ser consideradas válidas as declarações das vítimas perante a Autoridade Policial. O crime de embriaguez ao volante, definido no art. 306 do CTB, é de ação penal pública incondicionada, dado o caráter coletivo do bem jurídico tutelado (segurança viária), bem como a inexistência de vítima determinada. No princípio da consunção, o crime mais leve é absorvido pelo mais grave e não o contrário. Recurso a que se nega provimento.³¹⁵

³¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 17. Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido. **Diário da Justiça**, Brasília: Supremo Tribunal Federal, 28 de nov. 1990, p. 13.963.

³¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 896312/PA. Processo nº 200602241511. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Wilson Pontes. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 16 de agosto de 2007. **Diário da Justiça**, 01 out. 2007, p. 574.

³¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 19044/SC. Processo nº

$$[\dots]$$

No Superior Tribunal de Justiça, muitas vezes se aplica a consunção quando um crime se cuida de meio necessário ou normal na execução de outro. A respeito, os acórdãos de ementas a seguir transcritas:

4. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 2a. Vara Criminal de São Leopoldo/RS, ora suscitado, determinando-se o trancamento da ação penal 08/07-4 instaurado perante a Justiça Castrense, em conformidade com o parecer ministerial.³¹⁷

³¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 92547/RS. Processo nº 200702981973. Suscitante: Sérgio Augusto Silva de Freitas. Suscitado: Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal de São Leopoldo/RS e Juiz Auditor da 1ª Auditoria da 3ª Circunscrição Judiciária Militar de Porto Alegre/RS. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 08 de outubro de 2008. **Diário da Justiça Eletrônico**, 15 out. 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200702981973&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 02 jun. 2009.

IMPOSSIBILIDADE.

1. O princípio da consunção pode ser aplicado quando um delito serve como fase preparatória ou de execução para um crime mais grave, restando absorvido por este.
2. Na hipótese vertente, não se observa que o crime previsto no art. 315 do Código Penal possa absorver crimes mais graves como os tipificados nos arts. 89 e 90 da Lei n.º 8.666/93, bem como os descritos nos arts. 288 e 299, parágrafo único, ambos do Código Penal, sendo, pois, inaplicável o princípio da consunção.
3. Recurso desprovido.³¹⁸

No Supremo Tribunal Federal, encontram-se acórdãos com a orientação:

Ação penal. Denúncia. Evasão fiscal. Imputação do crime previsto no art. 22, § único, da Lei nº 7.492/86. Pagamento espontâneo dos tributos no curso do inquérito. Extinção da punibilidade do delito tipificado no art. 1º da Lei nº 8.137/90. Reconhecimento antes da denúncia. Trancamento da ação penal. Inadmissibilidade. Relação de meio a fim entre os delitos. Inexistência. Absorção do crime objeto da denúncia pelo de sonegação fiscal. Inadmissibilidade. Inaplicabilidade do princípio da consunção. Caso teórico de concurso real de crimes. HC denegado. Quem envia, ilicitamente, valores ao exterior, sonegando pagamento de imposto sobre a operação, incorre, em tese, em concurso material ou real de crimes, de modo que extinção da punibilidade do delito de sonegação não descaracteriza nem apaga o de evasão de divisas.³¹⁹

O terceiro grupo abrange alguns dos autores que defendem a possibilidade de reconhecimento da consunção mesmo na presença de pluralidade de atos. Nessa corrente doutrinária, os crimes que constituem ocultação, mero aproveitamento (*Verwertungshandlungen*) ou asseguração (*Sicherungshandlungen*) de outro crime não podem se punir autonomamente, independentemente de serem ou não tipicamente

³¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 10870/SE. Processo nº 200001427415. Recorrente: Luiz Antônio Barreto. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 17 de fevereiro de 2005. **Diário da Justiça**, 14 mar. 2005, p. 382. No mesmo sentido quanto à exigência de uma relação de meio e fim: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 89539/SP. Processo nº 200702035199. Impetrante: Edvar Voltolini. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 20 de maio de 2008. **Diário da Justiça Eletrônico**, 09 jun. 2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Acordaos/IntegraAcordao.asp?num_registro=200702035199&dt_publicacao=09/06/2008>. Acesso em: 01 jun. 2009. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 71718/SP. Processo nº 200602680794. Impetrante: Lucílio César Borges Corveta da Silva. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 16 de setembro de 2008. **Diário da Justiça Eletrônico**, 06 out. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200602680794&dt_publicacao=06/10/2008>. Acesso em: 01 jun. 2009. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 89194/MG. Processo nº 200701982915. Impetrante: Haroldo Cesar Ortiga. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 11 de setembro de 2008. **Diário da Justiça Eletrônico**, 13 out. 2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Acordaos/IntegraAcordao.asp?num_registro=200701982915&dt_publicacao=13/10/2008>. Acesso em: 01 jun. 2009.

³¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 87208/MS. Impetrante: Ricardo Trad. e outros. Paciente: Joana d'Arc de Paula Almeida. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 23 de setembro de 2008. **Diário da Justiça Eletrônico**, 07 nov. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=87208&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 10 jun. 2009.

acompanhantes deste. Cuida-se, claro está, de alguns dos casos dos chamados pós-fatos impuníveis (verdadeiramente copunidos, o que se explicará detalhadamente no quarto capítulo).

A doutrina majoritária agrega outros requisitos para a aplicação da consunção, a exemplo da identidade de bem jurídico protegido em todos os crimes, da identidade de sujeitos ativo e passivo, da necessidade de que o crime anterior tenha pena maior que o posterior e da ausência de novo dano (no sentido valorativo) causado pelo delito posterior.³²⁰

3.5 As aporias da consunção

As teorias majoritárias da consunção não resistem a críticas de diversas ordens. Agrupam-se aqui os problemas dessas teorias sob o feliz rótulo de aporias da consunção dado por Luís Duarte d'Almeida.³²¹

O mesmo doutrinador português mostra que na multiplicidade de teorias sobre a consunção há uma diversidade de fundamentos para a sua aplicação que não se poderiam reconduzir a uma só categoria. Em todos, nota-se a violação do princípio da

³²⁰ STRATENWERTH, Günter; KUHLEN, Lothar. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil I. München, Köln, Berlin: Carl Heymanns, 2004, p. 405. “Ao lado do antefato copunido, aparece como forma do concurso impróprio com pluralidade de atos o pós-fato impunível (copunido). Ele é frequentemente classificado como consunção, apesar de se fundamentar em uma ideia básica distinta: os meros delitos de asseguração ou aproveitamento restam desprezados pelo delito de aquisição, como verdadeiro centro de gravidade do ataque delitivo, desde que não irroguem ao bem afetado um dano inteiramente novo ou não se dirijam contra um bem jurídico novo. De modo nenhum precisa o pós-fato constituir um delito que *habitualmente* acompanhe o primeiro; o decisivo é que em relação com a lesão primária de bens jurídicos alheios não lhe corresponda um peso autónomo.” Tradução livre do trecho: “Zur mitbestraften Vortat tritt als Form der unechten Konkurrenz bei Handlungsmerheit die straflose (mitbestrafte) Nachtat hinzu. Sie wird sachlich vielfach der Konsumtion zugeordnet, beruht jedoch auf einem abweichenden Grundgedanken: Bloße Sicherungs- und Verwendungsdelikte treten gegenüber dem Erwerbsdelikte als dem eigentlichen Schwerpunkt des deliktischen Angriffs zurück, soweit sie nicht dem Betroffenen einen ganz neuen Schaden zufügen oder sich gegen ein neues Rechtsgut richten. Die Nachtat braucht keineswegs ein *typisches* Begleitdelikt zu sein; entscheidend ist, dass ihr im Verhältnis zur primären Verletzung fremder Rechtsgüter kein selbständiges Gewicht zukommt.” (itálicos no original) Vide a respeito também: MAURACH, Reinhart. **Tratado de derecho penal**, t. II. Trad. Juan Cordoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962, p. 469-470. PALMA HERRERA, José Manuel. **Los actos copenados**. Madrid: Dykinson, 2004, p. 138-170. Neste autor, merece relevo a crítica sobre a possibilidade de que um fato posterior criminoso possa não causar dano.

³²¹ D'ALMEIDA, Luís Duarte. **O “concurso de normas” em direito penal**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 68.

legalidade. Efetivamente, se o crime e a sanção apresentam uma conexão de implicação condicional, de modo que preenchido o suporte fático daquele, deve esta ser aplicada e somente lei expressa pode autorizar decisão judicial em sentido contrário.³²²

Nessa esteira, Jorge de Figueiredo Dias acolhe parcialmente a lição de Luís Duarte d'Almeida, a quem cita expressamente. Para este outro doutrinador português, os casos de consunção comumente apontados suscitam verdadeiramente problemas de concurso de crimes e não de unidade de normas ou de leis (aqui denominados “concurso aparente de normas penais”, o que restou aclarado no primeiro capítulo). Há entre os tipos concorrentes não relações lógicas, mas relações axiológicas e teleológicas de sentidos e de conteúdos de ilícito. Por conta dessa parcial coincidência de conteúdo, aplicar ambos os tipos violaria a proibição de dupla valoração. Todavia, não sendo total a coincidência, deixar de aplicar uma das normas equivaleria a deixar uma lacuna de punição, em desobediência ao mandado de esgotante valoração da matéria ilícita.³²³

A violação ao princípio da legalidade citada por Luís Duarte d'Almeida no caso da normalidade estatística bem a demonstrou com argumentos semelhantes Ulrich Klug. Em adição a sua crítica, tem-se a própria impossibilidade de determinar o que seja a normalidade típica, isto é, quando se pode dizer que um determinado crime em regra, geralmente ou frequentemente se comete ao lado de outro, donde a imprestabilidade desse critério para delimitar o concurso efetivo do concurso aparente de normas, justificar a consunção e distinguir essa regra da subsidiariedade.³²⁴

A doutrinadora espanhola Estrella Aisa defende a mesma ideia, ao expor seu entendimento de que a consequência jurídica de um determinado suporte fático se prevê para ele e só para ele. Pretender que a consequência de um crime se aplique a outro crime para o

³²² D'ALMEIDA, Luís Duarte. **O “concurso de normas” em direito penal**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 69-70.

³²³ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: Parte Geral, t. 1. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 1.002. Semelhantemente: PUPPE, Ingeborg. § 52. In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ullrich (Hrsg.). **Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch**, Band I. 2. ed. Baden-Baden: Nomos, 2005, p. 1.532-1.572, p. 1.542. Sobre o *ne bis in idem* e a ordem de exaustão dos fatos, vide o quarto capítulo do presente trabalho.

³²⁴ HOCHMAYR, Gudrun. **Subsidiarität und Konsumtion**: Ein Beitrag zur Strafrechtlichen Konkurrenzlehre. Wien: Manzschke, 1997, p. 36. D'ALMEIDA, Luís Duarte. **O “concurso de normas” em direito penal**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 73. Apesar de tratar desse critério de “normalidade estatística” quanto à subsidiariedade, vem no mesmo sentido: MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português**. Lisboa: Universidade Católica, 2005, p. 935.

qual a lei estabeleceu efeitos autônomos contraria, portanto, a legalidade.³²⁵

Semelhantemente, Eduardo Correia insiste em que ver dessa forma a consunção equivale a confundir um fenômeno ligado à eficácia dos preceitos que podem ou não estar em relação de consunção com a própria relação de consunção. Ademais, para ele, vista dessa forma, a relação de consunção carece de apoio lógico-valorativo.³²⁶

Mesmo em se tomando por correto que a regularidade pode ser fixada estatisticamente, resta uma série de problemas sem solução. O primeiro deles é que, concedida a boa-fé dos órgãos estatais no cálculo da quantidade de crimes, nas estatísticas oficiais de condenações criminais não constam os delitos consumidos, mas exclusivamente os crimes que precisamente levaram à condenação. As estatísticas policiais, a seu turno, normalmente não abrangem delitos que nela não tenham sido investigados. Sem o auxílio de uma estatística criminal, a determinação do que seja a regularidade no cometimento do delito cairia quase que no arbítrio ou na intuição do órgão judicante.³²⁷

E, realmente, falta apoio lógico-valorativa à teoria. De modo algum convence o argumento que parte da doutrina³²⁸ agrega à regularidade típica para justificar a ausência de aplicação da pena de um dos delitos: o legislador já teria levado em conta o seu desvalor na pena do outro ou dos outros crimes, chamados por isso mesmo principais.

A primeira das inconsistências dessa justificativa que se podem apontar traz a doutrinadora alemã Ingeborg Puppe. Essa fundamentação da consunção atestaria, no seu dizer, uma determinação, pelo legislador, descuidada e defeituosa do marco penal. É que, na teoria pela qual o legislador tomou em conta outro ou outros crimes no marco penal, deveria haver uma certa coerência na fixação da pena mínima prevista em abstrato para todos eles.

³²⁵ ESCUCHURI AISA, Estrella. **Teoría del concurso de leyes y de delitos**: bases para una revisión crítica. Granada: Comares, 2005, p. 333-334. Não quer tanto dizer que seja de se endossar a conclusão dessa autora pela própria inexistência da categoria do fato posterior copunido.

³²⁶ CORREIA, Eduardo Henriques da Silva. **A teoria do concurso em direito criminal**. Coimbra: Almedina, 1996, p. 133. Semelhantemente, ESCUCHURI AISA, Estrella. **Teoría del concurso de leyes y de delitos**: bases para una revisión crítica. Granada: Comares, 2005, p. 333.

³²⁷ HOCHMAYR, Gudrun. **Subsidiarität und Konsumtion**: Ein Beitrag zur Strafrechtlichen Konkurrenzlehre. Wien: Manzschke, 1997, p. 32-33. A lição vale com maior razão para o Brasil, onde, por exemplo, os delitos de menor potencial ofensivo não devem constar sequer em certidões de antecedentes, ante o disposto no art. 76, § 6º, da Lei nº 9.099/95.

³²⁸ Exclui-se, por exemplo: WERLE, Gerhard. **Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzesverletzung**. Berlin: Duncker & Humblot, 1981, p. 242. Por outro lado, incluem-se: FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto penale**: Parte generale. 3. ed. Bologna: Zanichelli, 1999, p. 620.

Nada obstante, a mesma doutrina majoritária da consunção aceita quase que sem discussões a possibilidade de o crime consumidor ter pena mínima menor que o crime consumido. Nesse caso, a própria norma deveria impor uma pena mínima maior do que a que seria adequado de acordo com o pensamento do próprio legislador, desde que a pena não aumentasse por outras causas.³²⁹

O pensamento de Ingeborg Puppe nesse particular pode se adaptar sem dificuldades ao direito brasileiro. Um dos casos mais ditos de consunção, o do uso de documento falso pelo estelionatário³³⁰, bem o demonstra. Na sua modalidade simples, o estelionato da cabeça do art. 171 do Código Penal prevê pena de um a cinco anos de reclusão e multa. Ao uso de documento público se prevê pena de dois a seis anos de reclusão e multa (arts. 304 e 297 do Código Penal). Como então, pretender que o mesmo legislador que reputou necessária uma pena de dois a seis anos para o crime de falso o tenha incluído na moldura penal do estelionato, inferior no mínimo e no máximo previstos?

Surge um outro problema no entendimento de que a pena de um só dos crimes já abrangeria o conteúdo de injusto e de culpabilidade de outro ou outros. É que se dita pena se mostra adequada a mais de um crime, por identidade de razões ao menos tende a ser excessiva para apenas um crime.

Para aproveitar o exemplo do estelionato, a pena nele prevista tende a ser excessiva quando aplicada ao agente que não praticou outro delito na sua execução. Viola os princípios (ou regras, a depender da teoria) da igualdade, da proporcionalidade e da individualização da pena punir igualmente quem comete apenas um crime e quem comete esse mesmo crime e um outro.

Nessa linha de raciocínio, Ingeborg Puppe questiona enfaticamente a possibilidade de se reconhecer a consunção, que só se fundamenta em uma insinuação de que o legislador menosprezou conscientemente um grupo de casos apenas por sua raridade e, somente por isso, prescreveu para eles sanções inadequadas de acordo com sua própria

³²⁹ PUPPE, Ingeborg: **Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen**: Logische Studien zum Verhältnis von Tatbestand und Handlung. Berlin: Duncker & Humblot, 1979, p. 322-323. Igualmente: ESCUCHURI AISA, Estrella. **Teoría del concurso de leyes y de delitos**: bases para una revisión crítica. Granada: Comares, 2005, p. 332.

³³⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 53.

opinião.³³¹

Não é demais ressaltar que ditos princípios, previstos como direitos fundamentais, apresentam o que se chama de dimensão objetiva, de modo a influir em toda a interpretação constitucional e infraconstitucional.

Além disso, fixando-se que se precisa entender que o legislador levou em conta um crime quando tipificou outro para aplicar a consunção, resta a inconveniência de uma certa petrificação do concurso aparente de normas penais.

De fato, pense-se nas ações de *hackers* que invadem computadores alheios, apossam-se de senhas de acesso a contas bancárias via *internet*. Em poder dessas senhas, esses indivíduos acessam as contas e realizam, por exemplo, pagamentos ou transferências em seu proveito. A invasão de computadores pode configurar o crime previsto no art. 10 da Lei nº 9.296, de 1996. O estelionato e o furto (a tipificação da conduta que se usou como exemplo é objeto de discussão, irrelevante para os fins do presente estudo), a seu turno, encontram-se presentes já na redação original do Código Penal de 1940. Então, mesmo que se aceite a regularidade ou frequência com que o estelionato é cometido por essa forma, não se poderia aplicar a regra da consunção, dado que nem o mais previdente dos legisladores poderia há sessenta anos imaginar o uso de redes de computadores para o seu cometimento.

Com isso, não se quer dizer que esse caso específico seja de aplicação da consunção: tenta-se, por meio desse exemplo, demonstrar que o entendimento da previsão do legislador como que cristaliza um número de modos possíveis de cometimento do crime existentes ao tempo dos debates do projeto de lei. Fora desses casos, não se haveria de falar em consunção, o que pode acarretar injustiças nos casos concretos.

Afora isso, bem observou a citada Estrella Aisa que há casos de delitos regularmente praticados em conjunto que se põem em relação de concurso efetivo.³³² Para corroborar a validade do pensamento dessa autora inclusive no Brasil, suficiente se ater ao caso do crime de formação de quadrilha ou bando do art. 288 do Código Penal. Inegável que dito crime se pratica frequentemente ao lado de outros, exatamente aqueles para os quais os

³³¹ PUPPE, Ingeborg: **Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen**: Logische Studien zum Verhältnis von Tatbestand und Handlung. Berlin: Duncker & Humblot, 1979, p. 323.

³³² ESCUCHURI AISA, Estrella. **Teoría del concurso de leyes y de delitos**: bases para una revisión crítica. Granada: Comares, 2005, p. 332.

quadrilha se associaram. Ainda assim, o Supremo Tribunal Federal³³³ e o Superior Tribunal de Justiça³³⁴ aplicam as regras do concurso material, por exemplo, entre os crimes de formação de quadrilha e de roubo, de formação de quadrilha e de sonegação e de formação de quadrilha armada e porte ilegal de arma.

Dessarte, o caminho para o reconhecimento do concurso aparente de normas penais não passa por qualquer critério de frequência no cometimento do delito.

Padece dos mesmos problemas a teoria da consunção de um suposto crime-meio pelo crime-fim. Haveria a necessidade de mostrar que o crime-fim abrange o crime-meio. Demonstrado isso, restaria por explicar o motivo de não se considerar esse um caso a se resolver pelo critério da especialidade, porquanto uma norma conteria em si integralmente a outra, mas não o inverso, como se nota claramente nos exemplos de crime progressivo e de crime complexo.³³⁵

Em nada ajuda eventualmente aludir a uma especialidade em concreto, porquanto a relação de especialidade do caso concreto só pode existir como individualização ou concretização da especialidade em abstrato, isto é, no plano normativo. A especialidade existe ou não já entre as normas, sem terceira possibilidade.³³⁶ O mesmo problema apresenta a teoria de que na consunção há uma norma mais ampla que outra. A confusão com a especialidade é de tal monta que se chega a usar a mesma imagem de dois círculos em relação de continente e conteúdo para exprimir graficamente a consunção.³³⁷

³³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 85183/RJ. Impetrante: Flávio Jorge Martins e outros. Paciente: João Batista Cândido da Silva. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 02 de agosto de 2005. **Diário da Justiça**, 11 maio 2007, p. 272. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 83447/SP. Recorrente: Adriano Aparecido Ribeiro Duarte. Recorrido: Ministério Público Federal. Brasília, 17 de fevereiro de 2004. Relator: Ministro Celso de Mello. **Diário da Justiça**, 26 nov. 2004, p. 35. Este segundo acórdão se refere ao concurso efetivo entre porte ilegal de arma de fogo e quadrilha armada. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84453/PB. Impetrante: Emerson Davis Leônidas Gomes. Paciente: Francisco Alberto de Lucena Rabello. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator p/ acórdão: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 17 de agosto de 2004. **Diário da Justiça**, 04 fev. 2005, p. 27. Este último é relativo ao concurso entre o crime de bando e o de sonegação.

³³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 60695/RJ (200601235673). Impetrante: Fuad Zacharias. Paciente: Michael Roger Senna de Souza. Impetrado: Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, 07 de novembro de 2006. **Diário da Justiça**, 18 dez. 2006, p. 431.

³³⁵ Crítica semelhante a de: MANTOVANI, Ferrando. **Concorso e conflitto di norme nel diritto penale**. Bologna: Nicola Zanichelli, 1966, p. 92.

³³⁶ FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto penale**: Parte generale. 3. ed. Bologna: Zanichelli, 1999, p. 617.

³³⁷ Louvando-se em lição de Wilhelm Sauer, usa tal imagem: CHAIB, Euvaldo. O princípio da consunção no direito penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 73, n. 581, p. 273-275, mar. 1984, p. 274.

O citado Luís Duarte d'Almeida também demonstra que preterir um crime por ser meio de outro significa tomar o desvalor imediato de um fato pelo desvalor mediato de outro, em inaceitável confusão de realidades valorativas diversas e de gravidades distintas. No limite, implica aceitar que se cometa impunemente um homicídio para roubar a vítima.³³⁸

Essa diversidade de desvalores impede qualquer alegação de *bis in idem*, inclusive por sua feição substancial. Nesse sentido, decidiu o Tribunal Constitucional português, em caso de uso de documento falso para o cometimento de crime de burla (equivalente ao estelionato no Brasil):

Não ficando a protecção de lesão ou perigo de lesão de bens jurídicos merecedores de tutela penal esgotada ou consumida por um dos tipos que a conduta do agente preenche, não viola o princípio da necessidade das penas e, consequentemente, o *ne bis in idem* material, a punição em concurso efectivo (concurso ideal heterogéneo), mediante esse critério teleológico, do *crime-meio* e do *crime-fim*, porque cada uma das punições sanciona uma típica negação de valores pelo agente.³³⁹

O referido José Moutinho rechaça corretamente o argumento de que o crime-meio concretamente necessário fundamente a consunção. Segundo ele, não se há de deixar de ter em mente que o agente escolheu ou ao menos aceitou aquelas circunstâncias mesmo quando poderia optar simplesmente por não agir naquelas circunstâncias. No plano do direito positivo português, ele chama a atenção para crimes como o de furto mediante arrombamento. O arrombamento pode ser o meio concretamente necessário para um determinado furto e nem por isso se deve admitir que o agente receba a punição pelo furto simples e não pelo qualificado.³⁴⁰

A lição de Moutinho se encaixa perfeitamente ao direito brasileiro, inclusive

³³⁸ D'ALMEIDA, Luís Duarte. **O “concurso de normas” em direito penal**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 74. NINO, Carlos Santiago. **Los límites de la responsabilidad penal**: una teoría liberal del delito. Trad. Guillermo Rafael Navarro. Buenos Aires: Astrea, 2006, p. 446. Este diz que na maioria das vezes a prática da conduta prevista em mais de uma norma é mais grave que a de uma delas isoladamente. Desse modo, não há razão para aplicar só uma pena em virtude da conexão instrumental entre diversas ações individuais. Ele, porém, excepciona os casos em que o crime é meio normal ou necessário de outro, para os quais admite por vezes a aplicação exclusiva da pena mais grave. ARCE AGGEO, Miguel Ángel. **Concurso de delitos en materia penal**: su evolución desde el finalismo hasta el funcionalismo. Una visión de la pluralidad de delitos desde la perspectiva de la Ontología del lenguaje y la Teoría comunicativa del delito. 2. ed. Buenos Aires: Universidad, 2007, p. 80-81. Para este outro autor argentino, punir só um deles viola injustificadamente o princípio *quot delicta tot poenae* (cada delito deve ter uma pena).

³³⁹ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 303/2005. Processo nº 242/2005. Recorrente: Paulo Manuel Martins da Silva. Recorrido: Ministério Público. Relator: Artur Maurício. Lisboa, 08 de junho de 2005. **Diário da República**, II Série, n. 150, 05 ago. 2005, p. 11.182.

³⁴⁰ MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português**. Lisboa: Universidade Católica, 2005, p. 1.058.

no tocante ao exemplo do furto qualificado. No Brasil, o art. 155, § 4º, prevê como furto qualificado a conduta de “Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel, com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa.”. Se o crime de dano necessário ao furto qualificado devesse ser consumido, isso implicaria dizer que existe *bis in idem* entre a modalidade simples e a qualificadora do dano, motivo pelo qual esse crime qualificado seria inconstitucional. No limite, toda qualificadora, causa de aumento de pena ou agravante que consistisse ela mesma em um crime seria de se considerar inconstitucional. O absurdo da solução torna desnecessários maiores esclarecimentos a respeito.

Os mesmos argumentos de violação da individualização da pena, da proporcionalidade e da igualdade cabíveis contra a tese da consunção pelo critério da frequência estatística se aplicam à da consunção do crime-meio pelo crime-fim. Com efeito, se somente a pena do crime-fim basta a quem o comete juntamente com o crime-meio, claramente se mostra excessiva a quem comete apenas o crime-fim. Viola os mencionados princípios da igualdade, da proporcionalidade e da individualização da pena sancionar igualmente quem comete um crime através de meio especialmente reprovável, tanto que configura um crime autônomo, e quem comete um crime por meio que não ultrapassa os limites típicos do crime-fim.

De se enfatizar o vício de fundo dessas teorias consistente na aceitação da figura de um legislador racional capaz de prever essas hipóteses concursais. Um tal legislador se invoca frequentemente nas teorias da consunção para explicar o porquê da pena de um crime incluir a de outro.

Ora, de há muito se rechaça o fetichismo da orientação subjetivista da interpretação, para a qual o sentido da lei se identifica com o sentido que um suposto legislador lhe deu, teoria ligada ao dogma da plenitude lógica do direito. A uma, pela própria impossibilidade de, ao menos em alguns casos, conhecer a vontade do legislador histórico, porquanto muitos dos antecedentes legislativos não se tornam públicos; e, a duas, pela intervenção de diversos legisladores na elaboração de um mesmo texto, comum nos parlamentos. Nem se pode rechaçar a possibilidade de nenhum desses legisladores querer o texto, dado que os parlamentos não se compõem somente de juristas e os votantes podem não saber em quê votam, exemplificativamente, por ajustes partidários. Em todos esses caso, não é possível individualizar a intenção de um dos legisladores para a fazer corresponder ao sentido

da lei.³⁴¹

Obviamente, esse obstáculo à aceitação da teoria não se afasta pela só mudança da alusão à “vontade do legislador” pela “vontade da lei”. Por outras palavras, não basta dizer que é da “vontade da lei” a consunção de um crime em outro: a burla de etiquetas se evidencia. E, a invocação da “vontade da lei” como recurso hermenêutico encontra críticas doutrinárias irrespondíveis. Já Pontes de Miranda mostrava o animismo e antropomorfismo da teoria, de resto imprecisa, por não se saber o que significa a vontade da lei, donde redundar sempre em escolha altamente subjetiva.³⁴²

Sequer se pode deixar de notar o círculo vicioso da afirmação de que a norma que prevê um certo tipo prevê outra por ser essa a “vontade da lei” ou mesmo a “previsão da lei”³⁴³. Precisamente a relação de continência axiológica que se deve demonstrar.

De mais a mais, não bastassem os seus vícios intrínsecos, a teoria da absorção do crime-meio pelo crime-fim não se compatibiliza com o ordenamento pátrio. Realmente, no Código Penal brasileiro, prevê-se como agravante da pena o cometer o crime “para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime” (art. 61, II, “b”). Para evitar a dupla valoração de um mesmo aspecto delitivo, dita circunstância se aplica quando quando não constitui ou qualifica o crime, segundo a cabeça do mesmo artigo.

Trata-se de circunstância agravante aplicável no caso de o agente pretender concurso efetivo de delitos (material ou formal) no qual um opera como crime-meio e outro como crime-fim, em conexão teleológica ou consequencial. Agrava-se a pena do crime-meio. Entende-se na doutrina que o crime-meio pode inclusive suceder ao crime-fim e que basta a intenção de conseguir a vantagem material (na execução ou na ocultação) ou moral (a impunidade), não sendo necessária a sua efetiva consecução, isto é, a agravante, caso especial

³⁴¹ Curiosamente, o próprio Karl Binding se punha contra a pesquisa da vontade do legislador. BINDING, Karl. **Handbuch des Strafrechts**, Band I. Neudruck der Ausgabe Leipzig 1885. Aalen: Scientia, 1991, p. 471 e seguintes. Também rechaçam a dita “vontade do legislador”, embora sob fundamentos teóricos distintos: ASCENSÃO, José de Oliveira. **Introdução à Ciência do Direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 380-381. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Sistema de ciência positiva do direito**, t. II: crítica da explicação e da elaboração do direito. Campinas: Bookseller, 2000, p. 215-219.

³⁴² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Sistema de ciência positiva do direito**, t. II: crítica da explicação e da elaboração do direito. Campinas: Bookseller, 2000, p. 215-219.

³⁴³ Como fazem: STRATENWERTH, Günter; KUHLEN, Lothar. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil I. Die Straftat. 5. Auflage. München: Carl Heymanns, 2004, p. 406.

de motivo torpe, aplica-se mesmo que o agente não chegue a cometer o crime-fim. Não se aplica, porém, a agravante se meramente ocasional a conexão entre os delitos. Parte da doutrina alude à fundamentação dessa norma, que residiria na maior repulsa social a quem comete dois delitos com tal relação e na maior periculosidade revelada pelo agente.³⁴⁴ A fundamentação da agravante não se compatibiliza, pois, com o benefício do reconhecimento do concurso aparente de normas.

Um exemplo de correta aplicação da agravante se encontra no Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que a entendeu cabível para o caso de agentes que roubam um veículo para com ele praticar novos roubos, desta feita contra instituição financeira federal:

PENAL E PROCESSO PENAL. DELITOS DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA E DE ROUBO CONTRA A CAIXA ECONOMICA FEDERAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA PERMANENTE E ESTÁVEL. NÃO INCIDÊNCIA DO TIPO AUTÔNOMO PREVISTO NO ART. 288 DO CÓDIGO PENAL. ROUBO DE VEÍCULO DE PARTICULAR. FORMA DE FACILITAR A PRÁTICA DO DELITO CONTRA A CEF. CONCURSO MATERIAL DE CRIMES. EXCLUSÃO DO CRIME DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA. PROVIMENTO PARCIAL DO APELO INTERPOSTO PELO RÉU.

[...]

2. O roubo de veículos não atuou, na realidade, como meio necessário, mas sim, como forma de facilitar a prática do delito contra a Caixa Econômica Federal. Há conexão teleológica, e não, absorção, entre as duas infrações penais, o que determina a aplicação da regra pertinente ao concurso material de crimes.

3. Entre os crimes de roubo praticados pelo acusado há relação de conexão teleológica, vez que um foi cometido para facilitar a prática do outro. Quando tal situação se verifica, incide a regra de competência prevista no art. 76, inciso II, do Código de Processo Penal, haja vista a inexistência, no caso em comento, da prática de dois crimes complementares independentes entre si, a cujos fatos delituosos não correspondem as circunstâncias qualificadoras, previstas no CPB, mas a agravante do art. 61, II, "b", do mesmo diploma legal repressivo.

[...]

6. Apelação do réu conhecida e parcialmente provida. Sentença reformada em parte.³⁴⁵

³⁴⁴ LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**, v. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 284-286. BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 343. BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**, t. 3. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 126. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 788. NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 272. NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 225-227. Este último, no entanto, afirma que, quando o agente consegue os dois resultados, aplica-se a regra do concurso material. Assim, parece excluir os casos de concurso formal do âmbito da agravante. A seu turno, exclui expressamente a agravante nos casos de crimes complexos, praticados em concurso formal e em continuidade delitiva: BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 254-255. COSTA JR., Paulo José da. **Código Penal comentado**. 9. ed. São Paulo: DPJ, 2007, p. 208.

³⁴⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal (5. Região). Apelação criminal n. 1710-PE (9705079650). Apelantes: Claudemir José da Silva. Apelado: Justiça Pública. Relator: Juiz Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho. Recife, 07 de abril de 2005. **Diário da Justiça**, 05 maio 2005, p. 508.

Essa interpretação do dispositivo afasta possível entendimento no sentido de que a agravação do crime-meio funcionaria como coapenamento pelo crime-fim, cuja pena não mais se aplicaria. Em outras palavras, o crime-fim restaria absorvido pelo crime-meio, por isso mesmo agravado: haveria aí um caso expresso de concurso aparente de normas penais incriminadoras. É que a própria literalidade do dispositivo em comento deixa claro que o agente quer cometer dois crimes. Não se aludiu à aparência de um crime no art. 61, II, “b”.

Constituiria mesmo um sem sentido, não defendido sequer pela doutrina da existência da consunção quando presente uma relação teleológica entre os fatos, entender que o crime-meio e não o crime-fim prevaleceria no concurso aparente de normas penais, isso independentemente de qual seja a maior das penas.

Enfatize-se que não se pode refutar esse argumento com um suposto caráter excludente de tipicidade da consunção. Sem a causa, o crime, não seria lícito aludir à consequência, a pena, no caso. Por essa via de raciocínio, excluída a tipicidade de um dos crimes, não se aplica a agravante e, pois, perde sua força a argumentação de que ela se incompatibiliza com o benefício da consunção.

A possível objeção não tem razão de ser: somente se exclui propriamente o que preexistia. Deixada de lado a corrente doutrinária que vislumbra no concurso aparente de normas penais uma questão de aplicação da pena, tem-se a de que esse instituto pertine à aplicação dos preceitos normativos. Nessa segunda corrente, ao fim de um procedimento hermenêutico, o intérprete chega à conclusão de que só aparentemente incidiria várias normas sobre um determinado fato. Depois de aplicadas as regras de solução do concurso aparente, percebe-se que nem todas as normas incriminadoras incidiram sobre aquela situação de fato. Isso explica as alusões ao tema de concurso aparente como uma questão de interpretação sistemática ou de ajuste do âmbito de validade das normas incriminadoras.³⁴⁶

Ora, nessa análise dos limites semânticos e valorativos das normas aparentemente concorrentes para a possível aplicação das regras de solução, tem papel

³⁴⁶ MANTOVANI, Ferrando. **Concorso e conflitto di norme nel diritto penale**. Bologna: Nicola Zanichelli, 1966, p. 698-699. WEGSCHEIDER, Herbert. **Echte und scheinbare Konkurrenz**: Zu materiellrechtlichen und prozessualen Fragen des „Zusammentreffens strafbarer Handlungen” (§ 28 StGB). Berlin: Duncker & Humblot, 1980, p. 201, 203, 212 e seguintes. MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português**. Lisboa: Universidade Católica, 2005, p. 785-787. MORO, Aldo. **Unità e pluralità di reati**: principi. 2. ed. Padova: CEDAM, 1954, p. 37-40 e 109-113.

essencial e insubstituível o tipo de pena. Daí a observação de José Moutinho, para quem o tipo de pena e o tipo de crime “correspondem-se, implicam-se reciprocamente, de modo que se iluminam. E, precisamente, o tipo de pena [...] torna-se determinante na determinação dos limites descritivo-valorativos do correspondente tipo de crime.”³⁴⁷ Portanto, no curso do proceder interpretativo, mostra-se imprescindível o recurso a penas de crimes que em verdade não se aplicam ao caso concreto, visto que sequer preenchidos efetivamente seus elementos. Nessa mesma esteira, vem a lição de Figueiredo Dias, que vê nas questões concursais uma hipótese exemplar de pensamento orientado pelo resultado, de modo tal que o sistema de punição como que retrotrai os seus efeitos para a própria definição da unidade ou pluralidade de crimes.³⁴⁸

Em nada infirma o que aqui se defende a alusão à pena como causa do crime. O preceito e a sanção não apresentam uma relação de causa e efeito enunciativa, descritiva, como fenômenos naturais. Sendo a norma uma mera construção humana, o preceito e a sanção apresentam conexão de imputação ou implicação condicional (“causalidade jurídica”), conferida por um functor deôntico, isto é, um dever ser.³⁴⁹ Bem demonstram que o nexa não é de causa e efeito as inúmeras possibilidades de cometimento de um crime sem a aplicação da pena, tais como as ditas causas de supressão de pena³⁵⁰, a prescrição e a absolvição por insuficiência de provas. De mais a mais, ir até a sanção para interpretar o preceito não quer dizer aplicar a sanção. O Tribunal Constitucional Alemão já teve a oportunidade de estabelecer com precisão a relação entre sanção e preceito. Julgando a respeito de contravenções e crimes, estabeleceu que “Cada norma penal contém um juízo de desvalor ético-social, ministrado com autoridade estatal. O conteúdo concreto desse juízo de desvalor resulta do suporte fático e da ameaça penal”. Em adição, disse que “Por um lado, o montante da pena se direciona conforme o valor normativamente fixado ao bem jurídico protegido por disposição legal que foi lesado e pela culpa do autor.” Sucede que, “Por outro

³⁴⁷ MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português**. Lisboa: Universidade Católica, 2005, p. 814 e 1.042. Nessa última página, o autor trata do requisito da pena no tocante ao fato posterior copunido.

³⁴⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: Parte Geral**, t. 1. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 992.

³⁴⁹ D'ALMEIDA, Luís Duarte. **O “concurso de normas” em direito penal**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 69-70. VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 93-95.

³⁵⁰ Vide a respeito da sua inclusão na categoria da punibilidade, alheia aos elementos do delito: CARVALHO, Érika Mendes de. O comportamento pós-delitivo positivo e as categorias do delito: uma contribuição à sua delimitação conceitual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 97, v. 875, p. 379-409, set. 2008, especialmente p. 403-404.

lado, só é possível extrair o peso de um crime a partir do conteúdo de desvalor da ação.” Daí, conclui que “também a ameaça de punição é de significado decisivo para a caracterização, avaliação e interpretação dos fatos delituosos.”³⁵¹ Estranheza deveria causar a efetivação da sanção, isto é, a aplicação da pena nela prevista mesmo em se considerando que o suporte fático do preceito não restou preenchido. Logo, nada tem de equivocado ou de absurdo lógico na consideração da sanção para a interpretação do próprio preceito.

Assente isso, vê-se que faltaria também uma limitação ao meio e ao fim que se poderiam considerar em concurso aparente de normas. Afinal, ninguém defenderia, por exemplo, a consunção de um homicídio de um servidor da administração fazendária cometido para assegurar a impunidade de um crime contra a ordem tributária.

Finalmente, Pierangeli e Zaffaroni entendem com razão que, sendo esse elemento subjetivo do injusto alheio ao tipo, não pode criar unidade de conduta quando o crime-fim seja tentado ou consumado.³⁵² A solução poderia mudar somente se dentro do próprio tipo a finalidade em tela.

Logo, no direito brasileiro, a conexão teleológica entre crimes atrai a incidência de agravante para o crime-meio, o que em regra não se compatibiliza com a teoria de consunção exatamente nesses casos e só por força dessa relação. Note-se bem: em regra, a “velha teoria do crime servil ou famulaticio”, como disse Aldo Moro, não basta à aplicação dos critérios de resolução do concurso normativo aparente. Ainda consoante esse autor, essa teoria, em termos tão gerais, leva à negação do concurso efeito de delitos, a despeito da necessidade de uma avaliação valorativa complexa e prudente de justiça substancial que se deve ter nessa matéria.³⁵³ Sendo assim, a mera relação, psicológica ou funcional, de meio a

³⁵¹ ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfGE) 27, 18. **Neue Juristische Wochenschrift**, 1969, p. 1.619 e seguintes. Disponível em <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv027018.html>>. Acesso em: 04 jul. 2008. Tradução livre de: “2. a) Jede Strafnorm enthält ein mit staatlicher Autorität versehenes sozial-ethisches Unwerturteil über die von ihr pönalisierte Handlungsweise. Der konkrete Inhalt dieses Unwerturteils ergibt sich aus Straftatbestand und Strafandrohung [...] Einerseits richtet sich die Strafhöhe nach dem normativ festgelegten Wert des verletzten Rechtsgutes und der Schuld des Täters. Andererseits läßt sich das Gewicht einer Straftat, der ihr in der verbindlichen Wertung des Gesetzgebers beigemessene Unwertgehalt in aller Regel erst aus der Höhe der angedrohten Strafe entnehmen. [...] ist auch die Strafandrohung für die Charakterisierung, Bewertung und Auslegung des Straftatbestandes von entscheidender Bedeutung [...]”

³⁵² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 788. “Trata-se de um elemento subjetivo do injusto que não se encontra tipificado, de modo que é ele relevado, genericamente, para efeitos da pena. [...] Como só se o toma em consideração para a determinação da pena, não pode criar nenhuma unidade de conduta no caso em que o outro delito seja tentado ou consumado, porque não é um elemento típico.”

³⁵³ MORO, Aldo. **Unità e pluralità di reati**: principi. 2. ed. Padova: CEDAM, 1954, p. 82-83.

fim entre delitos, não impõe e nem impede o concurso aparente de normas penais incriminadoras.

4 FUNDAMENTOS E ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA CONSUNÇÃO

Para fundamentar com princípios e regras o concurso aparente de normas penais, a grande maioria da doutrina, nacional e estrangeira, costuma se referir expressamente à proibição do *bis in idem*.

Um número menor de autores, geralmente de obras mais recentes, citam também a ordem de exaustão do fato ou mandado de esgotante apreciação de toda a matéria tipicamente ilícita como norma especialmente importante no concurso aparente.

Apenas para exemplificar, Ingeborg Puppe defende que as regras do concurso de tipos servem para evitar dois possíveis equívocos: a valoração plúrima na mesma pena de um fator relevante para a sua medição, seja este fator agravante ou atenuante, ou seja a proibição de dupla valoração, e evitar que reste sem consideração na pena qualquer fator agravante, a chamada ordem de exaustão.³⁵⁴

Cumprido, pois, nos limites do presente estudo, isto é, sem pretensões de esgotar o tema, analisar esses princípios e regras e sua incidência na regra da consunção.

4.1 Ordem de exaustão, *ne bis in idem*, proporcionalidade e culpabilidade na consunção

Na doutrina italiana, especificamente em Ferrando Mantovani, encontra-se uma formulação do “princípio da valoração jurídica integral do fato” (*principio della integrale valutazione giuridica del fatto*). Segundo essa teoria, no caso de incidirem sobre um

³⁵⁴ PUPPE, Ingeborg. § 52. In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ullrich (Hrsg.). **Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch**, Band I. 2. ed. Baden-Baden: Nomos, 2005, p. 1.532-1.572, p. 1.534. Semelhantemente: DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: Parte Geral**, t. 1. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 978. Sobre o *ne bis in idem* como fundamento do concurso aparente de normas penais, entre outros autores: PUIG PEÑA, Frederico. **Colisión de normas penales: concurso aparente de leyes punitivas**. Barcelona: Bosch, 1958, p. 45 e seguintes. PEÑARANDA RAMOS, Enrique. **Concurso de leyes, error y participación en el delito: Un estudio crítico sobre el principio de la unidad del título de imputación**. Madrid: Civitas, 1991, p. 53-54.

mesmo fato normas de ramos jurídicos distintos, notadamente penal, civil e administrativo, dito princípio importaria a solução pelo concurso efetivo. Por outras palavras, a valoração jurídica integral do fato implicaria a necessidade de aplicação das sanções previstas em todas as normas de natureza diversa. Ferrando Mantovani defende expressamente que, com tal aceção, esse princípio só opera nessas hipóteses: nos casos de concurso exclusivamente de normas penais, operaria o princípio do *ne bis in idem*.³⁵⁵

Em outro sentido, ainda para o mesmo autor, o princípio da valoração integral dos fatos se aplicaria quando as relações entre as normas for de mera interferência por elementos constitutivos ou particulares, de heterogeneidade ou de incompatibilidade, o que sempre induz, consoante Mantovani, concurso de crimes. Por força da incidência desse princípio, as normas referentes a todos os crimes devem se aplicar cumulativamente.³⁵⁶

Nada obstante, a necessidade de valorar integralmente o fato se aplica nos concursos aparentes de normas penais. Com efeito, a regra da valoração completa ou da ordem de exaustão dos fatos faz Ingeborg Puppe derivar do princípio da culpabilidade e do princípio mais geral de aplicação do direito pelo qual ninguém deve tirar vantagem do seu próprio comportamento ilícito. Quando a ordem de exaustão se refere aos fundamentos da determinação da pena em um caso concreto, vincula-se também à ordem de aplicação consequente das leis penais. Por isso, nessa última aceção, ela serve à legitimação legal da pena (*nulla poena sine lege*) e à publicidade e clareza dos fatores da medida da pena.³⁵⁷

A exceção a esse princípio estaria nos fatos que, como “*quantité négligeable*” - na expressão de Puppe - em relação a outros fatos, devem ser mantidos fora de consideração, nos termos do § 154a do Código de Processo Penal alemão. Dito preceito estipula:

§ 154a

(1) Se partes individuais separáveis de um fato ou algumas de diversas violações a lei que foram cometidas através de um mesmo fato têm pouca importância 1. para a pena ou medida de melhoria e segurança esperada ou 2. em relação a uma outra pena

³⁵⁵ MANTOVANI, Ferrando. **Concorso e conflitto di norme nel diritto penale**. Bologna: Nicola Zanichelli, 1966, p. 374-387.

³⁵⁶ MANTOVANI, Ferrando. **Concorso e conflitto di norme nel diritto penale**. Bologna: Nicola Zanichelli, 1966, p. 579-581.

³⁵⁷ PUPPE, Ingeborg. § 52. In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ullrich (Hrsg.). **Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch**, Band I. 2. ed. Baden-Baden: Nomos, 2005, p. 1.532-1.572, p. 1.535. Igualmente: ESCUCHURI AISA, Estrella. **Teoría del concurso de leyes y de delitos**: bases para una revisión crítica. Granada: Comares, 2005, p. 332-333.

ou medida de melhoria e segurança, então a persecução pode ser limitada às outras partes do fato ou às outras violações da lei. O § 154, alínea 1, n. 2, aplica-se por analogia. A limitação deve ser registrada nos autos.

(2) Depois do oferecimento da denúncia, o Tribunal pode proceder à limitação da persecução em qualquer fase do procedimento, com o consentimento do Ministério Público.

(3) O Tribunal pode, em qualquer fase do procedimento, reinserir as partes do fato ou as violações da lei excluídas.

(4) O requerimento de reinserção do Ministério Público tem que ser atendido. Se as partes de um fato forem reinseridas, aplica-se o § 265, alínea 4, por analogia.³⁵⁸

Os dispositivos aos quais o § 154a remete tratam de matéria exclusivamente processual, de modo que não importam para o entendimento da autora a respeito das exceções à ordem de valoração completa dos fatos.

Nessa esteira, Ingeborg Puppe traz por exemplo de fatos irrelevantes os danos causados nas roupas da vítima de um delito de homicídio. A seu ver, aplicar em tal hipóteses as penas do crime de dano seria sem sentido por razões psicológicas e normativas.³⁵⁹ Efetivamente, a fundamentação material para o dispositivo, exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, encontra a doutrina alemã exatamente na insignificância relativa dos fatos, que restam punidos com justiça em virtude de outra pena ou medida de segurança anteriormente impostas ou que se espera que o sejam, tanto assim que em alguns casos influem em sua dosimetria.³⁶⁰

Não há norma equivalente ao § 154a do Código de Processo Penal alemão no direito brasileiro. Assim, seria o caso de se indagar se a consideração de um fato como *quantité négligeable* deve se dar no Brasil como na Alemanha e, no limite, se a própria

³⁵⁸ Tradução livre de: “§ 154a (1) Fallen einzelne abtrennbare Teile einer Tat oder einzelne von mehreren Gesetzesverletzungen, die durch dieselbe Tat begangen worden sind, 1. für die zu erwartende Strafe oder Maßregel der Besserung und Sicherung oder 2. neben einer Strafe oder Maßregel der Besserung und Sicherung, die gegen den Beschuldigten wegen einer anderen Tat rechtskräftig verhängt worden ist oder die er wegen einer anderen Tat zu erwarten hat, nicht beträchtlich ins Gewicht, so kann die Verfolgung auf die übrigen Teile der Tat oder die übrigen Gesetzesverletzungen beschränkt werden. § 154 Abs. 1 Nr. 2 gilt entsprechend. Die Beschränkung ist aktenkundig zu machen. (2) Nach Einreichung der Anklageschrift kann das Gericht in jeder Lage des Verfahrens mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft die Beschränkung vornehmen. (3) Das Gericht kann in jeder Lage des Verfahrens ausgeschiedene Teile einer Tat oder Gesetzesverletzungen in das Verfahren wieder einbeziehen. Einem Antrag der Staatsanwaltschaft auf Einbeziehung ist zu entsprechen. Werden ausgeschiedene Teile einer Tat wieder einbezogen, so ist § 265 Abs. 4 entsprechend anzuwenden.”

³⁵⁹ PUPPE, Ingeborg. § 52. In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ullrich (Hrsg.). **Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch**, Band I. 2. ed. Baden-Baden: Nomos, 2005, p. 1.532-1.572, p. 1.535.

³⁶⁰ ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Tradução Gabriela Córdoba; Daniel Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003, p. 90-92. O autor chama a atenção, porém, para a eventual violação da presunção de inocência decorrente da punição do crime excluído via dosimetria do crime objeto do processo. É que, nesses casos, o crime excluído pode não restar suficientemente comprovado. ROXIN, Claus; ACHENBACH, Hans. **Strafprozessrecht**. 16. Auflage. München: C. H. Beck, 2006, p. 126.

existência de uma ordem de exaustão dos fatos merece acolhimento no ordenamento pátrio.

A regra de exaustão ou valoração completa dos fatos encontra acolhimento, ao menos implícito, em grande parte da doutrina do concurso aparente de normas. Encontra-se frequentemente a afirmação de que esse fenômeno – ou, mais restritamente, a consunção – teria lugar quando uma das normas aparentemente concorrentes abarca completamente o desvalor do injusto e da culpabilidade previsto na outra, restando esta por isso mesmo afastada.³⁶¹

Mesmo Luís d'Almeida, que nega a existência do concurso aparente de normas e escreveu tendo em mente o ordenamento português usa como um dos seus argumentos principais a falta de autorização legislativa para que o juiz deixe impune uma parte da conduta cujo desvalor não se inclui em uma só norma. Que o desvalor da conduta não se abarca por uma só norma, prova-se, a seu ver, pelo fato de serem várias as normas aplicáveis. Excluir da punição um dos delitos também pode levar a severas violações do princípio da igualdade. Ao menos em alguns autores, o crime menos grave pode consumir o mais grave. Daí, pode ocorrer a situação de quem cometeu os dois crimes sofrer a punição apenas do menos grave e quem cometer somente o mais grave sofrer a punição do mais grave. Por outras palavras, para quem cometeu dois crimes A e B, a pena será menos grave que para quem cometeu apenas o crime B. Ainda que não se chegue a tal ponto, o certo é que não se mostra compatível com a igualdade dar a quem cometeu dois crimes o mesmo tratamento de quem cometeu um só crime, isso sem sequer autorização ou imposição legal.³⁶² À mesma conclusão leva a consideração do princípio constitucional da individualização da pena.

Embora sem escrever expressamente a respeito da ordem de exaustão dos fatos, José Moutinho tem doutrina semelhante. Ao criticar parte da doutrina do concurso aparente de normas incriminadoras que justifica o afastamento de uma norma somente com base em uma pretensa renúncia à punição pela suficiência de uma delas, apesar de serem

³⁶¹ ESCUCHURI AISA, Estrella. El principio non bis in idem y el concurso de leyes penales en la dogmática y jurisprudencias españolas. **Revista peruana de ciencias penales**, Lima, n. 16, p. 195-256, 2005, p. 202. Essa é, em outras palavras, a definição de consunção (quando os fatos são regular e tipicamente cometidos juntos) de: WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. **Strafrecht: Allgemeiner Teil: Die Straftat und ihr Aufbau**. 32. neu bearbeitete Auflage. Heidelberg: C. F. Müller, 2002, p. 276. Semelhante, embora sem a inclusão do requisito da regularidade típica, o conceito de: DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: Parte Geral**, t. 1. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 1.011. MAURACH, Reinhart. **Tratado de derecho penal**, t. II. Trad. Juan Cordoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962, p. 438 e 443. O último reputa existente concurso de leis e – expressamente – consunção quando um dos tipos esgota o pleno injusto do ato.

³⁶² D'ALMEIDA, Luís Duarte. **O “concurso de normas” em direito penal**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 71.

ambas aplicáveis, José Moutinho lhe aponta a falta de base legal ou fundamento material. Para ele, viola materialmente o princípio da legalidade sobrepor ao juízo legal de justificação da pena o juízo de desnecessidade de aplicação de uma norma que se reconhece incidente. A falta de legitimação material reflete, ademais, na própria violação à igualdade. Tal qual Luís Duarte d'Almeida, José Moutinho entende injustificável deixar de aplicar a punição a um agente por cometer outro crime. Indaga ele: “Não é evidente que, nessa base, se está a renunciar à punição onde ela justamente parece mais necessária?”³⁶³

Na mesma linha, sem citar a ordem de exaustão dos fatos, Friedrich Geerds: “se nós considerarmos como concurso a coexistência de várias leis penais, só tem pleno sentido falar desta perante uma pluralidade de legitimações penais, ou seja, quando nenhuma das leis oferece um critério de medida esgotante para a ilicitude do comportamento do agente”. Tratando da consunção, o mesmo autor assentou que ela ocorre “quando o conteúdo de injusto de uma prescrição é completamente abrangido pelo de outra”.³⁶⁴

Na doutrina argentina, Miguel Arce Aggeo define consunção em termos semelhantes ao de Geerds, agregando que na consunção o conteúdo de injusto e de culpabilidade de uma ação típica inclui a de outra, de modo que a condenação por só uma delas já abrange exhaustivamente o desvalor de todo o processo.³⁶⁵

Então, não se mostram necessárias previsões processuais como a alemã para que se reconheça a regra de exaustão ou valoração completa dos fatos no Brasil. De início, vale lembrar que a própria Ingeborg Puppe defende que a teoria do concurso tem por fim a aplicação de uma pena proporcional à culpabilidade³⁶⁶, o que também se cuida de finalidade do direito penal pátrio (o art. 59, *caput*, do Código Penal, deixa expresso que a fixação da

³⁶³ MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português**. Lisboa: Universidade Católica, 2005, p. 697.

³⁶⁴ GEERDS, Friedrich. **Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht**. Hamburg: Hansischer Gildenverlag, Joachim Heitmann & Co, 1961, p. 165 e 223. Tradução livre, respectivamente, de: “Verstehen wir unter Konkurrenz das Zusammenwirken mehrerer Strafgesetze, so kann davon sinnvollerweise nur bei einer Mehrheit von Strafberechtigungen gesprochen werden, d. h. wenn keines der Gesetze einen erschöpfenden Maßstab für die Rechtswidrigkeit der Verhaltensweise des Rechtsbrechers bietet.” e “wenn der Unrechtsgehalt einer Vorschrift von einer anderen vollständig umfaßt wird”. Definição muito semelhante em: WELZEL, Hans. **Das deutsche Strafrecht: Eine systematische Darstellung**. 6. ed. Berlin: Walter de Gruyter, 1958, p. 197.

³⁶⁵ ARCE AGGEO, Miguel Ángel. **Concurso de delitos en materia penal: su evolución desde el finalismo hasta el funcionalismo**. Una visión de la pluralidad de delitos desde la perspectiva de la Ontología del lenguaje y la Teoría comunicativa del delito. 2. ed. Buenos Aires: Universidad, 2007, p. 188.

³⁶⁶ PUPPE, Ingeborg. **Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen**. Logische Studien zum Verhältnis von Tatbestand und Handlung. Berlin: Duncker & Humblot, 1979, p. 19-21.

pena atende à culpabilidade).

Entendida a ordem de exaustão dos fatos, cumpre analisar o dito *ne bis in idem* em sentido material e seus efeitos no concurso aparente de normas penais incriminadoras. No Brasil, ao contrário do que se passa em outros países - como Portugal, Alemanha e os Estados Unidos (respectivamente no art. 29º, n. 5³⁶⁷, art. 103, (3)³⁶⁸ e na 5ª emenda³⁶⁹ constitucionais) -, as vedações processuais e materiais sintetizadas sob a fórmula latina do *ne bis in idem* não mereceram previsão constitucional expressa.

Apesar disso, o *ne bis in idem* ou princípio do não risco duplo mereceu aceitação expressa da doutrina e da jurisprudência pátrias. Os fundamentos de direito positivo para tanto variam. Apontam-se as exceções de litispendência e a de coisa julgada do art. 95 do Código de Processo Penal, o art. 14, cláusula 7, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas (ONU), de 1966, que contou com a adesão do Brasil em 1992, e a cláusula 8ª, item 4, do Pacto de *San José* da Costa Rica, ratificada e promulgada pelo Brasil também em 1992.³⁷⁰ Em sua vertente substancial, baseia, por exemplo, a proibição de considerar circunstância agravante algum fato que constitua ou qualifique o crime (art. 61, *caput*, do Código Penal).

³⁶⁷ “Ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime.”

³⁶⁸ “Ninguém poderá ser punido mais de uma vez pelo mesmo crime com fundamento nas leis penais comuns.”
Tradução livre de: “Niemand darf wegen derselben Tat auf Grund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden.”

³⁶⁹ “Ninguém será detido para responder por um crime capital ou outro infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes posto em risco em sua vida ou integridade física; nem será obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização”. Tradução livre de: “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation”.

³⁷⁰ BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal**: entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 346-355. MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do *ne bis in idem* e a Constituição Brasileira de 1988. **Boletim Científico**: Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, a. 4, n. 16, p. 11-78, jul./set. 2005, p. 41-43. ARCE AGGEO, Miguel Ángel. **Concurso de delitos en materia penal**: su evolución desde el finalismo hasta el funcionalismo. Una visión de la pluralidad de delitos desde la perspectiva de la Ontología del lenguaje y la Teoría comunicativa del delito. 2. ed. Buenos Aires: Universidad, 2007, p. 48. O Tribunal Constitucional peruano já reconheceu que a citada norma do Pacto de *San José* da Costa Rica funda o direito ao devido processo penal, que engloba o *ne bis in idem* em sentido processual. A respeito: CARO CORIA, Dino Carlos. El principio de *ne bis in idem* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 15, n. 66, p. 09-52, maio/jun. 2007, p. 18.

O *ne bis in idem*, ademais, fundamenta-se na necessidade de proporcionalidade à culpabilidade³⁷¹ e na índole de regulação exaustiva das normas incriminadoras, esta decorrente diretamente da regra da legalidade e indiretamente da identidade dos casos e soluções concretas consigo próprias (“o que é, é”). Segundo esta, a norma tende a identificar exaustivamente um determinado caso e a lhe imputar uma solução exclusiva.³⁷² Em outras palavras, a norma incriminadora, por sua essência, os elementos típicos mínimos necessários à configuração do delito, e por seus acidentes, as circunstâncias, tende a abarcar em si isoladamente os casos que prevê e a lhe dar a única solução possível.

A relação entre legalidade, tipicidade e *ne bis in idem* já a assentou o Tribunal Constitucional espanhol desde o julgamento do caso que se considera como o primeiro no reconhecimento dessa última regra na Espanha (Sentença do Tribunal Constitucional nº 2/1981).³⁷³

Necessário, porém, um certo cuidado na fixação do conteúdo e da maneira de aplicação do *ne bis in idem*. Grande parte da doutrina defende que em casos de concurso aparente a aplicação de todas as normas infringiria a regra do *ne bis in idem*. Isso explicaria a necessidade de recurso à regras de solução desse concurso. Entretanto, o que se deveria demonstrar era exatamente a existência da valoração plúrima, donde as corretas alusões uma certa circularidade nas afirmações de que o *ne bis in idem* fundamenta o concurso aparente de normas e à relatividade das vedações por ele expressas.³⁷⁴

Para evitar tal problema, de mister inicialmente afastar a ideia de que o *ne bis in idem* no sentido material implica a proibição de valorar um mesmo fato ou substrato real por mais de uma vez. Levando-se o raciocínio equivocado às últimas consequências, a regra impediria, exemplificativamente, que alguém pudesse por uma mesma ação receber uma

³⁷¹ PUPPE, Ingeborg: **Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen**: Logische Studien zum Verhältnis von Tatbestand und Handlung. Berlin: Duncker & Humblot, 1979, p. 20.

³⁷² MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português**. Lisboa: Universidade Católica, 2005, p. 259 (nesta, concedendo os devidos créditos a García Albero), 283, 870 e 897. Semelhantemente: MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do *ne bis in idem* e a Constituição Brasileira de 1988. **Boletim Científico**: Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, a. 4, n. 16, p. 11-78, jul./set. 2005, p. 63.

³⁷³ ESPANHA. Recurso de amparo 2/1981 (Sentencia). Número de registro 90/1980. Ponente: don Manuel Díez de Velasco Vallejo. Sala: Sala Primera: Excmos. Sres. García-Pelayo, Latorre, Díez de Velasco, Begué, Gómez-Ferrer y Escudero. Fecha de Aprobación: 30/1/1981. **Boletín Oficial del Estado** 19810224, n. 47.

³⁷⁴ ESCUCHURI AISA, Estrella. **Teoría del concurso de leyes y de delitos**: bases para una revisión crítica. Granada: Comares, 2005, p. 143 e 435. FROSALI, Raoul Alberto. **Concorso di norme e concorso di reati**. Città di Castello: Leonardo da Vinci, 1937, p. 221, 561 e 610.

sanção penal e uma sanção civil, ou duas sanções penais previstas na mesma norma (como pena privativa de liberdade e multa ou duas penas restritivas de direitos) ou em normas distintas (tal qual se dá no concurso formal, consoante o art. 70 do Código Penal), ou qualquer destas sanções penais com uma sanção administrativa, o que não se aceita nem na doutrina, nem na jurisprudência, nem na legislação do Brasil.

Na feição substancial, a regra obriga à imposição tão só das consequências previstas para um determinado crime. Não proíbe, ao revés, a possibilidade de a um mesmo fato corresponderem vários crimes e, pois, diversas penas.³⁷⁵ Funda-se o *bis in idem*, nessa feição substancial, em exigências de efetiva justiça e de proporcionalidade, finalidades distintas (mas nem sempre conflitantes) das verificadas na feição processual, de conferir certeza sobre e evitar contradições entre as decisões judiciais.³⁷⁶

No plano teórico, encontram-se fundamentadas afirmações de que o sentido da norma incriminadora não se cuida de completar a identificação do caso e a solução dada por outras normas e sim lhe dar uma solução exclusiva.³⁷⁷

Nada obstante, a pluralidade de normas protetoras de um mesmo bem jurídico, por vezes de condutas bastante assemelhadas, trata-se de realidade inegável. A tese de que cada norma se deve aplicar exclusivamente se prende claramente ao mito da existência

³⁷⁵ ESCUCHURI AISA, Estrella. **Teoría del concurso de leyes y de delitos**: bases para una revisión crítica. Granada: Comares, 2005, p. 435. MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português**. Lisboa: Universidade Católica, 2005, p. 285-286. A assertiva pela acumulação permanece válida mesmo para quem defende que a pluralidade de sanções de natureza diversa acarreta pluralidade de preceitos, tal como: PETROCELLI, Biagio. **L'antigiuridicità**. 4. ed. Padova: CEDAM, 1966, p. 24-28.

³⁷⁶ MANTOVANI, Ferrando. **Concorso e conflitto di norme nel diritto penale**. Bologna: Nicola Zanichelli, 1966, p. 421-422. MORO, Aldo. **Unità e pluralità di reati**: principi. 2. ed. Padova: CEDAM, 1954, p. 81. “Outro há-de ser o fundamento para a vertente estritamente material do princípio, porque aí, sendo a dupla penalização simultânea, não é a afronta à paz jurídica que está em causa. O fundamento da proibição da plúrima punição pelo «mesmo crime» no âmbito do mesmo processo só pode encontrar-se em conjugação com os princípios da necessidade e da proporcionalidade das penas e das medidas de segurança, isto é, pela ideia de que, sendo as sanções penais aquelas que, em geral, maiores sacrifícios impõem aos direitos fundamentais devem ser evitadas, na existência e na medida, sempre que não se demonstre a sua necessidade, e que a «dupla penalização» materializa, só por si, a desnecessidade ou a desproporção (sobre o acolhimento constitucional do princípio da necessidade das penas, pode ver-se a jurisprudência elencada no n. 8.1 do já referido Acórdão n.º 494/2003).” PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 303/2005. Processo nº 242/2005. Recorrente: Paulo Manuel Martins da Silva. Recorrido: Ministério Público. Relator: Artur Maurício. Lisboa, 08 de junho de 2005. **Diário da República**, II Série, n. 150, 05 ago. 2005, p. 11.181. Sobre as relações entre proporcionalidade e *ne bis in idem* material no Tribunal Constitucional peruano: CARO CORIA, Dino Carlos. El principio de *ne bis in idem* em la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 15, n. 66, p. 09-52, maio/jun. 2007, p. 13.

³⁷⁷ MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português**. Lisboa: Universidade Católica, 2005, p. 269.

de um legislador racional, que prevê em cada tipo penal uma conduta e comina justamente todas as sanções possíveis. Esse legislador racional consultaria os demais tipos existentes no ordenamento para a previsão de novos crimes. O mito, porém, desfaz-se com um breve passar de olhos na tão caótica legislação penal pátria.

Por isso, há de se relativizar a pretensão de exclusividade de norma penal, de modo que a eventual vulneração do *ne bis in idem* se deve verificar após a aplicação da regra da valoração integral do fato. Depois de valorado integralmente o objeto do processo, qualquer nova punição contraria essa regra.³⁷⁸

Mesmo defendendo a referida acepção um tanto diversa da valoração integral dos fatos, Mantovani entende que no concurso aparente de normas e no concurso de crimes se trata sempre de valorar integralmente os fatos: no primeiro caso, basta a tanto uma norma; no segundo, somente com mais de uma se atinge esse escopo.³⁷⁹ A lição de Mantovani acerca da inaplicabilidade da ordem de exaustão dos fatos aos casos de concurso aparente de normas, tal qual exposto, não se há de aceitar. Porém, a sua compatibilização da ordem de exaustão dos fatos e do *ne bis in idem* se adequa ao aqui defendido.

Aldo Moro, também na Itália, enfatiza o que chamou de “princípio de absorção por continência dos valores” (*principio de assorbimento per continenza di valore*), que para ele se cuida de um cânone lógico de interpretação das leis e no fundo aplicação de direito material do princípio processual da vedação do *bis in idem*. Por essa via, contém-se a punição nos limites de uma justiça efetiva. O mesmo autor adverte para a importância de uma valoração atenta do intérprete que conduza sem margem para dúvidas ao resultado de que um fato delitivo contém o desvalor de outro e que não mais se mostra necessária uma punição.³⁸⁰

Baseando-se em raciocínios desse jaez que se ensina corretamente que nos casos de concurso aparente de normas (e mesmo nos de delitos) o princípio da valoração integral dos fatos tem uma função fundamentadora e a regra da vedação do *bis in idem* tem

³⁷⁸ ESCUCHURI AISA, Estrella. **Teoría del concurso de leyes y de delitos**: bases para una revisión crítica. Granada: Comares, 2005, p. 436. LORENZO SALGADO, José Manuel. A relación entre os arts. 379 e 380 do CP: ¿concurso de delitos ou de leis? (en torno aos aspectos essenciais da negativa a someterse ás probas correspondentes para a comprobación dos feitos descritos no art. 379). **Revista Xurídica Galega**, n. 47. Disponível em: <<https://www.rexurga.es/pdf/COL209.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2009, p. 60.

³⁷⁹ MANTOVANI, Ferrando. **Concorso e conflitto di norme nel diritto penale**. Bologna: Nicola Zanichelli, 1966, p. 580-581.

³⁸⁰ MORO, Aldo. **Unità e pluralità di reati**: principi. 2. ed. Padova: CEDAM, 1954, p. 81.

uma função limitadora.³⁸¹ Nessa linha de ideias, de se reter que apenas uma análise apressada poderia levar à conclusão de que a proibição do *bis in idem* e a ordem de exaustão dos fatos se tratam de regras contrárias (ou mesmo contraditórias), de modo que caberia decidir no caso concreto qual deles mereceria aplicação. A suposta antinomia se esvai ao se tomar essas regras como complementares e decorrências do mesmo fundamento, a proporcionalidade.³⁸² Por conseguinte, tendo esses fundamentos constitucionais, os casos de insignificância relativa, de *quantité négligeable*, no Brasil, não se cuidam de mera exceção facultativa à obrigação de acusar, como no citado dispositivo processual alemão; ao revés, tal qual se demonstrará melhor abaixo, se insignificante em concreto, o fato não pode ser objeto de denúncia como crime autônomo.

Vale frisar em adição que a proporcionalidade deve ser vista em sua dupla faceta, de vedação do excesso e da vedação da proteção insuficiente (proibição da não-suficiência), traduções respectivamente dos conceitos alemães de *Übermassverbot* e *Untermassverbot*.

Na primeira acepção, de vedação do excesso, a proporcionalidade se fortaleceu em discussões na Alemanha pouco após a queda do regime nazista. A concepção positivista quase nada poderia fazer para evitar a aplicação de leis cruéis hitlerianas. Esse critério se expandiu, pois, como contraponto a determinadas injustiças positivadas e passou a um dos pilares do Estado Democrático de Direito, no sentido de um “garantismo negativo”, de proteção contra os excessos estatais.³⁸³

³⁸¹ ESCUCHURI AISA, Estrella. **Teoría del concurso de leyes y de delitos**: bases para una revisión crítica. Granada: Comares, 2005, p. 434.

³⁸² ESCUCHURI AISA, Estrella. El principio non bis in idem y el concurso de leyes penales en la dogmática y jurisprudencias españolas. **Revista peruana de ciencias penales**, Lima, n. 16, p. 195-256, 2005, p. 202-203. Também aponta a relação entre o *ne bis in idem* e a proporcionalidade: MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do *ne bis in idem* e a Constituição Brasileira de 1988. **Boletim Científico**: Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, a. 4, n. 16, p. 11-78, jul./set. 2005, p. 57-58. Para uma análise à luz da proporcionalidade e do *ne bis in idem* de concursos aparentes ou efetivos entre crimes fiscais e crime codificados, no direito português: DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. O crime de fraude fiscal no novo Direito Penal Tributário Português. In: SOUSA, Alfredo José de *et al.* **Direito Penal Económico e Europeu**: textos doutrinários, v. II: problemas especiais. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 411-438, p. 433-436.

³⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 12, n. 47, p. 60-122, mar./abr. 2004, p. 62-63. STRECK, Lênio Luiz. Da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 243-284, 2004, p. 254.

A proibição da não-suficiência ou proibição por defeito obriga a alguns limites mínimos na execução de uma determinada ação estatal, de natureza normativa ou material, a fim de assegurar uma proteção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais. Nesse contexto, discute-se no âmbito penal se a proteção à vida impõe a criminalização do abortamento e se o direito ao livre desenvolvimento da personalidade dos jovens implica a necessidade de criminalização do trabalho infantil.³⁸⁴

Isso não quer dizer que o princípio só opere impondo uma atividade estatal: por vezes, obriga a que determinadas condutas criminalizadas não possam ser descriminalizadas, em uma espécie de “garantismo positivo”.³⁸⁵ Tal como a proporcionalidade no sentido de proibição do excesso, divide-se em três preceitos, o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito.³⁸⁶ Cuida-se de conceito também surgido recentemente na doutrina e na jurisprudência alemãs e que começa a repercutir no Brasil, inclusive na Corte Suprema.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de julgar caso no qual o Ministro Gilmar Mendes se valeu desse aspecto da proporcionalidade para negar provimento a recurso extraordinário. Discutia-se a possibilidade de aplicação da causa de extinção da punibilidade prevista no art. 107, VII, do Código Penal, qual seja, o

³⁸⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 273. GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 57-58 e 168. FELDENS, Luciano. **A constituição penal**: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 91. FISCHER, Douglas. **Delinquência econômica e Estado Social e Democrático de Direito**: uma teoria à luz da Constituição. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 75-83. AZEVEDO, Bernardo Montalvão Varjão de; BÔAS, Marcos de Aguiar Villas. Reflexões sobre a proporcionalidade e suas repercussões nas ciências criminais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 16, n. 74, p. 230-280, set./out. 2008, p. 260-261. FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 92. “A proibição de proteção deficiente relaciona-se diretamente, pois, à função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (na realidade, lhe é complementar), notadamente no que demandam, para seu integral desenvolvimento, uma atuação ativa do Estado em sua proteção. Sob essa perspectiva, opera como ferramenta dogmática extraída do mandado de proporcionalidade e que nessa condição predispõe-se a exercer um controle (de constitucionalidade) sobre determinados atos legislativos, sendo, portanto, irrecusável sua dignidade constitucional.”

³⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 12, n. 47, p. 60-122, mar./abr. 2004, p. 99-100. STRECK, Lênio Luiz. Da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 243-284, 2004, especialmente p. 254.

³⁸⁶ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 76-77.

“casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial deste Código”, depois de revogada pela Lei nº 11.106/2005, ao suposto autor de estupro praticados contra uma menina desde que ela tinha oito anos de idade. O réu alegava manter com a vítima união estável e ser necessária a extensão da citada causa de punibilidade por força do art. 226, § 3º, da Constituição Federal (“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”).

O referido Ministro, em voto-vista, assentou que se, por um lado, a Constituição impõe ao Estado a proteção à família, por outro, determina-lhe em seu art. 227 que assegure à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, uma série de direitos, tais “o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária” e que os coloque “a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”. Portanto, a norma penal benéfica não poderia blindar uma situação fática repugnante à sociedade, sob pena de se caracterizar “típica hipótese de proteção insuficiente por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico.”. Nesse voto, o Ministro Gilmar Mendes chamou a atenção para o “garantismo positivo” decorrente da proporcionalidade e para a necessidade de aplicação da proibição da proteção insuficiente para proteger alguns direitos fundamentais inclusive lançando mão do direito penal.³⁸⁷

Nesse juízo de proporcionalidade da pena, entra não só a moldura das penas do tipo analisado, como também a de todos os tipos aparentemente concorrentes e até de outros tipos relacionáveis, a dita perequação dos mínimos e dos máximos das penas previstas

³⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 418376/MS. Recorrente: José Adélio Franco de Moraes. Recorrido: Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Marco Aurélio. Redator para acórdão: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 09 de fevereiro de 2006. **Diário da Justiça**, 23 fev. 2007, p. 72. O mesmo Ministro já usou a proporcionalidade como proibição de proteção deficiente em outros julgamentos envolvendo matéria criminal, a saber, nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3112 (em face de alguns dispositivos do chamado estatuto do desarmamento) e nº 3510 (em face da Lei nº 11.105/05, que trata do uso de células-tronco). Nessa última, também o Ministro Celso de Mello se valeu desse aspecto da proporcionalidade. A respeito: FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 96 e seguintes.

em abstrato.³⁸⁸

Deve-se, efetivamente, buscar o equilíbrio entre a liberdade individual e a necessidade de punição pelos delitos cometidos. Ademais, necessário afastar qualquer possibilidade de entendimento da ordem de exaustão dos fatos como adoção mais ou menos disfarçada de direito penal do inimigo, movimento de lei e ordem ou quejandos.

Realmente, a necessidade de equilíbrio na punição penal nas hipóteses de concurso aparente de normas não se trata sequer de ideia recente. Francesco Carrara, ainda no século XIX, apesar de não desenvolver uma teoria do concurso aparente de normas, tinha presente a noção. Para ele, o interesse do jurista ao buscar o título delitivo mais adequado para um determinado fato reside em servir à justiça, de modo que a pena não exceda a merecida pelo agente em razão dos seus atos ou de sua intenção e nem seja inferior à mais grave que por um ou outro fundamento lhe seja aplicável. No primeiro caso, o agente receberia um castigo imerecido, com violação da justiça em seu desfavor; no segundo, viola-se a justiça em prejuízo da sociedade, que não vê aplicada a quantidade de defesa que lhe é devida.³⁸⁹

Embora não seja uma concepção nova na esfera do direito penal, uma tal concepção se coaduna com o atual entendimento das funções do Estado e da Constituição. A Constituição, efetivamente, apresenta uma dupla faceta. Por um lado, contém normas de defesa do indivíduo frente ao poder estatal, especialmente ao poder penal. Grande parte dessas normas se cuida de autêntica herança liberal que não se deve abandonar. Por outro lado, prevê normas que impõem uma defesa ativa do indivíduo e da sociedade em geral em relação aos ataques de terceiros. Deixa-se de encarar o Estado como simples “inimigo dos direitos fundamentais” e se o toma “como auxiliar do seu desenvolvimento”.

Dita concepção pressupõe “o abandono de uma visão liberal-pura do Estado e da contraposição total Estado/Sociedade”, no quadro de um Estado de direito material, em especial, como lembra Lênio Streck, nos países de modernidade tardia como o Brasil. A Constituição determina explícita e implicitamente a proteção de direitos fundamentais frente ao Estado e através do Estado. A uma dupla face da Constituição no Estado de Direito

³⁸⁸ COSTA, José de Faria. **Direito penal especial**: contributo a uma sistematização dos problemas “especiais” da parte especial. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 58.

³⁸⁹ CARRARA, Francesco. **Opúsculos de derecho criminal**. Trad. Ernesto R. Gavier; Ricardo C. Nuñez. Buenos Aires: Arayú, 1955, p. 445.

corresponde a dupla face da proporcionalidade. A esses novos paradigmas constitucionais, deve a dogmática jurídico-penal se adaptar e não o inverso.³⁹⁰

Em outra análise, Silva Sánchez demonstra que a pretensão de harmonizar o Estado de Bem-Estar Social com o direito penal mínimo encerra verdadeira *contradictio in terminis*. A insegurança quanto às variadas prestações estatais relativas ao ambiente, à ordenação do território, ao consumo, à ordem econômica, à educação, desemprego, pensões, etc., leva ao uso do direito penal. Assim, o “Estado-Polícia” se converte no “Estado-Providência” e a proteção dos interesses da administração pública se encara como necessidades da democracia e da igualdade. Daí que pensar em direito penal mínimo só seja possível em um Estado mínimo³⁹¹, rótulo que não pode se aplicar ao Brasil.

A estreita relação entre o *ne bis in idem*, a ordem de exaustão dos fatos, a proporcionalidade, a legalidade e a culpabilidade impõe que se trate desse último instituto à luz do direito brasileiro. Novamente, o estudo se limita aos aspectos relevantes para o concurso aparente de normas. Busca-se, com isso, apontar o que pode alcançar cada norma incriminadora por suas estruturas essencial e accidental em sua índole de regulação exaustiva dos fatos.

Pacificou-se na doutrina a ideia de que o princípio da culpabilidade tem hierarquia constitucional. Os fundamentos dos quais ele se extrai, contudo, variam entre os autores e tribunais. Nesse ponto, cumpre destacar um conjunto de normas de direito internacional aceitas pelo Brasil (a exemplo do Pacto de *San José* da Costa Rica) que preveem de *per si* o princípio da culpabilidade. Se com hierarquia constitucional ou inferior é discutível, em face do art. 5º, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal. Seja como for, a análise se

³⁹⁰ Nesse sentido: CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime**: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 272-276. SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 12, n. 47, p. 60-122, mar./abr. 2004, especialmente p. 121-122. FELDENS, Luciano. **A constituição penal**: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 152-153. STRECK, Lênio Luiz. Da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 243-284, 2004, p. 282-283. STRECK, Lênio Luiz. O princípio da proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico. **Lênio Luiz Streck**. Disponível em: <http://www.http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40>. Acesso em: 03 jun. 2009, p. 17-21.

³⁹¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La Expansión del Derecho Penal**: Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2006, p. 52.

cinge à Constituição, porquanto a meta do presente estudo reside não na descoberta de todas as fontes normativas da culpabilidade, mas na sua relevância para o concurso aparente de normas penais incriminadoras. Basta a tal finalidade a verificação de algumas das consequências de algumas normas constitucionais, que doravante se interpretam.

Luiz Luisi vê no art. 5º, LVII, da Constituição Federal a consagração da culpabilidade. Segundo essa norma, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Para ele, “isto quer dizer que a condenação ao cumprimento de uma pena pressupõem, seja provada e declarada a culpabilidade de um agente que seja autor ou partícipe de um fato típico e antijurídico”.³⁹² Márcia Dometila de Carvalho entende que, por força da simples previsão da dignidade da pessoa humana, a Constituição deveria prever “o princípio da culpabilidade (inciso LVII do artigo 5º), ao qual se conexionam princípios outros, como o da presunção de inocência, o da individualização da pena” e todos os princípios materializadores do devido processo legal’.”.³⁹³

No entanto, deve se compreender essa norma do art. 5º, LVII, somente em seu caráter processual, de princípio da presunção de inocência. Nesse sentido que se direciona a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

[...] Viola o princípio constitucional da presunção da inocência, previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, a exclusão de candidato de concurso público que responde a inquérito ou ação penal sem trânsito em julgado da sentença condenatória.³⁹⁴

Conclui-se que a citada norma constitucional não prevê propriamente a necessidade da culpabilidade como elemento do crime para a condenação do réu.

Nilo Batista aponta dois outros fundamentos constitucionais do princípio da culpabilidade, o princípio da intranscendência (art. 5º, XLV) e o princípio da individualização (art. 5º, XLVI) da pena.³⁹⁵ Luiz Luisi esclarece que “a individualização da pena, no seu

³⁹² LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 37.

³⁹³ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992, p. 64.

³⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 559.135. Recorrente: Distrito Federal. Recorrido: Alípio Beserra Camelo. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 20 de maio de 2008. **Diário da Justiça Eletrônico**, 12 jun. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=559135&classe=RE&codigoClasse=0&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 01 jun. 2009.

³⁹⁵ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 102 e 104.

aspecto judicial [...] tem como base fundamental a culpabilidade. É esta que vai viabilizar a condenação, a escolha da pena quando há alternativa, e a sua quantificação.”³⁹⁶

Uma outra corrente faz derivar a culpabilidade da própria intangibilidade da dignidade da pessoa humana e da cláusula do Estado de Direito. Essa teoria ecoa na Alemanha, inclusive no seu Tribunal Constitucional. Debatendo a possibilidade de criminalização do consumo de entorpecentes, esse Tribunal assentou:

No âmbito das penas estatais, deriva do princípio da culpa, que tem a sua base no Art. 1 I GG (cf. BVerfGE 45, 187 [228]), e do princípio da proporcionalidade, que deve ser deduzido do princípio do Estado de direito e dos direitos de liberdade, que a gravidade de um delito e a culpa do autor devem estar em uma justa proporção em relação à pena.³⁹⁷

O mencionado art. 1º, I, da Constituição alemã prevê que “A dignidade do homem é intangível. Observá-la e protegê-la é obrigação de todo poder estatal.”³⁹⁸

Ancorar a culpabilidade na própria dignidade da pessoa humana se mostra, pois, adequado ao direito brasileiro. Efetivamente, a Constituição de 1988, logo em seu início, prevê expressamente como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III).

Na doutrina nacional, Guilherme de Souza Nucci relaciona a culpabilidade, a dignidade da pessoa humana, o Estado Democrático de Direito e o princípio da intervenção mínima ou subsidiariedade do direito penal.³⁹⁹

Santiago Mir Puig, na doutrina espanhola, por caminhos diversos, chega a conclusões semelhantes. Para ele, sob o princípio da culpabilidade, unificam-se vários limites do direito penal de um Estado Social e Democrático de Direito. Porém, a unificação não se pode dar arbitrariamente e nem com base em pressupostos indemonstráveis empiricamente, como o livre arbítrio. O caminho que Mir Puig aponta para tanto consiste na recuperação do

³⁹⁶ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 37.

³⁹⁷ ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfGE) 90, 145. **Neue Juristische Wochenschrift**, 1994, p. 1577. Disponível em <<http://www.bundesverfassungsgericht.de>>. Acesso em: 04 jul. 2008. Tradução livre do trecho: “Im Bereich des staatlichen Strafens folgt aus dem Schuldprinzip, das seine Grundlage in Art. 1 Abs. 1 GG findet (vgl. BVerfGE 45, 187 [228]), und aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der aus dem Rechtsstaatsprinzip und den Freiheitsrechten abzuleiten ist, daß die Schwere einer Straftat und das Verschulden des Täters zu der Strafe in einem gerechten Verhältnis stehen müssen.”

³⁹⁸ Tradução livre de “Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.”

³⁹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 40.

sentido originário de culpabilidade, de possibilidade de imputar um evento negativo a um sujeito. Dessa forma, o princípio da culpabilidade tem a potencialidade de reunir as diversas exigências da obrigação de limitar a punibilidade somente aos fatos atribuíveis a um sujeito. Esse sujeito, sua imagem de homem, cuida-se de um reduto que a ação estatal não pode invadir. Expressa a ideia de reduto humano o conceito de dignidade humana, do modo atualmente compreendido. Nessa esteira, a pena só pode ser imposta a alguém por uma obra sua praticada como ser racional, em respeito à dignidade humana. Em decorrência da garantia, impede-se a criminalização de condutas que não sejam praticadas por uma pessoa ou que não possam por ela ser controladas ou previstas dentro de uma certa racionalidade. A isso se liga a exigência de segurança jurídica, no sentido de que o cidadão deve saber que pode se conformar às normas em uma racionalidade normal e com isso evitar uma punição.⁴⁰⁰

Na doutrina italiana, Francesco Palazzo, diferentemente de Mir Puig, separa a culpabilidade como fundamento da culpabilidade limite da pena. Segundo Palazzo, a admissão do princípio da culpabilidade como fundamento da pena tem sentido se considerada a finalidade retributiva da pena, de compensação do mal causado pelo agente delitivo. Assim, reconhece-se no homem um sujeito de responsabilidade moral, capaz de autodeterminação. Nesse sentido, posto o homem no centro do sistema penal, o princípio da culpabilidade tem raízes na intangibilidade da dignidade humana. “O seu fundamento constitucional pode dizer-se, então, substancial-personalístico”.⁴⁰¹ Na feição de limite da pena, o princípio da culpabilidade encontra outro fundamento. Entender a culpabilidade como princípio limitador da pena, ainda em Francesco Palazzo, é próprio de um sistema no qual a pena tem função preventiva de delitos. Cumpre, então, evitar que o Estado abuse de seu poder de punir a um ponto tal que instrumentalize o indivíduo em nome do bem comum. Por essa acepção, a culpabilidade se fundamentaria no princípio do Estado de Direito e “seu fundamento constitucional pode dizer-se, ainda, formal-garantidor”.⁴⁰² Todavia, os dois fundamentos se relacionam entre si: o só princípio do Estado de Direito não explicaria a limitação da pena, seja a prevista na lei, seja a aplicada pelo juiz, mesmo quando benéfica para os fins estatais de prevenção de delitos.

⁴⁰⁰ MIR PUIG, Santiago. **Estado, pena y delito**. Montevideo; Buenos Aires: B de F, 2006, p. 201-202.

⁴⁰¹ PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**: um estudo comparado. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 52-53.

⁴⁰² PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**: um estudo comparado. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 53.

Um representante da doutrina portuguesa, Jorge de Figueiredo Dias, a seu turno adotando lição do jurista tedesco Claus Roxin, nega à pena um caráter retributivo e só admite o preventivo, geral e especial. Mas, adota a culpabilidade com a função de limitação do intervencionismo estatal. Essa função, em Figueiredo Dias, insere-se na “vertente liberal do Estado de Direito” e “reconduz o conceito de culpabilidade jurídico-penal a uma valoração político-crime fundamental”. O fundamento da culpabilidade, para o mesmo autor, decorre do “axioma antropológico”, do “princípio primário do quadro axiológico próprio do Estado de Direito” e do princípio da dignidade humana.⁴⁰³

Nada obstante, ancorar a culpabilidade na dignidade humana não se mostra uma teoria pacífica na doutrina. Realmente, Claus Roxin a entende no mínimo discutível no que tange à quantidade ou magnitude da pena, por que geralmente não se discute a constitucionalidade das medidas de segurança, não limitadas pela culpabilidade e os que as sofrem também têm dignidade. Além disso, na limitação da pena, frequentemente se invoca a proporcionalidade, que não se identifica totalmente com o princípio da culpabilidade.⁴⁰⁴

No direito norte-americano e no direito internacional, o princípio da culpabilidade não tem a mesma aceitação que em outros países. Kai Ambos ensina que o conceito de delito no direito penal internacional se orienta mais em direção à dicotomia do sistema anglo-americano do *actus reus/mens rea* e da *offence* (que fundamenta responsabilidade individual)/*defence* (causas possíveis de extinção da punibilidade) que no sentido do modelo pós-finalista de ação. Nesse conceito bipartido de delito, ainda segundo Kai Ambos, “não se segue a distinção (segundo o modelo pós-finalista) entre dolo psicológico e culpabilidade normativa, ou seja, injusto (com inclusão do dolo psicológico referente ao tipo) e culpabilidade (normativa).”⁴⁰⁵ Nem só por isso se pode dizer que nesses ordenamentos jurídicos a dignidade humana seja desrespeitada.

De toda forma, continua Claus Roxin, em termos de política criminal, a

⁴⁰³ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 228.

⁴⁰⁴ ROXIN, Claus. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil, Band I. 4. ed. München, C.H. Beck, 2006, p. 92.

⁴⁰⁵ AMBOS, Kai. 100 años de la “teoría del delito” de Beling. ¿Renacimiento del concepto causal de delito en el ámbito internacional? **Revista electrónica de ciencia penal y criminología**, a. 9, n. 2, 2007. Disponível em <<http://criminet.ugr.es/recpc>>. Acesso em: 17 jul. 2008. Há na doutrina posições no sentido de que a *mens rea* do direito estadunidense abrange uma concepção, embora não muito desenvolvida, de culpabilidade. Veja-se, a respeito: SCHÜNEMANN, Bernd. La función de delimitación de injusto y culpabilidad. Trad. Carlos J. Suárez González. **Revista peruana de ciencias penales**, Lima, n. 18, p. 367-413, 2006, p. 383.

vinculação da medida da pena à da culpa se trata do meio mais liberal e mais válido, sob um aspecto social-psicológico de limitação do poder punitivo estatal, que já se encontrou até o momento.⁴⁰⁶

Qualquer desses entendimentos pelos fundamentos constitucionais da culpabilidade se coaduna com o direito brasileiro, que expressamente prevê os diversos fundamentos apontados na doutrina e na jurisprudência dos quais se extraem o princípio da culpabilidade. A amplitude do conceito de culpabilidade e seu múltiplo fundamento constitucional acarretam diversas consequências, algumas das quais detalhadas a seguir.

O art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, prevê o direito fundamental à individualização da pena, a ser regulado por lei. Pelo mesmo dispositivo, a lei deve adotar, entre outras, as penas de privação ou restrição da liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos. O processo de individualização da pena pode se compor de até três fases, a legislativa, a judiciária (em um processo de conhecimento) e a executória ou administrativa.⁴⁰⁷

Na primeira, a lei deve fixar, para cada tipo, os parâmetros, uma moldura, com o máximo e o mínimo de pena aplicáveis pelo juiz. Vedam-se as penas fixas, como as da primeira legislação penal posterior à Revolução Francesa (Código Penal de 1791)⁴⁰⁸, e penas sem um limite legalmente fixado. O Código Penal brasileiro igualmente prevê na sua parte geral o procedimento de aplicação das penas. A lei também deve estabelecer as balizas da execução penal. Na segunda etapa da individualização, o juiz, à vista do caso concreto, fixa a espécie e a quantidade de pena e o regime inicial de seu cumprimento. No Brasil, essa etapa de individualização da pena se dá, na dicção do art. 68 do Código Penal, em três fases. Trata-se a segunda etapa de um agir de aplicação discricionário e vinculada do direito, no qual se mostram relevantes regras jurídicas escritas e não escritas, elementos normativos e descritivos, atos cognitivos e puras valorações. A peculiaridade dessa modalidade de aplicação do direito reside na necessidade de tradução de todos esses critérios em uma pena determinada, inclusive no tocante ao seu quanto.⁴⁰⁹ A última etapa se passa quando da

⁴⁰⁶ ROXIN, Claus. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil, Band I. 4. ed. München, C.H. Beck, 2006, p. 92-93.

⁴⁰⁷ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 52.

⁴⁰⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal Português**: parte geral, II. As consequências jurídicas do crime. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 187-188.

⁴⁰⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal Português**: parte geral, II. As consequências jurídicas do crime. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 194-195.

execução da pena, na chamada individualização executória, também a cargo do Judiciário e regida pelo princípio da legalidade. Alguns dispositivos da Constituição estabelecem regras para essa fase, a exemplo do art. 5º, XLVIII e L. Essa individualização executória não interessa para os fins do presente trabalho, motivo pelo qual se passa de logo para o exame das influências da culpabilidade na dosimetria da pena.

De início, vale advertir que o terreno em que se passa a pisar é pantanoso. Falar-se em crise da culpabilidade, especialmente pela suposta impossibilidade de prova do livre-arbítrio do homem, já se tornou lugar-comum. A doutrina referente à culpabilidade na determinação da pena nem de longe alcança o mesmo grau de maturidade das elaborações da culpabilidade na teoria geral do fato criminoso.

À idêntica conclusão da necessidade de melhor tratamento da culpabilidade na determinação da pena, chega a doutrina estrangeira⁴¹⁰, de modo que até o auxílio ao direito comparado se apresenta dificultoso. Todavia, pela inexistência no direito penal atual de mecanismo de limitação à intervenção estatal tão eficaz quanto a culpabilidade e ante a sua previsão expressa entre os elementos de dosimetria penal no direito brasileiro, passa-se a cuidar do tema.

A primeira controvérsia com a qual se depara quem se põe a estudar a influência da culpabilidade na quantificação da pena é a possibilidade mesma de gradação da reprovabilidade. Já Franz von Liszt, com base em Ludwig von Bar, afirmava que a culpabilidade não consegue dar a medida da pena, por ser incomensurável, visto que se pode tomar qualquer manifestação de reprovação como equivalente.⁴¹¹ Eugenio Raúl Zaffaroni, em outra linha de pensamento, entende incomensuráveis conceitos filosóficos como a liberdade, base da culpabilidade, e um juízo normativo, como – em sua visão – o da própria culpabilidade.⁴¹²

Porém, as ideias de Franz von Liszt, Ludwig von Bar e Eugenio Zaffaroni não encontraram apoio na legislação e nem na doutrina de diversos países. De acordo com o

⁴¹⁰ HÖRNLE, Tatjana. La concepción anticuada de la culpabilidad en la jurisprudencia y doctrina tradicionales de la medición de la pena. Trad. María Martín Lorenzo. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, v. 54, p. 401-429, ene./dic. 2003, p. 402.

⁴¹¹ LISZT, Franz von. **A idéia do fim no Direito Penal**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Rideel, 2005, p. 46.

⁴¹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La culpabilidad en el siglo XXI. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a.7, n. 28, p. 56-71, out./dez. 1999, p. 60.

art. 71º-1 do Código Penal português, “A determinação da medida da pena, dentro dos limites definidos na lei, é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção.”. A seu turno, o Código Penal alemão, no seu § 46, (1), prescreve que “a culpabilidade do autor é base para a determinação da pena”⁴¹³. O § 32, (1), do Código Penal austríaco traz norma de idêntico sentido: “Base para a fixação da pena é a culpa do autor”⁴¹⁴.

No Brasil, a culpabilidade se encontra explicitamente prevista no art. 59 do Código Penal, segundo o qual o juiz, juntamente com outros elementos, deve atender à culpabilidade para estabelecer, conforme necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, as penas aplicáveis das cominadas, a quantidade de pena, o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade e a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. Entre outros dispositivos, o art. 29 do mesmo Código pátrio, ao tratar da culpabilidade no concurso de pessoas, alude à possibilidade de sua mensuração. Tal interpretação não é meramente literal e nem restrita aos crimes cometidos em concurso de pessoas. Para cada um dos requisitos da culpabilidade, a legislação penal pátria traz possibilidades expressas de gradação.

Realmente, no que toca à imputabilidade, o próprio Código Penal distingue entre os inimputáveis, os semi-imputáveis e os imputáveis e estipula redução de pena em alguns casos de embriaguez, os provenientes de caso fortuito ou força maior que retirem do agente, a plena capacidade, ao tempo da ação ou da omissão, de entender o caráter ilícito do fato ou de se determinar de acordo com esse entendimento. Em decorrência da diminuição da imputabilidade, o Código prevê grau de censura menor, ou seja, menor culpabilidade (arts. 26 e 28, § 2º).⁴¹⁵ A imputabilidade diminuída, é dizer, a menor capacidade de culpabilidade, dos menores de 21 anos ao tempo do cometimento dos fatos justifica a atenuação da pena do art. 65, I, do Código.⁴¹⁶ Difícil, no entanto, aceitar a explicação da redução da capacidade de imputabilidade para o caso, previsto no mesmo dispositivo, dos maiores de setenta anos, por se considerar não a data da conduta, mas a da sentença.

Semelhantemente se passa com a exigibilidade de conduta diversa. O

⁴¹³ Tradução livre de: “§ 46 Grundsätze der Strafzumessung (1) Die Schuld des Täters ist Grundlage für die Bemessung der Strafe.”

⁴¹⁴ Tradução livre de: “§ 32. (1) Grundlage für die Bemessung der Strafe ist die Schuld des Täters.”

⁴¹⁵ No caso de toxicômanos, tem-se dispositivo análogo do art. 46 da Lei nº 11.343/06.

⁴¹⁶ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**, t. 3. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 135.

Código admite nos casos de coação moral resistível a atenuante do art. 65, III, “c”, que leva à diminuição da pena por força da menor exigibilidade de conduta diversa ao coagido e, pois, menor grau de reprovabilidade.

A consciência da ilicitude do fato também admite graus, que vão do erro de proibição inescusável, passando pelo desconhecimento evitável, apesar de diminuído da ilicitude, até chegar no seu pleno conhecimento. Se o erro de proibição é vencível ou inescusável, não produz efeitos sobre a medida da pena. O erro de proibição evitável diminui a culpabilidade e a pena, de um sexto a um terço (art. 21 do Código Penal). A seu turno, o erro de proibição escusável ou invencível exclui a culpabilidade, donde se isenta de pena quem age sob essas condições.

Uma vez demonstrada a graduabilidade da censura da culpabilidade, as questões passam a ser o conceito e os critérios de gradação da culpabilidade como fator de determinação da pena.

Na Alemanha, há uma tendência a distinguir a culpabilidade entre os elementos do delito da culpabilidade na individualização da pena. Hans-Heinrich Jescheck e Thomas Weigend representam a corrente da separação conceitual, por defenderem que o conceito de culpabilidade tem maior amplitude na determinação da pena que na teoria do delito. Se fator de quantificação da pena, abarcaria a totalidade do evento, inclusive a preparação do fato e suas consequências, desde que se possa responsabilizar o agente por isso. Demais, entendem que na determinação da culpabilidade entram vários fatores relevantes para a fundamentação da punibilidade.⁴¹⁷ Santiago Mir Puig corrobora a interpretação. Segundo ele, em um sentido amplo, a culpabilidade se identifica com a gravidade total do delito imputado ao seu autor. Nessa acepção, usou-se o termo no § 46 do Código Penal alemão. Com idêntico significado se emprega quando se alude à retribuição ou compensação da culpabilidade de um sujeito. No sentido estreito, a culpabilidade se contrapõe à antijuridicidade, na teoria do delito.⁴¹⁸

Na exposição de motivos da referida Lei nº 7.209/84, defende-se que a expressão “culpabilidade” entrou no lugar das fórmulas “intensidade do dolo ou grau de

⁴¹⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002, p. 956.

⁴¹⁸ MIR PUIG, Santiago. **Estado, pena y delito**. Montevideo; Buenos Aires: B de F, 2006, p. 199.

culpa”, previstas no art. 42 da redação original do Código, ainda inspirada pela teoria causal da ação. Sob esse ponto de vista da nova parte geral do Código, a graduação da censura repercutiria na quantidade da pena.

A respeito de outros ordenamentos, a exemplo do brasileiro e do português, verifica-se a tendência, oposta à da doutrina alemã, de tomar como único o conceito de culpabilidade, independentemente do momento que se o analise.

José Antonio Paganella Boschi doutrina que a culpabilidade entendida por reprovação ou censura se trata da “*mesma* culpabilidade que fundamenta o juízo de condenação.” Essa censura “precisará ser graduada (...) para poder projetar o *quantum* de pena correspondente a essa graduação, como é inerente a todo juízo de censura ou de reprovação.”⁴¹⁹

Também no Brasil, o referido Cláudio Brandão defende a univocidade do conceito de culpabilidade, porquanto não se trata de um elemento mutável de acordo com o setor da dogmática no qual se o estude. Segundo o mesmo autor, “todo juízo de valor permite uma gradação; assim, também o é o juízo da culpabilidade: no caso concreto (...) o julgador avaliará se o sujeito é mais censurável ou menos censurável.”⁴²⁰

O português Jorge de Figueiredo Dias, dentro de sua original concepção de culpa, busca unificar o fundamento material da pena e o critério essencial, conquanto nem sempre exclusivo, de sua medida. Os dois “residem formalmente na culpa mas substancialmente na personalidade que fundamenta o fato.” O fato, a seu turno, é “fundamentado, compreendido e oferecido através da personalidade que nele se exprime e da culpa com que aquela está carregada.” Por essa via, afasta-se a contradição de parte da doutrina que decide sobre o “*se* da pena segundo princípios fundamentalmente diferentes daqueles segundo os quais se decide sobre o *como*”.⁴²¹

A propósito da teoria de Jorge de Figueiredo Dias, Anabela Miranda

⁴¹⁹ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 190-191.

⁴²⁰ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 333. De acordo com a gradação da culpabilidade: CARVALHO, Salo de. Aplicação da pena no Estado Democrático de Direito: postulados garantistas. In: CARVALHO, Salo de. CARVALHO, Amilton Bueno de. **Aplicação da pena e garantismo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 5-98, p. 48.

⁴²¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, culpa, direito penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra: 1995, p. 183. (grifos no original)

Rodrigues mostra que “se está perante um conceito material de culpa susceptível de *graduação* e de *individualização*”. O conceito de Figueiredo Dias não merece a pecha de se manter no carácter formal (mero juízo de reprovação) da censurabilidade. A culpabilidade, nessa linha, tem por base o próprio injusto cometido, porquanto se cuida de uma “culpa << pelas qualidades jurídico-penalmente desvaliosas da sua personalidade que se exprimem no facto e o fundamentam>>”. Pelo que, a culpa é uma *culpa referida ao facto*.⁴²²

Consequentemente, havendo uma diferença entre a mera constatação da existência da culpabilidade, para a configuração do crime, e da sua posterior gradação, afasta-se a possibilidade de alegação de *bis in idem*.⁴²³

Justificadas, assim, no direito brasileiro, a unicidade e a graduabilidade do conceito de culpabilidade.

Assim, cumpre elencar mais detidamente a culpabilidade no quadro das finalidades da pena e os seus fatores de gradação, o que se passa a fazer.

À partida, enfatize-se a consagração de finalidades retributivas na pena impõe a adaptação ao cenário jurídico brasileiro do debate de países como a Alemanha e Portugal, que somente reconhecem as preventivas. O “triângulo mágico” da determinação da pena, constituído pela culpabilidade, prevenção geral e prevenção especial, ao qual alude o doutrinador germânico Heinz Zipf⁴²⁴, deve se tornar um “quadrado mágico” no Brasil, com a entrada do vértice da retribuição.

Por outro lado, mesmo assente que se devem levar em conta todos esses fatores, entende-se que, como adverte Figueiredo Dias, deduzir da culpa uma teoria da medida da pena constituiria erro metodológico, visto que essa última questão tem seus próprios problemas, para a qual a determinação material do conceito de culpa não oferece todas as respostas imediatamente. O conceito de culpa é “apenas o horizonte de compreensão daqueles

⁴²² RODRIGUES, Anabela Miranda. **A determinação da medida da pena privativa de liberdade**. Lisboa: Coimbra, 1995, p. 475.

⁴²³ Em sentido contrário: ROSA, Alexandre Moraes da. **Decisão Penal: a bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 344.

⁴²⁴ “Princípio de culpabilidad, prevención individual e prevención general constituyen, pues, el *triángulo mágico* de la determinación de la pena.” ZIPF, Heinz. **Principios fundamentales de la determinación de la pena**. Trad. Santiago Mir Puig. **Cuadernos de política criminal**, Madrid, n. 17, p. 353-359, 1982, p. 353. (grifos no original)

problemas” e revela “o sentido fundante em que há-de ancorar-se a sua solução”.⁴²⁵

Reconhecer o caráter retributivo da pena implica aceitar a compensação da culpabilidade e a culpabilidade como fundamento de legitimidade da pena, posturas atualmente bastante criticadas na doutrina.

Claus Roxin, defensor de teorias preventivas da pena, entende que a teoria da retribuição não tem sustentação e se mostra danosa de um ponto de vista da política criminal. “sua premissa, de que o injusto cometido pelo agente é compensado e saldado pela pena retributiva, é irracional e incompatível com os fundamentos teórico-estatais da democracia.”.⁴²⁶

Mas, ainda hoje a compensação da culpabilidade baseia o direito penal. A culpabilidade do autor por sua conduta se compensa pela pena. A teoria puramente retributiva limita a pena à compensação pelo injusto praticado. Desse modo, potencialmente impõe um limite mínimo ao quanto de pena.⁴²⁷

Essa postura de retribuição da pena pela culpabilidade não implica necessariamente desprezo pela dignidade e liberdade humanas. Ao revés, põe-se um freio a penas desmesuradas com finalidades meramente preventivas⁴²⁸ e a transformação do indivíduo em um “bode expiatório”.

A limitação máxima da pena pela culpabilidade se mostra bastante relevante em sistemas penais que somente preveem o efeito preventivo das penas, dado que podem estar interessados “em obter no caso concreto, através da ênfase e do abalo, efeitos benéficos – não só em relação aos envolvidos, senão também em relação ao público informado na mídia.”.⁴²⁹ A exigência de proporcionalidade da pena, por si só, não garante a mesma limitação. A

⁴²⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, culpa, direito penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra: 1995, p. 182.

⁴²⁶ ROXIN, Claus. A culpabilidade como critério limitativo da pena. Trad. Fernando Fragoso. **Revista de direito penal**, São Paulo, ns.11/12, p. 7-20, jul./dez. 1973, p. 9.

⁴²⁷ Igualmente, embora crítico da teoria retributiva da pena: ROCHA, Fernando Antônio Nogueira Galvão da. O tipo de culpabilidade e a dosimetria da pena. **JUS: revista jurídica do Ministério Público**, Belo Horizonte, n. 24, v. 17, p. 99-117, 1994, p. 105.

⁴²⁸ ALBRECHT, Hans-Peter. El principio de culpabilidad: límite al poder punitivo del Estado. **Revista de Derecho Penal**, Santa Fé, n. 1, p. 51-65, jan./jun. 2007, p. 52.

⁴²⁹ HASSEMER, Winfried. Desenvolvimentos previsíveis na dogmática no direito penal e na política criminal. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. **Revista eletrônica de direitos humanos e política criminal**, Porto Alegre, n. 2, abr. 2008, p. 9. Disponível em: <http://www.direito.ufrgs.br/dir1/dados/revista/2_1.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2008.

proporcionalidade somente implica uma ponderação que, no caso da pena, dá-se entre os objetivos da política criminal e as possíveis consequências da sanção. Logo, quanto maior a importância do fim almejado, mais amplo o âmbito e a medida dos meios admissíveis, o que revela o caráter somente relativo da proteção advinda da proporcionalidade⁴³⁰ e justifica o temor de setores da doutrina da instrumentalização do indivíduo em sistemas de finalidade preventiva da pena.

Além disso, independentemente de o dispositivo do Código pátrio merecer censuras, aqui rechaçadas, não se pode meramente desconsiderar sua vigência. Daí que a compensação da culpabilidade, em seu aspecto de retribuição, imponha pena máxima proporcional à gravidade do injusto praticado e, pois, à culpabilidade do agente.⁴³¹

Mais adotadas na doutrina hodierna têm sido as teorias preventivas da pena. Aceita essa feição da pena, a culpabilidade se entende como limite inultrapassável da pena, fundamentada e medida justamente pelas finalidades de prevenção.⁴³²

O problema da culpabilidade na medida da pena, como dito, deve ser entendido na conformidade do que prevê o ordenamento penal, motivo para que a lição da sofra uma adaptação ao direito brasileiro. No Brasil, aplica-se a Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça, pela qual nem sequer a incidência de circunstância atenuante (verificada na segunda fase de aplicação da pena) pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

Contudo, na terceira fase de aplicação da pena, além de elementos que indicam a menor culpabilidade (v.g., art. 29 do Código Penal) fatores que nada têm com a culpabilidade, a exemplo do arrependimento posterior, podem reduzir a pena cabível pelo fato praticado (art. 16 do Código Penal).

Por isso, torna-se dificultoso defender que a culpabilidade pelo fato,

⁴³⁰ HÖRNLE, Tatjana. La concepción anticuada de la culpabilidad en la jurisprudencia y doctrina tradicionales de la medición de la pena. Trad. María Martín Lorenzo. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, v. 54, p. 401-429, ene./dic. 2003, p. 407.

⁴³¹ GOMES, Luiz Flávio. Proporcionalidade e a tríplice função da culpabilidade no direito penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, a. 9, n. 107, p. 10-12, out. 2001, p. 11.

⁴³² RODRIGUES, Anabela Miranda. **A determinação da medida da pena privativa de liberdade**. Lisboa: Coimbra, 1995, p. 470. Igualmente no sentido da função da culpabilidade de limite máximo da pena, tem-se: ROXIN, Claus. Considerazioni di politica criminale sul principio di colpevolezza. Trad. Sergio Moccia. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, v. 23, p. 369-381, 1980, p. 377.

isoladamente, serve de limite mínimo da pena. Quanto ao mínimo, em veras, respeita-se a opção da lei, que, ao menos em regra, indica no próprio tipo um quanto de sanção sem o qual possivelmente resta desprotegido o bem jurídico penalmente tutelado. E, na terceira fase, possibilita-se até a diminuição dessa quantidade de pena por razões de política criminal legalmente admitidas. Desta forma, para o direito brasileiro, a compatibilização da retribuição com a culpabilidade só ocorre quando se a entende como legitimadora da pena⁴³³, postura criticada na doutrina. Diferentemente se pode dizer no tocante à possibilidade de defender que a culpabilidade serve de limite máximo da pena, teoria mais em voga entre os defensores da sua finalidade preventiva, conquanto sejam necessárias algumas adaptações.

O ordenamento brasileiro não tem cláusula expressa idêntica à do art. 71º-1 do Código Penal português, que prevê a determinação da pena em função da culpabilidade e das exigências de prevenção. Ao revés, o sistema penal pátrio admite expressamente a culpabilidade na primeira fase da aplicação da pena (art. 59 do Código Penal). Via de consequência, o art. 68 do mesmo Código dá a entender que a aplicação de atenuantes e causas de aumento poderiam aumentar a pena compatível com a culpabilidade, fixada anteriormente nos termos do citado art. 59. Essa seria uma interpretação equivocada do dispositivo, que permitiria a adoção de elementos que não dissessem respeito ao injusto praticado pelo agente para a elevação da pena, em dissonância com o direito penal do fato decorrente do princípio da culpabilidade.

Por conseguinte, deve entender-se que as agravantes e as causas de aumento se cuidam de critérios para graduar a culpabilidade e, pois, a pena máxima para o caso concreto.

Conclui-se que a culpabilidade opera tanto nas reduções quanto no aumento da pena estabelecida na primeira fase, isto é, também nas duas fases seguintes de sua aplicação⁴³⁴, o que de resto se deduz de um dispositivo como o art. 71, parágrafo único, do Código Penal, e mesmo na análise do cabimento da restritiva de direitos, consoante o art. 44, III, do Código. Visto que funciona como seu limite máximo, a culpabilidade permite penas

⁴³³ No direito brasileiro, exemplo de adoção da função de legitimação da pena pela culpabilidade se encontra em: CARDOZO, Teodomiro Noronha. Culpabilidade e reprovação: critérios de aferição da pena. **Revista da ESMAPÉ**, Recife, v. 12, n. 25, p. 357-368, jan./jun. 2007, p. 366.

⁴³⁴ ROCHA, Fernando Antônio Nogueira Galvão da. O tipo de culpabilidade e a dosimetria da pena. **JUS: revista jurídica do Ministério Público**, Belo Horizonte, n. 24, v. 17, p. 99-117, 1994, p. 106-107.

abaixo da sua medida.

Enfatize-se que, por irradiar a culpabilidade efeitos nas três primeiras fases da aplicação da pena, torna-se impossível defender que as agravantes ou as causas de aumento de pena não podem aumentar a pena fixada por força das circunstâncias judiciais. O que se defende aqui é que os fatores de aumento da pena determinada na primeira fase do processo de aplicação servem verdadeiramente para mensurar a culpabilidade do agente e, pois, só podem se referir ao agente que pratica um injusto. Nesse sentido, tem razão Juarez Cirino dos Santos ao se insurgir contra a inclusão pelo Código Penal da culpabilidade entre as circunstâncias judiciais.⁴³⁵ Com efeito, se pode operar em todas as fases da quantificação judicial da pena, não deveria se localizar junto aos elementos previstos somente para a primeira.

A unicidade do conceito de culpabilidade restou assentada. Necessário, agora, graduá-la para a determinação da pena, dentro dessa ótica da existência de um “quadrado mágico” no ordenamento pátrio.

Pela teoria normativa pura da culpabilidade, para a configuração de um crime, após a tipicidade e a antijuridicidade da conduta, basta que se tenham presentes concomitantemente os elementos da culpabilidade, quais sejam, a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa. A presença deles mostra que o agente pode ser reprovado por um fato típico e antijurídico que cometeu. A reprovação, entretanto, não se esgota em si mesma: carece de um fundamento. O cometimento do injusto é esse fundamento, a razão da censura, relevante não só por ser condição, mas por mensurar a culpabilidade.

Em outras palavras, a culpabilidade é culpabilidade do ato volitivo, no qual têm proeminência “o valor da vontade como fator determinante e condicionante da eleição, do emprego e da manipulação dos meios causais disponíveis à integração dessa ação à atividade global do sujeito.”⁴³⁶ Precisamente dos motivos e do conteúdo da censura se conclui que a culpa no relevante para a medida da pena “não é uma <<culpa em si>>, mas uma censura dirigida ao agente em virtude da atitude desvaliosa documentada num certo facto e, assim,

⁴³⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 570.

⁴³⁶ TAVARES, Juarez. **Direito Penal da Negligência**: uma contribuição à teoria do crime culposos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 377.

num *concreto tipo-de-ilícito*.”.⁴³⁷ Como se declara culpado o agente em razão de um injusto, de magnitude variável, os próprios requisitos da censura e os elementos do fato típico e antijurídico concretamente praticados por ele servem conjuntamente para a graduação da pena devida em função da culpabilidade.⁴³⁸

O injusto e a culpabilidade, portanto, apresentam interdependência também no sentido de que a uma variação quantitativa ou qualitativa do injusto deve corresponder uma variação na culpabilidade.

O próprio Código Penal prevê já em abstrato diversos tipos fundamentais, privilegiados e qualificados, para os quais, de acordo com o grau de injusto, faz variar o grau de reprovação. A relação entre injusto e culpabilidade se nota não só em abstrato, mas ainda nos fatos concretos. Essa teoria se mostra relevante por levar à associação do juízo de reprovação da culpabilidade ao conteúdo de garantia do tipo penal e a ajustá-lo ao crime efetivamente cometido.⁴³⁹

Daí que, um tanto paradoxalmente, ocorra um fechamento e uma abertura das possibilidades de mensuração da culpabilidade. O fechamento se dá pela vedação para medir a culpabilidade ao apelo a elementos que não os pertinentes ao agente que comete um injusto. Excluem-se, pois, no exame da culpabilidade (não da medida da pena concreta), a vida prévia do autor e, em regra, fatos posteriores ao delito por ele praticado. A “teoria indiciária” de parte da doutrina e da jurisprudência alemãs, que nos comportamentos prévios ou posteriores ao crime veem indícios da culpabilidade no momento do crime é de se rejeitar, por se tratar de resquício das vetustas concepções de culpabilidade do autor e não do fato⁴⁴⁰, incompatíveis com o Estado de Direito. A abertura se dá por se considerarem para a culpabilidade todos os elementos do tipo, subjetivos, objetivos ou normativos e sua relação com o agente. Relevam para a culpabilidade o grau de ilicitude e o modo de execução do fato, o grau de perigo criado nos crimes tentados e nos crimes de perigo, a personalidade e outros

⁴³⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal Português**: parte geral, II. As consequências jurídicas do crime. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 239. (grifos no original)

⁴³⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002, p. 460-461.

⁴³⁹ TAVARES, Juarez. **Direito Penal da Negligência**: uma contribuição à teoria do crime culposos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 379.

⁴⁴⁰ HÖRNLE, Tatjana. La concepción anticuada de la culpabilidad en la jurisprudencia y doctrina tradicionales de la medición de la pena. Trad. María Martín Lorenzo. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, v. 54, p. 401-429, ene./dic. 2003, p. 420.

fatores ligados à vítima, a situação do autor em relação ao bem jurídico protegido⁴⁴¹, a quantidade ou a natureza da substância comercializada⁴⁴² (v.g., em crimes de tráfico ilícito de entorpecentes), entre outros, de enumeração exaustiva impossível.

Sobejam para fins de determinação da culpabilidade do art. 59 (não já para a determinação da culpabilidade limite superior da pena) os elementos que constituem elementares típicas (desde que não graduáveis ou não graduados pelo próprio tipo ou não individualizáveis ou que, de alguma forma, só importem para a configuração do crime) ou que relevam por outras previsões legais na aplicação da pena. A exclusão se justifica pela vedação à dupla punição dos mesmos aspectos do injusto, o referido *ne bis in idem*.

Em suma, uma série de elementos, objetivos e subjetivos, determinam o limite de culpabilidade. Como bem decidiu o Superior Tribunal de Justiça, “A circunstância judicial da culpabilidade deve, hoje, ser entendida e concretamente fundamentada na reprovação social que o crime e o autor do fato merecem.”⁴⁴³ Os elementos que não mereceram previsão expressa em outro local, influem na determinação da pena por sua inserção no conceito de culpabilidade do art. 59 do Código Penal.

Exemplificativamente, passam-se a enumerar alguns dos componentes do injusto ou do próprio juízo de reprovação a se considerar na culpabilidade por sua inserção no citado art. 59 do Código Penal.

Nele, até mesmo parte da interioridade da pessoa releva ao direito penal para se deduzir o grau de culpabilidade de suas ações. Por isso, a inclusão da análise dos elementos subjetivos do tipo na culpabilidade justifica que a censura aumente quanto mais intenso o dolo ou mais grave a culpa (*stricto sensu*, isto é, no sentido de imprudência, negligência ou imperícia). Sendo assim, quem age com dolo direto merece maior sanção do que com dolo eventual. Nos crimes culposos, a culpabilidade varia com a maior ou menor

⁴⁴¹ RODRIGUES, Anabela Miranda. **A determinação da medida da pena privativa de liberdade**. Lisboa: Coimbra, 1995, p. 662-664.

⁴⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 100.487/MS. Impetrante: Defensoria Pública da União. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 03 de abril de 2008. **Diário da Justiça Eletrônico**, 28 abr. 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200800361581&pv=010000000000&tp=51>> Acesso em: 01 jun. 2009.

⁴⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 50.331/PB. Impetrante: Alexandre de Jesus Ferreira. Impetrado: Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 17 de maio de 2007. **Diário da Justiça**, 06 ago. 2007, p. 550.

gravidade da violação do dever de cuidado objetivo.⁴⁴⁴ Nessa esteira, por exemplo, a menor iluminação de uma rodovia impõe uma maior exigência de cuidado na direção de veículos que, se inobservado, aumenta a culpabilidade do agente.⁴⁴⁵ Os elementos do dolo, na expressão de Juarez Tavares, circulam entre o injusto e a culpabilidade, o que torna acessível um juízo de ponderação dos efeitos nesses dois setores das suas espécies, direto e eventual. Em decorrência, humaniza-se a culpabilidade, que passa a se adequar ao sujeito e se subordinar aos limites garantidores que informam o injusto.⁴⁴⁶

Ademais, o conteúdo volitivo da conduta concreta e a sua análise no processo anímico de motivação e eleição delineiam o juízo de culpabilidade. Isso se vincula não ao problema do livre-arbítrio, “mas à capacidade concreta de poder dirigir a conduta no sentido de um objeto de referência, que, no caso, deve ser a norma de proibição ou determinação.”⁴⁴⁷ Por conseguinte, a maior ou menor dirigibilidade normativa, ou seja, a variação do grau de exigibilidade de comportamento diverso, que vai da total inexigibilidade de conduta diversa (causas legais ou supralegais de exclusão da culpabilidade) até “a *plena normalidade* das circunstâncias do tipo de injusto [...] passando pelos graus intermediários de todas as gradações da *normalidade/anormalidade* do tipo de injusto”⁴⁴⁸ repercute na medida da pena. Exemplo disso é a obediência do empregado ao seu empregador que, a depender do caso concreto, pode excluir⁴⁴⁹ ou diminuir a exigibilidade de conduta diversa. Nessa última hipótese, a influência na medida pena deve ocorrer com fulcro no art. 59 do Código.

Exclui-se, todavia, da culpabilidade do art. 59 do Código Penal, a redução da dirigibilidade normativa por coação moral resistível, cumprimento de ordem de autoridade superior e influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima, que devem ser analisados como atenuantes (art. 65, III, “c”, do mesmo Código), em virtude da especialidade.

O nível de consciência do agente da ilicitude de sua conduta é outro elemento graduável em virtude da culpabilidade do art. 59 do Código Penal. Se ele age em

⁴⁴⁴ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 191-192. NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 173-174.

⁴⁴⁵ ROCHA, Fernando Antônio Nogueira Galvão da. O tipo de culpabilidade e a dosimetria da pena. **JUS**: revista jurídica do Ministério Público, Belo Horizonte, n. 24, v. 17, p. 99-117, 1994, p. 115.

⁴⁴⁶ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 246-247.

⁴⁴⁷ TAVARES, Juarez. **Direito Penal da Negligência**: uma contribuição à teoria do crime culposos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 377.

⁴⁴⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 570.

⁴⁴⁹ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 178-179.

erro de proibição inevitável, não sofre reprovação, ou seja, age sem culpa. Se em erro de proibição evitável, pode ter sua pena diminuída de um sexto a um terço (art. 21 do Código Penal). A diminuição da pena pelo erro de proibição evitável se rege, dessarte, não pela norma do art. 59, mas pela do art. 21 do Código Penal. Reversamente, quem age com plena consciência da antijuridicidade da conduta revela uma postura de despreço pelo direito merecedora de especial reprovação. O pleno conhecimento do injusto implica plena reprovação, que, à míngua de outra disposição expressa, deve ser mensurada no art. 59 do Código.⁴⁵⁰ Gradativamente, quanto mais esclarecimento sobre o caráter proibido de sua conduta tiver o agente, o que se deduz, entre outros fatores, do seu meio social, da sua possibilidade de informação e da sua cultura, maior deve ser a intensidade da reprovação.⁴⁵¹

Tal qual os outros elementos da culpabilidade, a consciência da ilicitude tem um grau mínimo (ainda potencial) sem o qual se julga inculpável o autor; um grau mediano, de mensuração consoante o conhecimento do injusto e a evitabilidade do erro; um grau máximo, de pleno conhecimento, atual, não potencial, do ilícito praticado.

Todos os elementos da culpabilidade e de seu fundamento relevam para a sua mensuração, não havendo motivo para o tratamento diferenciado da consciência da ilicitude. Aliás, o próprio Superior Tribunal de Justiça admite o relevo da exigibilidade de conduta diversa na dosimetria pela culpabilidade, como visto. E a exigibilidade de conduta diversa, igualmente à potencial consciência de ilicitude, cuida-se de suposto do crime. Há claras dificuldades para a mensuração da evitabilidade do erro e da potencialidade ou atualidade da consciência do injusto do agente no momento da prática da conduta. Mesmo casos de hostilidade ao direito, a depender dos fatos concretos, podem justificar uma atenuação de pena.⁴⁵² Nada disso, porém, embasa o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, já que os problemas de mensuração da consciência do ilícito não lhe são exclusivos.

Por fim, entre os elementos da culpabilidade como elemento do crime, resta a imputabilidade. Também ela permite graduações, o que se demonstrou acima. Na fase do

⁴⁵⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 570. Têm igual conclusão, para o direito alemão: JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002, p. 460-461.

⁴⁵¹ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 237-238.

⁴⁵² DIAS, Jorge de Figueiredo. **O problema da consciência da ilicitude em direito penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 388.

art. 59 do Código Penal, dentro da culpabilidade nele prevista, cabem considerações da imputabilidade distintas da exculpação ou da redução da pena pela semi-imputabilidade ou por força da atenuante do art. 65, I.

Posto isso, entende-se que o conceito de tipo relevante para a doutrina do concurso não equivale ao conceito de tipo da teoria geral do crime. Consoante bem ressalta José Moutinho, no âmbito analítico-sistemático, o tipo se centra comumente na determinação do mínimo indispensável à existência do crime.⁴⁵³ Daí a relevância, nesse domínio, se estabelecidas penas variáveis, do conceito de tipo em sentido amplo, abrangendo inclusive as circunstâncias dos crimes - e a culpabilidade, no Brasil - as quais não ostentam as mesmas exigências de determinação legal necessárias para as elementares. Nessas circunstâncias, a depender da formulação do direito positivo, podem entrar inclusive fatos anteriores, concomitantes e posteriores à realização dos elementos típicos essenciais.⁴⁵⁴

4.2 A questão do bem jurídico e as ordens constitucionais de criminalização

Quase todos os autores que se dedicaram ao tema de consunção, em maior ou menor grau, conferiram grande relevo à análise dos bens jurídicos protegidos⁴⁵⁵ pelas normas concorrentes.

Richard Honig, em obra surgida no ano de 1927, ainda sob os influxos do sistema causal da conduta, ensinava que a aplicação da consunção supõe a identidade de bem

⁴⁵³ MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português**. Lisboa: Universidade Católica, 2005, p. 218.

⁴⁵⁴ BELING, Ernst. **Die Lehre vom Verbrechen**. Neudruck der Ausgabe Tübingen 1906. Aalen: Scientia, 1964, p. 245 e seguintes, 333 e seguintes, 344 e seguintes e 399 e seguintes. MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português**. Lisboa: Universidade Católica, 2005, p. 225-229 e 398 e seguintes. Este último, à p. 405, ensina: “**Ora, quando a norma incriminadora estabelece uma pena variável, a estrutura do crime estende-se para lá daquilo que é comum a todos os crimes do mesmo tipo, de forma a alcançar ainda os aspectos que, podendo variar de caso para caso, fazem situar a pena correspondente neste e não naquele ponto do intervalo de variação admitido por cada norma.**” (negritos no original)

⁴⁵⁵ Não se desconheça a posição doutrinária dos que negam à norma penal a tutela de bens jurídicos, como: TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 176. Essa, inclusive, parece ser uma mudança de posição do autor, que defendia a necessidade de a norma proteger um bem jurídico, em: Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 1, n. 0 (número especial de lançamento), p. 75-87, 1993, p. 78-80. Todavia, a divergência não parece comportar efeitos para o presente trabalho.

jurídico, embora protegido sob distintos pontos de vista pelas normas incriminadoras ou, ao menos, uma relação de continente e conteúdo entre os bens jurídicos.⁴⁵⁶

Eduardo Correia, em Portugal, incluiu a relação de mais a menos entre os bens jurídicos como requisito da consunção. Em hipóteses que tais, para ele, pode acontecer que “a reação contra a violação concreta do bem jurídico, realizada pelo tipo informado pelo valor mais vasto, se efetive já pela aplicação do preceito que tem em vista a defesa de bens jurídicos mais extensos [...] uma consome já a proteção que a outra visa.”⁴⁵⁷

Nesse mesmo país, a jurisprudência permanece dando ao bem jurídico o caráter de elemento decisivo para toda a teoria concursal:

[...] O critério operativo de distinção entre categorias, que permite determinar se em casos de pluralidade de acções ou pluralidade de tipos realizados existe, efectivamente, unidade ou pluralidade de crimes, *id est*, concurso legal ou aparente ou real ou ideal, reverte ao bem jurídico e à concreta definição que esteja subjacente relativamente a cada tipo de crime. Ao critério de bem jurídico têm de ser referidas as soluções a encontrar no plano da teoria geral do crime, sendo a matriz de toda a elaboração dogmática. [...] ⁴⁵⁸

Não se passa diversamente no Brasil, onde ainda se vê muito presente a resolução de casos de unidade ou pluralidade de infrações a partir da unidade ou pluralidade de bens jurídicos tutelados pelas diversas normas, o critério que José Moutinho (em Portugal) chamou de teleológico.⁴⁵⁹ Bem ilustrativo a respeito o seguinte acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO TENTADO, RECEPÇÃO E PORTE DE ARMA. TRANCAMENTO QUANTO AO CRIME DE PORTE DE ARMA. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. INAPLICABILIDADE.

1. O tema do concurso aparente de normas guarda indissociável relação com a idéia-força bem jurídico. Reconhece-se a aplicabilidade do princípio da consunção quando há relação entre os delitos no tocante a diferentes graus de lesão ao mesmo valor tutelado.

2. Na hipótese, o reconhecimento da consunção passaria, necessariamente, por

⁴⁵⁶ HONIG, Richard. **Straflose Vor- und Nachtat**. Neudruck der Ausgabe Leipzig 1927. Aalen: Scientia, 1978, p. 67. Vide também, no capítulo primeiro, os critérios de Honig de subsidiariedade e de especialidade, que expressamente envolvem a unidade de bem jurídico.

⁴⁵⁷ CORREIA, Eduardo Henriques da Silva. **A teoria do concurso em direito criminal**. Coimbra: Almedina, 1996, p. 131.

⁴⁵⁸ PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão SJ20081204040793. Processo nº 4079/06. Relator: Henriques Gaspar. Lisboa, 04 de dezembro de 2008. **Sumário de Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça**, Seções Criminais, n. 132, dez. 2008, p. 01-03. Disponível em: <<http://www.stj.pt/nsrepo/cont/Mensais/Criminais/Microsoft%20Word%20-%20Dezembro%202008.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2009.

⁴⁵⁹ MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português**. Lisboa: Universidade Católica, 2005, p. 364.

exame profundo de matéria fática, inviável no seio do writ.
3. Ordem denegada.⁴⁶⁰

Hoje, doutrinariamente, mostra-se longe de pacífica a aceitação do critério exclusivo da relação entre bens jurídicos para a solução dos concursos de normas penais. As dificuldades começam com a própria conceituação do bem jurídico. Também se nota a pouca valia do bem jurídico em casos como do concurso formal homogêneo, nos quais, a despeito da unidade do bem jurídico, dá-se concurso efetivo de crimes, e de crimes complexos, para os quais se aplicam critérios de solução do concurso aparente de normas mesmo ante a pluralidade de bens jurídicos protegidos.⁴⁶¹

Outro problema se cuida da determinação do bem jurídico protegido por um determinado tipo de crime. Primeiramente, por que o bem jurídico nem sempre corresponde somente ao que se indica expressamente no Código. Efetivamente, pode um tipo penal proteger um bem jurídico “**formalmente poliédrico ou multifacetado**”, como se dá no furto qualificado, que por sua previsão abarca mais que o mero patrimônio.⁴⁶² Muita vez, a inclusão de um determinado crime em um título apenas atende um critério – nem sempre correto – de prevalência e não de exclusividade do bem jurídico tutelado.⁴⁶³ Exemplo no direito brasileiro se encontra na norma que prevê o crime de latrocínio (art. 157, § 3º, do Código Penal), o qual, apesar de incluído entre os “crimes contra o patrimônio”, indubitavelmente protege simultaneamente a vida. Não se pode aceitar a lição de Puig Peña, que fazia variar a aplicabilidade da consunção no crime de abandono de família do anterior Código Penal espanhol a depender da sua inclusão ou não no título relativo aos “Delitos contra a liberdade e

⁴⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 51884/RJ. Processo 200502153919. Impetrante: Eduardo de Souza Gomes. Impetrado: Desembargador Relator do Recurso em Sentido Estrito nº 152005 da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 02 de outubro de 2008. **Diário da Justiça Eletrônico**, 09 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200502153919&pv=0100000000000&tp=51>>. Acesso em: 01 jun. 2009. Na doutrina brasileira atual, também entende a unidade de bem jurídico como critério decisivo: ROSA, Fábio Bittencourt da. Lei nº 7.492/86 e o concurso aparente de leis. **Revista da AJUFE**, Brasília, a. 23, n. 1, p. 205-211, 2005, p. 207.

⁴⁶¹ MATUS A., Jean Pierre. Los criterios de distinción entre el concurso de leyes y las restantes figuras concursales en el código penal español de 1995. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, v. 58, n. 2, p. 463-493, mayo/ago. 2005, p. 465. MAURACH, Reinhart. **Tratado de derecho penal**, t. II. Trad. Juan Cordoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962, p. 439.

⁴⁶² COSTA, José de Faria. Artigo 204º. In: DIAS, Jorge de Figueiredo (Org.). **Comentário conimbricense do Código Penal**. Parte especial, t. II. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 54-93, p. 58. (grifos no original). MAURACH, Reinhart. **Tratado de derecho penal**, t. II. Trad. Juan Cordoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962, p. 443. O autor alemão, em pensamento análogo, diz que o roubo tem uma função protetora tridimensional (propriedade, posse e liberdade).

⁴⁶³ MANTOVANI, Ferrando. **Concorso e conflitto di norme nel diritto penale**. Bologna: Nicola Zanichelli, 1966, p. 543-544.

segurança”.⁴⁶⁴ Dessarte, a eventual falta de correspondência entre o *nomen juris* ou a topografia do crime e o bem realmente protegido deve ser considerada a fim de se evitarem equívocos na interpretação e na aplicação das regras do concurso aparente de normas penais.

Nem se pode olvidar que alguns bens jurídicos, em especial do chamado direito penal secundário, revelam um grau de abstração tal que dificultam a apreensão. Exemplo disso reside no bem jurídico “ordem tributária”, por vezes confundido com o mero patrimônio público. No entanto, mesmo tipos do direito penal liberal, por força de sua estrutura accidental, trazem um bem jurídico de “estrutura flexível” ou “formalmente poliédrico”, quando não simplesmente plúrimo.⁴⁶⁵ Para exemplificar o que se está dizendo, pode-se trazer a agravante do art. 61, II, “d”, que consiste em “ter o agente cometido o crime com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum”. Aí, notam-se alguns bens jurídicos protegidos por crimes contra a incolumidade pública. Então, um crime como o de lesões corporais do art. 129 do Código Penal, cuja estrutura essencial protege “as pessoas”, pode em um determinado caso (imagine-se a lesão corporal com uso de explosivo) tutelar a incolumidade pública em virtude de uma agravante.

Além disso, o bem jurídico violado, em regra, trata-se apenas de um dos fatores a analisar na fixação do conteúdo de ilícito da conduta, razão pela qual tem papel limitado nas questões concursais. Rigorosamente, ofender um bem jurídico e realizar um tipo são correlativos.⁴⁶⁶ A unidade do crime, efetivamente, depende do exame de todos os elementos do tipo, de suas circunstâncias e das relações com outros tipos.⁴⁶⁷

É como dito: a análise desse elemento permanece relevante, máxime por continuar a doutrina a assinalar ao direito penal contemporâneo – e mesmo ao direito penal do futuro - uma função de proteção de bens jurídicos reputados essenciais à existência e

⁴⁶⁴ PUIG PEÑA, Frederico. **Colisión de normas penales**: concurso aparente de leyes punitivas. Barcelona: Bosch, 1958, p. 51-52.

⁴⁶⁵ MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português**. Lisboa: Universidade Católica, 2005, p. 437-438.

⁴⁶⁶ GEERDS, Friedrich. **Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht**. Hamburg: Hansischer Gildenverlag, Joachim Heitmann & Co, 1961, p. 164, 176, 182, 211 e seguintes e 302 e seguintes. MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português**. Lisboa: Universidade Católica, 2005, p. 366 e 371 e 874-879.

⁴⁶⁷ FROSALI, Raoul Alberto. **Concorso di norme e concorso di reati**. Città di Castello: Leonardo da Vinci, 1937, p. 140.

conservação sadias de uma sociedade em um determinado momento histórico.⁴⁶⁸ Ora, se da efetividade da pena depende todo um sistema protetor de bens de tal monta, o aplicador das normas criminais certamente deve levar em conta esse fim também em casos de concurso aparente. Deve-se partir, ademais, de um papel crítico e de limitação da intervenção estatal atribuído ao bem jurídico pela doutrina penal hodierna.⁴⁶⁹

Afora isso, muitos dos bens jurídicos protegidos pelo direito penal apresentam o caráter de direitos fundamentais, que, para além da dimensão subjetiva, têm uma dimensão objetiva.

À dimensão objetiva dos direitos fundamentais se ligam ao menos dois temas de suma importância, o da Constituição como ordem de valores (irrelevante para o presente trabalho) e o da chamada eficácia irradiante, que tem como um de seus instrumentos a interpretação conforme a Constituição.⁴⁷⁰ Mas, nela não se exaure, porquanto convertem os direitos fundamentais no norte do ordenamento. Irradia-se dita eficácia por toda a legislação infraconstitucional, sem que haja qualquer motivo para operar distintamente em relação ao direito penal.⁴⁷¹

Outro desdobramento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais se encontra no reconhecimento dos deveres de (e correlatos direitos à) proteção: por eles, o Estado não somente deve se abster de violar os direitos fundamentais como também deve proteger seus titulares contra ameaças de terceiros. Vislumbra-se, pois, direito subjetivo de caráter prestacional oponível contra o Estado. Essa proteção abarca as atividades legislativa, administrativa e jurisdicional do Estado. Os deveres de proteção de direitos fundamentais se fundamentam mais expressamente (embora não exclusivamente) no art. 5º, XLI, (“a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”), e, como direito fundamental social, no art. 6º (“São direitos sociais [...] a segurança [...]”) da Constituição

⁴⁶⁸ FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 97.

⁴⁶⁹ TAVARES, Juarez E.X. **Bien Jurídico y Función en Derecho Penal**. Trad. Monica Cunãrro. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 84.

⁴⁷⁰ SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. (Org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 251-314, p. 263-264.

⁴⁷¹ SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. (Org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 251-314, p. 279-283.

Federal.⁴⁷²

Todavia, não há identificação entre o dever de proteção e o dever de proteção através da criminalização. Há íntima conexão entre o que Luciano Feldens chamou de “dever de prestação normativa em matéria penal” e a questão da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que impõe ao Estado a sua proteção. Inobstante, nem todo direito fundamental ao qual incumbe ao Estado proteger implica ordem de criminalização: necessária a conjunção da dignidade e da carência penais, o que inclui a própria análise da conduta humana de desprezo ao bem jurídico.⁴⁷³ E, nem toda ordem de criminalização envolve direitos fundamentais. Exemplo disso se encontra no art. 100, § 6º, da Constituição Federal, pelo qual “O Presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatório incorrerá em crime de responsabilidade.”.

Em perspectiva parcialmente diversa, entende Luiz Carlos Gonçalves que as ordens de criminalização explícitas na Constituição de 1988 têm a função de proteção de direitos fundamentais.⁴⁷⁴ Não à toa, aliás, muitos dos deveres de criminalização se inserem no art. 5º (exemplos: XLI, XLII, XLIII e XLIV), por sua vez parte do capítulo I, destinado aos “direitos e deveres individuais e coletivos”, do título II da Constituição Federal, que traz os “direitos e garantias fundamentais”.

⁴⁷² FELDENS, Luciano. **A Constituição penal**: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 98-100. SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. (Org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 251-314, p. 294-303. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 450. “Por ‘direitos a proteção’ devem ser aqui entendidos os direitos do titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este o proteja contra intervenções de terceiros. Direitos a proteção podem ter os mais diferentes objetos. Desde a proteção contra homicídios na forma mais tradicional, até a proteção contra os perigos do uso pacífico da energia nuclear [...] Não menos diversificadas são as possíveis formas de proteção. Elas abarcam, por exemplo, a proteção por meio de normas de direito penal, por meio de normas de responsabilidade civil, por meio de normas de direito processual, por meio de atos administrativos e por meio de ações fáticas.”

⁴⁷³ FELDENS, Luciano. **A Constituição penal**: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 135-138. FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 79-80. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime**: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, especialmente p. 189 e 274. DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: Parte Geral, t. 1. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 129-131. A relação entre os temas do dever de criminalização e do dever de proteção também se encontra reconhecida em: ROXIN, Claus. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil, Band I. 4. ed. München: C.H. Beck, 2006, p. 44.

⁴⁷⁴ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 158 e seguintes.

Seja como for, em todas as ordens de criminalização, inclusive as implícitas⁴⁷⁵, há uma nota comum: o tomar a sério a violação ou ameaça de violação por algumas modalidades de condutas a determinados bens jurídicos constitucionais, no sentido de indicar de antemão que eles merecem e carecem do recurso ao direito penal (dignidade e necessidade de pena) para sua proteção. Nesses casos, presente o dever estatal de atuação, não há espaço de discricionariedade legislativa quanto à incriminação, de modo que a inobservância desse dever se pode sindicá-la judicialmente.⁴⁷⁶ De antemão, a Constituição reputa insuficiente qualquer outra forma de tutela que não a penal e, com maior razão, a ausência de qualquer tutela; ou seja, viola a proporcionalidade no ângulo da vedação da proteção insuficiente não prever punição penal ou deixar de punir concretamente determinadas condutas atentatórias a bens jurídicos especialmente relevantes.

As ordens de criminalização produzem os mesmos efeitos de outras normas constitucionais e alguns específicos. O primeiro, de apreensão mais rápida, o de impor ao legislador a criação de tipos penais, rechaçada a tese de tipificação direta pelo texto constitucional em virtude do princípio da legalidade.

Não se esgotam aí os efeitos dessas ordens. Entre outros, como a proibição de descriminalização ou abrandamento excessivo da punição (reflexo do princípio da vedação de retrocesso social), para os fins do tema em estudo, interessa a influência na interpretação e aplicação da própria Constituição e de toda a legislação hierarquicamente inferior, tal como os direitos fundamentais que porventura protejam.⁴⁷⁷ Destarte, a lesão ou ameaça de lesão, ao menos por determinadas modalidades de condutas, a uma série de bens jurídicos devem ser necessariamente protegidos pelo direito penal, por imposição constitucional (inclusive de um determinado tipo de Estado).⁴⁷⁸

⁴⁷⁵ Não há espaço aqui para a discussão acerca da existência de ordens constitucionais implícitas de criminalização. Adota-se, no trabalho, a teoria que admite a sua possibilidade. Nesse sentido, entre outros, ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 467. “[...] há posições relacionadas a direitos a prestações sobre as quais não pairam dúvidas, como a proteção contra lesões corporais por meio de normas penais.”

⁴⁷⁶ FELDENS, Luciano. **A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 73-74. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, especialmente p. 307.

⁴⁷⁷ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 161-165. FELDENS, Luciano. **A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 76-79.

⁴⁷⁸ “Enquanto as indicações constitucionais de fundo (que atuam no sentido da descriminalização) são, ainda,

Inexiste razão para blindar as questões do concurso aparente de normas penais dos efeitos das ordens constitucionais implícitas ou explícitas de criminalização. Especificamente, a aplicação da regra da consunção não pode descurar das ordens constitucionais de criminalização. Assim, deve-se entender que as normas incriminadoras que as concretizam ostentam um caráter reforçado pelo seu especial desvalor da conduta ou do seu resultado. Por esse especial desvalor, em regra, o agente que pratica a conduta típica correspondente a dita norma deve sofrer as sanções correspondentes, vedada a conclusão pela absorção do seu desvalor em outro crime que não tutele o mesmo bem jurídico ou não concretize a mesma ordem de incriminação.

Para atualizar o exemplo de Karl Binding da relação entre o crime de incêndio e o de dano, citado acima, pode-se incluir danos ambientais causados pelo fogo. Considerem-se presentes os elementos do art. 40 da Lei nº 9.605/98, que prevê o seguinte crime: “Art. 40. Causar dano direto ou indireto às Unidades de Conservação e às áreas de que trata o art. 27 do Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1990, independentemente de sua localização: Pena - reclusão, de um a cinco anos.”. Em uma tal hipótese, de modo algum se pode pretender que o conteúdo de injusto e de culpabilidade do crime ambiental se esgotem no crime de incêndio. A extraordinária frequência com que os danos (não necessariamente ambientais) acompanham o incêndio não bastam para concluir que a pena resultante ou do concurso material (privativa de liberdade de quatro a onze anos de reclusão e multa) ou do formal (de três a seis meses a nove anos de reclusão e multa) de delitos se possa nesse caso substituir tão somente pela do incêndio do art. 250 do Código Penal (de três a seis anos). Afora isso, algumas das normas processuais especialmente previstas para os crimes ambientais não poderiam ser aplicadas.

Semelhantemente, com maior razão, pode-se dizer se consumado o crime de incêndio previsto no art. 41 da Lei nº 9.605/98 (“Art. 41. Provocar incêndio em mata ou

expressão de um quadro constitucional característico do Estado liberal de direito, pressupondo, outrossim, uma implícita relação de 'tensão' entre política criminal e direito penal, as vertentes orientadas no sentido da criminalização traduzem a expressão de uma visão bem diversa do papel da Constituição no sistema penal: as obrigações de tutela penal no confronto de determinados bens jurídicos, não infreqüentemente característicos do novo quadro de valores constitucionais e, seja como for, sempre de relevância constitucional, contribuem para oferecer a imagem de um Estado *empenhado e ativo* (inclusive penalmente) na persecução de maior número de metas propiciadoras de transformação social e da tutela de interesses de dimensões ultraindividual e coletivas, exaltando, continuamente, o papel instrumental do direito penal com respeito à política criminal, ainda quando sob os auspícios – por assim dizer – da Constituição.” PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**: um estudo comparado. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 103.

floresta: Pena - reclusão, de dois a quatro anos, e multa.”, cujos mínimo e máximo de pena previstos sequer alcançam os do crime de incêndio do Código Penal. Todo um sistema penal protetivo do ambiente ordenado pelo art. 225, § 3º, da Constituição Federal seria simplesmente afastado ou, no mínimo, bastante enfraquecido pelo juiz, o que violaria indubitavelmente a ordem de exaustão dos fatos, concretização da vedação da proteção insuficiente, vertente da proporcionalidade.

Então, o papel do bem jurídico no concurso aparente de normas penais incriminadoras deve ser analisado à luz da Constituição. Caso haja ordem de criminalização envolvendo o bem jurídico, a presunção de necessidade de punição da conduta impossibilita a conclusão pelo esgotamento do desvalor de injusto e de culpabilidade do crime em um outro crime, isto é, a mera desconsideração da pena prevista no caso concreto pela aplicação da consunção. Nada obstante, se preenchidos os demais requisitos, pode-se cogitar de consunção de uma norma que por imposição constitucional tutele um bem jurídico por outra que tutele o mesmo bem (junto ou não a outros). Assim, um crime ambiental consumiria um outro, desde que presentes os requisitos que se indicarão abaixo. O cuidado na análise desses casos de identidade de bens jurídicos deve ser maior: exatamente pelo mandado constitucional, a presunção é de necessidade da tutela penal e apenas uma desproporção na pena no caso concreto poderia levar à consunção de uma norma que protege aquele bem por outra que tenha a mesma finalidade.

Dessa forma, evita-se a vagueza do critério proposto por Fiandaca e Musco da comparação do nível e da qualidade do bem tutelado para a eleição da norma prevalente nos casos de consunção.⁴⁷⁹ Tendo por definição todo bem jurídico penal sede constitucional, o nível deles não permitiria por si só comparações. Já a “qualidade” do bem jurídico nem os próprios autores explicam.

Não se deve, pois, ir ao extremo de um Richard Honig, que só admitia relações de concurso aparente na presença do mesmo bem jurídico em todas as normas penais. A erronia de tal teoria restou demonstrada. Também não se pode defender de início, sem qualquer ressalva, que o bem jurídico seja apenas mais um dos fatores a considerar para a definição da consunção. Essa última posição só se mostra correta se desconsiderados o seu

⁴⁷⁹ FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto penale**: Parte generale. 3. ed. Bologna: Zanichelli, 1999, p. 621.

papel na análise do conteúdo valorativo do crime⁴⁸⁰ e o especial reforço trazido pelas ordens constitucionais de criminalização.

Não se há de negar, porém, as dificuldades que a introdução de um conceito tão discutido como o de bem jurídico nas questões do concurso aparente de normas penais podem acarretar. Nada obstante, outros conceitos indispensáveis à teoria do concurso não são menos debatidos pelos penalistas, a começar pelo próprio conceito de ação. Ainda nessa linha de pensamento, de se reter sempre que à dogmática penal incumbe se adaptar às exigências constitucionais e não o inverso.

4.3 O âmbito possível da consunção no direito brasileiro

Primeiramente, indicam-se os requisitos cumulativos para a aplicação da consunção no direito brasileiro. Depois, aborda-se o conteúdo mesmo da regra.

Um desses requisitos que deve se encontrar é o da identidade do agente. Não se cuida de obviedade se entendido no sentido de que a questão do concurso aparente de normas se deve resolver separadamente para cada agente, o que se mostra relevante nos casos de concurso de pessoas. A isso alude parte da doutrina que se refere ao caráter ou natureza altamente pessoal do concurso aparente de normas. Assim, nada impede, por exemplo, a apenação no mesmo processo de um agente por um só crime e outro por um concurso de crimes ou de um agente por um crime simples e outro por um crime qualificado, ou seja, a aplicação das regras de solução do concurso aparente de normas incriminadoras somente para um dos réus.⁴⁸¹ Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, que bem distinguiu a autoria do

⁴⁸⁰ “É só e sempre olhando para o conteúdo de valores das normas e dos fatos, pondo no centro do sistema a categoria do bem jurídico, que se resolve o concurso de normas no sentido de uma justiça substancial.” MORO, Aldo. **Unità e pluralità di reati**: principi. 2. ed. Padova: CEDAM, 1954, p. 109. Tradução livre de: “È solo e sempre guardando al contenuto di valore delle norme e dei fatti, ponendo al centro del sistema la categoria del bene giuridico, che si resolve il concorso di norme nel senso di una giustizia sostanziale.” Também sobre a importância do bem jurídico no tema: MAURACH, Reinhart. **Tratado de derecho penal**, t. II. Trad. Juan Cordoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962, p. 439-440.

⁴⁸¹ MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português**. Lisboa: Universidade Católica, 2005, p. 747. ESCUCHURI AISA, Estrella. **Teoría del concurso de leyes y de delitos**: bases para una revisión crítica. Granada: Comares, 2005, p. 356-358. GEERDS, Friedrich. **Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht**. Hamburg: Hansischer Gildenverlag, Joachim Heitmann & Co, 1961, p. 176 e 229 e seguintes. PEÑARANDA RAMOS, Enrique. **Concurso de leyes, error y participación**

pós-fato e a autoria do fato principal:

[...] II. Co-autoria: não há "post factum" impunível, mas co-autoria, se os agentes da conduta posterior a consumação do crime, antes dela, já haviam acertado com os autores do fato típico a cooperação póstuma, essencial à obtenção de proveito por todos visado. [...] ⁴⁸²

Em adição, considera-se que as regras do concurso aparente de normas, desde que presentes seus supostos, podem-se aplicar às hipóteses de unidade ou de pluralidade de fatos.

Não se ignora a existência de forte corrente doutrinária que exige a unidade de ação (não de fato), entendida ou não no sentido naturalista, de modo que põe para além dos seus limites a questão dos chamados antefatos ou pós-fatos copunidos.⁴⁸³ Cuida-se de chamada teoria diferenciadora do concurso aparente.⁴⁸⁴

Mas, mesmo autores que exigem a unidade de ação terminam por aceitar que as mesmas regras do concurso aparente de normas penais, para ele a consunção, a subsidiariedade, a especialidade e a alternatividade, aplicam-se aos casos de antefatos ou pós-fato impuníveis, do que são exemplos Richard Honig (que só excetua a especialidade das regras de solução comuns ao concurso aparente de normas e aos casos de antefato e pós-fato

en el delito: Un estudio crítico sobre el principio de la unidad del título de imputación. Madrid: Civitas, 1991, p. 153 e seguintes. JAKOBS, Günther. **Strafrecht:** Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre. 2. ed. New York; Berlin: Walter de Gruyter, 1993, p. 883. MAURACH, Reinhart. **Tratado de derecho penal**, t. II. Trad. Juan Cordoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962, p. 466-467 e 470. Este último só enfatiza esse requisito para o antefato e o pós-fato copunidos. Afora isso, entende que se tratam não de casos de concurso aparente de normas e sim de causas pessoais de exclusão de pena. Em sentido contrário à natureza altamente pessoal: WEGSCHEIDER, Herbert. **Echte und scheinbare Konkurrenz:** Zu materiellrechtlichen und prozessualen Fragen des „Zusammentreffens strafbarer Handlungen” (§ 28 StGB). Berlin: Duncker & Humblot, 1980, p. 266.

⁴⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 72315/MG. Impetrante: Cláudio Antônio Rocha. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Pacientes: José Pedro da Silva Filho e Elza de Lourdes Martins da Silva. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 07 de março de 1995. **Diário da Justiça**, 26 maio 1995, p. 15.159.

⁴⁸³ STEVENSON, Oscar. Concurso aparente de normas penais. **Revista forense**, Rio de Janeiro, v. 62, n. 209, p. 26-34, jan./mar. 1965, p. 27-28. CECCHI, Mauro. L'insider trading dei pubblici ufficiali: un caso di concorso di norme. **Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia**, Padova, a. 9, n. 2, p. 550-561, apr./giu. 1996, p. 559. KLUG, Ulrich. Sobre el concepto de concurso de leyes. In: KLUG, Ulrich. **Problemas de la Filosofía y de la Pragmática del Derecho**. Trad. Jorge M. Seña. Ciudad del México: Fontamara, p. 57-75, p. 58. BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**, t. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 277. Para este autor, a pluralidade de ações em sentido naturalista não se enquadraria no concurso aparente de normas. ESCUCHURI AISA, Estrella. **Teoría del concurso de leyes y de delitos:** bases para una revisión crítica. Granada: Comares, 2005, p. 437-439. Esta reduz o âmbito do antefato impunível à progressão criminosa, na qual considera haver só uma conduta e nega a possibilidade de ausência de punição de um pós-fato somente em virtude das regras do concurso aparente de normas penais, donde sua conclusão.

⁴⁸⁴ MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português**. Lisboa: Universidade Católica, 2005, p. 822.

impuníveis), Johannes Wessels e Werner Beulke.⁴⁸⁵

A contradição de Honig não passou despercebida a Eduardo Correia, que vê aí uma concessão à teoria naturalística do concurso de crimes, que o próprio autor alemão condenara em outros escritos. O caminho correto para a verificação da necessidade de uma unidade ou pluralidade de ações para o concurso aparente de normas se encontra, portanto, na interpretação das normas penais.⁴⁸⁶

Na já citada autora espanhola Castelló Nicas, tem-se a mesma tese de que os atos anteriores, concomitantes e posteriores impunes teriam relação de concurso de delitos e não de normas com o fato principal. Porém, a impossibilidade de aplicação de sanção aos últimos residiria na vinculação entre eles e pelo fato de que os atos posteriores seriam mero esgotamento dos delitos “centrais”, ainda que sejam diversos os bens jurídicos e os sujeitos passivos das ações.⁴⁸⁷ De fora parte a peculiaridade da tese dessa autora que defende a unidade ou pluralidade de bens jurídicos como critérios distintivo entre o concurso de normas e o concurso de delitos, nota-se que a aludida vinculação que justificaria a impunidade dos atos posteriores tem pouco potencial explicativo.

Semelhantemente, pode-se dizer da explicação para o enquadramento da autora dos atos anteriores impunes: para ela, o se tratar de uma progressão criminosa levaria à consideração jurídica de um só fato, já que o crime posterior consumiria ou absorveria o anterior; ademais, como as normas não regulariam os mesmos crimes cometido em progressão, inexistiria concurso entre elas. O exemplo que a autora traz está no crime de homicídio praticado após lesões corporais, desde que estas se insiram na mesma “linha de

⁴⁸⁵ HONIG, Richard. **Strafloße Vor- und Nachtat**. Neudruck der Ausgabe Leipzig 1927. Aalen: Scientia, 1978, p. 11 e seguintes. Verdadeiramente, Honig entende, ao contrário da doutrina quase unânime, que a alternatividade, a especialidade, a consunção e a subsidiariedade se tratam de regras gerais que se podem aplicar também em casos de concurso aparente de normas e não que se cuidam de regras somente para solução desses casos. WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. **Strafrecht: Allgemeiner Teil: Die Straftat und ihr Aufbau**. 32. neu bearbeitete Auflage. Heidelberg: C. F. Müller, 2002, p. 277-278. Estes dois últimos autores separam o antefato e o pós-fato copunidos (*Mitbestrafte*) do âmbito do que chamam de concurso de leis. Porém, defendem que ao antefatos copunido se aplicam ou a regra da consunção ou a da subsidiariedade e ao pós-fato copunidos se aplica a regra da consunção.

⁴⁸⁶ CORREIA, Eduardo Henriques da Silva. **A teoria do concurso em direito criminal**. Coimbra: Almedina, 1996, p. 126 e 127. Aspecto ao qual chamaram a atenção: PUPPE, Ingeborg: **Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen**: Logische Studien zum Verhältnis von Tatbestand und Handlung. Berlin: Duncker & Humblot, 1979, p. 196. D'ALMEIDA, Luís Duarte. **O “concurso de normas” em direito penal**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 62.

⁴⁸⁷ CASTELLÓ NICÁS, Nuria. **El concurso de normas penales**. Granada: Comares, 2000, p. 56-57.

ataque” daquele.⁴⁸⁸

Aqui, notam-se a falta de explicação da razão pela qual o posterior absorveria o anterior (e se se considera que parte considerável da doutrina enquadram na progressão criminosa o antefato e o pós-fato impuníveis⁴⁸⁹, o argumento encerraria pura tautologia), o uso da mesma denominação do concurso aparente de normas (“consumir” ou “absorver”) e a rejeição imotivada da tese da doutrina quase unânime que vislumbra a possibilidade de concurso aparente de normas também em casos de coincidência apenas parcial entre tipos, a exemplo do estelionato em relação ao uso de documentos falsos.

Não tem melhor sorte a doutrinadora espanhola ao defender a autonomia da teoria do concurso de normas dos fatos típicos concomitantes ou simultâneos. A respeito do tema, ela novamente se vale do termo “consumidos” e da explicação da ausência de coincidência total entre as normas que punem o delito principal e o delito acompanhante. Além disso, assevera que punir os dois crimes implicaria *bis in idem*.⁴⁹⁰ Ora, a existência de dupla valoração dos mesmos fatos se cuida exatamente do que precisa se demonstrar. E, para isso, necessário recorrer às regras de solução do concurso aparente de normas.

Um tanto contraditoriamente, a mesma autora, mais a frente, sustenta que a consunção supõe que um dos preceitos concorrentes não é aplicável, seja por se tratar de atos em progressão criminal, seja por se tratar de atos posteriores ou concomitantes impuníveis, novamente reiterando que não se dá, nessas hipóteses, concurso aparente de normas.⁴⁹¹

Na doutrina nacional, Marcelo Fortes Barbosa defende a unidade de fato (embora não entendida por meros critérios naturalísticos, porquanto necessária, a seu ver, a individualização do caso também por critérios normativos) como requisito do concurso aparente de normas. Para ele, a inclusão da pluralidade de fatos no regime do concurso aparente teria dois efeitos indesejados: o empobrecimento da noção tradicional do seu conceito e a aceitação da subsidiariedade como um dos seus critérios de solução, a exemplo do que fez Friedrich Geerds, que o autor cita expressamente.⁴⁹²

⁴⁸⁸ CASTELLÓ NICÁS, Nuria. **El concurso de normas penales**. Granada: Comares, 2000, p. 59-62.

⁴⁸⁹ Exemplificativamente: NORONHA, E. Magalhães. Crime progressivo e concurso aparente de normas penais. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 62, n. 210, p. 39-45, abr./jun. 1965, p. 44.

⁴⁹⁰ CASTELLÓ NICÁS, Nuria. **El concurso de normas penales**. Granada: Comares, 2000, p. 62-63.

⁴⁹¹ CASTELLÓ NICÁS, Nuria. **El concurso de normas penales**. Granada: Comares, 2000, p. 136 e 157-166.

⁴⁹² BARBOSA, Marcelo Fortes. **Concurso de normas penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 14-23.

Nada obstante, desde Karl Binding, que iniciou o dito sistema pluralista do concurso aparente de normas, costuma-se incluir a subsidiariedade entre os seus critérios de solução. Logo, o critério da tradição indica exatamente o caminho inverso ao seguido pelo doutrinador brasileiro.

Ainda na doutrina nacional, Jomilson Oliveira admite que os casos de antefato e pós-fato impuníveis se resolvem pelas regras do concurso aparente de normas. Todavia, defende que nesses casos há verdadeiramente unidade de ação. Segundo ele, o antefato não é punível por se considerar como uma unidade de ação com o pós-fato punível, de modo que “há pluralidade de atos e unidade de ação”. O pós-fato deve ser considerado impunível por se tratar de mero exaurimento do crime anterior.⁴⁹³ O exemplo que traz de antefato impunível é a da violação de domicílio para o cometimento de furto e o de pós-fato impunível é a venda de *res furtiva* pelo agente após consumado o furto ou o roubo.

Em Portugal, Cavaleiro de Ferreira defende a unidade do fato como pressuposto do concurso de normas quando os fatos previstos em normas incriminadoras diversas se unificam, porquanto um deles se integra no outro como elemento accidental.⁴⁹⁴

Claramente se percebe que, ao contrário da doutrina quase unânime, esses três últimos autores focaram no final do procedimento hermenêutico do concurso aparente de normas, isto é, invertendo os fatores, consideraram a ação unitária depois de aplicarem as regras respectivas. Sucede que não se põe em causa que o resultado de tal operação pode consistir na unidade de crime e, ao menos em um certo sentido, de ação relevante para um determinado processo penal. Discute-se, em veras, se as regras do concurso aparente de normas podem ser aplicadas a mais de uma ação, por vezes entendida em sentido naturalístico, outras em sentido normativo, problema que os autores não enfrentaram diretamente.

Portanto, para evitar a velha discussão sobre os requisitos que um determinado comportamento humano deve apresentar de modo a se caracterizar como ação

⁴⁹³ OLIVEIRA, Jomilson. Concurso aparente de normas e antefato e pós-fato impuníveis. **Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes**, Rio de Janeiro, nova série, v. 3, n. 3, p. 90-99, 1998, p. 96-99. Semelhantemente: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal**: Parte General, t. IV. Buenos Aires: Ediar, 1999, p. 562.

⁴⁹⁴ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. Concurso de normas penais. **Scientia iuridica**: revista de direito comparado português e brasileiro, Braga, v. 29, n. 164/165, p. 159-185, abr./jun. 1980, p. 165.

única e à míngua de uma teoria com suficiente explicação do problema dos fatos anteriores, concomitantes e posteriores ditos impunes, de se rechaçar a teoria da unidade de ação como pressuposto do concurso aparente de normas.

Sendo assim, a aplicação do mesmo regime a institutos reputados distintos equivaleria a uma disputa por nomes⁴⁹⁵, em setor doutrinal onde a multiplicação da já vasta gama de conceitos, muita vez irreconciliáveis, sugere a solução oposta, isto é, a adoção da corrente que Moutinho chamou de teoria unitária do concurso aparente de normas.⁴⁹⁶

Isso não implica, contudo, defender a igualação dos regimes do concurso de crimes praticados ou mediante uma ou através de várias ações.⁴⁹⁷ Não se desconhece que uma série de legislações adotou essa opção, tais como o Código Penal português (art. 77)⁴⁹⁸, o

⁴⁹⁵ Também assim: PUPPE, Ingeborg: **Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen**: Logische Studien zum Verhältnis von Tatbestand und Handlung. Berlin: Duncker & Humblot, 1979, especialmente p. 196. A respeito das posições contrárias de Honig e Baumann, explica a autora: “Ambos os autores querem aplicar as regras da consunção ou subsidiariedade a esses casos apesar da pluralidade de ações e, portanto, não limitam essas regras aos casos de concurso de leis, de modo que sua briga com a doutrina dominante se trata só de terminologia.” Tradução livre de: “Beide Autoren wollen aber trotz der Handlungsmerheit die Regeln der Konsumtion oder Subsidiarität auf diese Fälle anwenden, diese Regeln also nicht auf die Gesetzeskonkurrenz beschränken, so daß ihr Streit mit der h. L. nur um die Terminologie geht.”

⁴⁹⁶ MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português**. Lisboa: Universidade Católica, 2005, p. 822. Adotada, entre outros autores, por: JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. 5. ed. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002, p. 790. STRATENWERTH, Günter; KUHLEN, Lothar. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil I. Die Straftat. 5. Auflage. München: Carl Heymanns, 2004, p. 405. TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 54. HUNGRIA, Nelson. Primeira parte. In: HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**, v. I, t. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 19-214, p. 148. ARCE AGGEO, Miguel Ángel. **Concurso de delitos en materia penal**: su evolución desde el finalismo hasta el funcionalismo. Una visión de la pluralidad de delitos desde la perspectiva de la Ontología del lenguaje y la Teoría comunicativa del delito. 2. ed. Buenos Aires: Universidad, 2007, p. 174-175. ESCUCHURI AISA, Estrella. El principio non bis in idem y el concurso de leyes penales en la dogmática y jurisprudencias españolas. **Revista peruana de ciencias penales**, Lima, n. 16, p. 195-256, 2005, p. 221. JAKOBS, Günther. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre. 2. ed. New York; Berlin: Walter de Gruyter, 1993, p. 866. SCHMIDT, Andrei Zenkner. Concurso aparente de normas penais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 9, n. 33, p. 67-100, jan./mar. 2001, p. 76. HOCHMAYR, Gudrun. **Subsidiarität und Konsumtion**: Ein Beitrag zur Strafrechtlichen Konkurrenzlehre. Wien: Manzsche, 1997, p. 48-49. BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klaus. **Direito Penal**: parte geral. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 323. D'ALMEIDA, Luís Duarte. **O “concurso de normas” em direito penal**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 62-63. FROSALI, Raoul Alberto. **Concorso di norme e concorso di reati**. Città di Castello: Leonardo da Vinci, 1937, p. 430 e seguintes. PEÑARANDA RAMOS, Enrique. **Concurso de leyes, error y participación en el delito**: Un estudio crítico sobre el principio de la unidad del título de imputación. Madrid: Civitas, 1991, p. 33. O último autor reputa essa posição dominante na doutrina espanhola e na alemã.

⁴⁹⁷ Como faz na doutrina, por exemplo: CUELLO CONTRERAS, Joaquín. La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal (I). **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, v. 32, n. 1, p. 45-91, ene./abr. 1979, especialmente p. 49-50.

⁴⁹⁸ Contra essa interpretação, Moutinho, para quem a equiparação pretendida por Eduardo Correia “não deixou rasto na lei”. MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português**. Lisboa: Universidade Católica, 2005, p. 109 e 137-138.

suíço (art. 68), o francês (arts. 132 e 133), o austríaco (§ 28) e mesmo o Código Penal militar pátrio (art. 79). Todavia, o Código Penal brasileiro (e outros, como o alemão no § 52, o italiano nos arts. 71 e seguintes, o espanhol nos arts. 73, 75 e 76 e o belga nos arts. 58 e seguintes) claramente distingue o concurso material (art. 69) do concurso formal (art. 70) a partir do critério da pluralidade ou unidade de ação ou omissão.

Sendo objetivo do trabalho traçar uma teoria adequada ao atual direito penal brasileiro (excetuado o direito penal militar), limitam-se as considerações ao plano do direito posto.

Inobstante, vale ressaltar que o conceito de ação da teoria concursal não é o mesmo conceito de ação da teoria causalista, da teoria finalista e nem da teoria social, como chama a atenção grande parte da doutrina. Nessas teorias, objetiva-se estabelecer os requisitos mínimos para que um comportamento possa relevar com um certo significado para o direito penal. Então, pode-se dizer que o conceito de ação teria aí uma função negativa, de excluir o penalmente irrelevante. Sem dúvida, a relevância penal se trata de um requisito para que se considere a ação na teoria do concurso. Entretanto, se essa ação é unitária ou plural, se constitutiva de um ou de vários crimes, se configura concurso material ou concurso formal, só a teoria do concurso pode responder.

Em suma, a relação dos conceitos de ação da teoria geral do crime e da teoria do concurso é de coordenação e não de subordinação. Já se voltando para o direito brasileiro - o conceito de ação final é essencial para a valoração jurídica, como substrato que não pode ser negado pelas normas, mesmo se não explica todas as questões da teoria do concurso.⁴⁹⁹ Só para exemplificar, um conjunto de ações (finais) criminosas pode, em virtude

⁴⁹⁹ MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português**. Lisboa: Universidade Católica, 2005, p. 79-80. GEERDS, Friedrich. **Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht**. Hamburg: Hansischer Gildenverlag, Joachim Heitmann & Co, 1961, p. 255. PUPPE, Ingeborg: **Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen**: Logische Studien zum Verhältnis von Tatbestand und Handlung. Berlin: Duncker & Humblot, 1979, p. 243 e seguintes. WERLE, Gerhard. **Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzesverletzung**. Berlin: Duncker & Humblot, 1981, p. 25. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. 5. ed. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002, p. 764-765. ROXIN, Claus. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil, Band II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat. München: C.H. Beck, 2003, p. 799. Roxin, Jescheck e Weigend acentuam corretamente que o conceito de fato da teoria do concurso também não se confunde com o conceito processual. ESCUCHURI AISA, Estrella. Unidade de ação e pluralidade delitiva. Trad. Robervani Pierin do Prado. **Ciências Penais**: revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, São Paulo, a. 03, v. 05, p. 96-129, jul./dez. 2006, p. 128-129. Esta última quem fala na aceitação do conceito final de ação.

do nexo de continuidade, ser tratada como crime único.

A opção pelo termo fato se justifica pela consideração no concurso não só da ação e sim do injusto como um todo, de forma que inclui o resultado como elemento de valoração concursal. A respeito, Frederico Gomes de Almeida Horta ensina que a vedação do *ne bis in idem* “não se restringe à proibição de se considerar mais de uma vez o desvalor de uma única ação, mas sim como a proibição da múltipla consideração do desvalor de um mesmo fato.”⁵⁰⁰

Outro dos requisitos do concurso aparente de normas penais e da consunção se cuida da pluralidade de normas aparentemente aplicáveis. Isso acarreta a necessidade de que o caso concreto preencha aparente e completamente a estrutura essencial de todas as normas incriminadoras. À míngua de elementos objetivos ou subjetivos do tipo ou mesmo de condições objetivas de punibilidade, inexistente concurso, aparente ou efetivo, de normas.⁵⁰¹

Nessa esteira, mostra-se injustificada certa tendência da jurisprudência brasileira, inclusive dos tribunais superiores, de considerar o crime de uso de documentos falsos consumidos por eventual e futuro crime contra a ordem tributária.⁵⁰² Esse, aliás, um dos problemas causados pelo entendimento que o Supremo Tribunal Federal tem a respeito da relação entre o lançamento tributário e os crimes materiais contra a ordem tributária desde o julgamento do *habeas-corpus* nº 81.611/DF.⁵⁰³

Ademais, aceita-se que o mesmo dispositivo legal possa conter vários crimes com a mesma sanção, como nos tipos mistos cumulativos ou alternativos. A consunção

⁵⁰⁰ HORTA, Frederico Gomes de Almeida. **Do concurso aparente de normas penais**. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2007, p. 68.

⁵⁰¹ MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português**. Lisboa: Universidade Católica, 2005, p. 758 e 828-829. ESCUCHURI AISA, Estrella. **Teoría del concurso de leyes y de delitos**: bases para una revisión crítica. Granada: Comares, 2005, p. 359. GEERDS, Friedrich. *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*. Hamburg: Hansischer Gildenverlag, Joachim Heitmann & Co, 1961, p. 167 e seguintes. PEÑARANDA RAMOS, Enrique. **Concurso de leyes, error y participación en el delito**: Un estudio crítico sobre el principio de la unidad del título de imputación. Madrid: Civitas, 1991, p. 59-62. FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto penale**: Parte generale. 3. ed. Bologna: Zanichelli, 1999, p. 614. Apenas para o antefato e o pós-fato: MAURACH, Reinhart. **Tratado de derecho penal**, t. II. Trad. Juan Cordoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962, p. 470.

⁵⁰² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 75599/SP. Impetrante: Maurício Silva Leite. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Processo nº 200700155619. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, 21 de junho de 2007. **Diário da Justiça**, 08 out. 2007, p. 332.

⁵⁰³ FELDENS, Luciano. **Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco**: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público: uma investigação à luz dos valores constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 203-208. EISELE, Andreas. **Crítica ao direito penal tributário brasileiro**. Blumenau: Acadêmica, 2007, p. 166 e seguintes.

pode resolver eventuais relações axiológicas entre crimes previstos no mesmo dispositivo.⁵⁰⁴ Não se haveria de aceitar, em formalismo inexplicável, solução diversas a depender de estarem ou não as normas concorrentes em um mesmo texto legal, o que sequer segue necessariamente uma boa técnica legislativa.

Ponto que também merece atenção na doutrina do concurso aparente de normas penais reside na eventual necessidade de uma determinada relação lógica ou estrutural entre os tipos para que se possa aplicar um seu critério de solução. Tal qual visto acima, a maior parte dos autores entende subjazer à especialidade a relação lógica de subordinação. Quanto à alternatividade, alguns reputam existir relação de exclusão entre as normas e, finalmente, no que toca à subsidiariedade, a relação lógica se cuidaria da interferência.⁵⁰⁵

No que se refere à consunção, não se tem em regra exigências semelhantes, à exceção do que se vê em uns poucos autores, como Ulrich Klug. Rechaçadas aqui essa teoria e as majoritárias da consunção, cai por terra igualmente a possibilidade de incluir entre seus requisitos relações entre normas ou entre os crimes concretamente cometidos de normalidade estatística, de meio e fim ou outras semelhantes.

Nessa esteira, José Lobo Moutinho mostra como perguntar pelo concurso em hipóteses sem uma prévia relação estrutural entre normas pode ser, à primeira vista, até chocante ou contraditório. O espanto inicial se esvanece quando se tem em mente a estrutura accidental – circunstâncias em sentido lato - da norma. Então, na formulação desse autor, na consunção “se verifica que o facto aparentemente compreendido na norma incriminadora afastada entra, na inteireza da sua estrutura e do seu significado valorativo, na estrutura accidental do crime regulado na norma prevalente.”.⁵⁰⁶

Na noção aqui adotada, a consunção tem cariz axiológico, a se verificar no caso concreto.⁵⁰⁷ Em uma análise global (conjunta) dos fatos criminosos, um deles se mostra

⁵⁰⁴ Beling chama de “aparente unidade da lei penal” (scheinbare Einheit des Strafgesetzes) os casos em que uma “reunião puramente exterior de vários preceitos ocorre e, com isso uma pluralidade de tipos” (äußerliche Zusammenfassung mehrerer Tatbestände vorliegt und somit eine Vielzahl von Typen). BELING, Ernst. **Die Lehre vom Verbrechen**. Neudruck der Ausgabe Tübingen 1906. Aalen: Scientia, 1964, p. 271.

⁵⁰⁵ Em sentido um tanto diverso - e correto - Aldo Moro, para quem em todos os casos de “concurso de leis” (na sua formulação, a subsidiariedade e a especialidade) há uma continência de valores, de verificação facilitada ou não pela relação estrutural: MORO, Aldo. **Unità e pluralità di reati**: principi. 2. ed. Padova: CEDAM, 1954, p. 85.

⁵⁰⁶ MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português**. Lisboa: Universidade Católica, 2005, p. 1.017-1.019.

⁵⁰⁷ Também chamam a atenção para a necessidade de análise do caso concreto: GEERDS, Friedrich. **Zur Lehre**

insignificante valorativamente (e não insignificante isoladamente considerado) frente ao outro ou outros, de modo que perde seu significado autônomo e seria desproporcional a pena do seu autor também em razão do seu cometimento.⁵⁰⁸ Por isso mesmo, não se coaduna com qualquer relação lógica necessária entre as normas ou entre os fatos. Daí, tem razão Figueiredo Dias ao dizer que passa a relevar o “comportamento global” do agente e os “concretos sentidos de ilícito que nele se exprimem”, o que torna a argumentação apenas substancial (embora não seja de acolher o aparente dualismo metodológico do autor no sentido de que a especialidade e a subsidiariedade teriam a solução por uma argumentação lógico-formal).⁵⁰⁹ Com a mesma orientação, Aldo Moro, para quem não a unidade de fato, no sentido comumente estabelecido pela doutrina, mas a unidade de valor jurídico da situação de fato que se trata do fundamento da aplicação de uma só norma.⁵¹⁰

Assim entendida, dá-se um fechamento e uma abertura da consunção tal qual majoritariamente aplicada. Por um lado, deixa-se de aplicá-la em hipóteses descabidas como a da mera frequência estatística. Em contrapartida, abre-se a possibilidade de consunção mesmo à míngua dos requisitos comumente exigidos pela doutrina e pela jurisprudência, bastando para tanto a insignificância valorativa no caso concreto de um ou mais dos crimes praticados, o que tende a aumentar a justa aplicação da pena. Zaffaroni defende formulação semelhante do que chamou “fato co-penalizado”. Para o autor argentino, ele sucederia quando no caso concreto a afetação do bem jurídico resulta “ridiculamente mínima se comparada a outra de muito mais importância que aquela com que concorre.”. Interessa também a sua lição

von der Konkurrenz im Strafrecht. Hamburg: Hansischer Gildenverlag, Joachim Heitmann & Co, 1961, p. 221. MATUS A., Jean Pierre. Los criterios de distinción entre el concurso de leyes y las restantes figuras concursales en el código penal español de 1995. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, v. 58, n. 2, p. 463-493, mayo/ago. 2005, p. 466 e 486. Este último alude a relações empíricas, em contraposição às relações lógicas da especialidade, da subsidiariedade e da alternatividade.

⁵⁰⁸ MATUS A., Jean Pierre. Los criterios de distinción entre el concurso de leyes y las restantes figuras concursales en el código penal español de 1995. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, v. 58, n. 2, p. 463-493, mayo/ago. 2005, p. 485. “Nestes casos, a não-aplicação da pena correspondente ao delito de menor intensidade se justifica, porque ao ser fato copunido *insignificante* em relação ao principal, o castigo por este parece suficiente para assinalar tanto ao autor como ao resto da população, a reprovação jurídica por sua conduta, parecendo desproporcional castigar, ademais, pelos fatos acompanhantes que, na consideração do caso concreto, não têm um significado autônomo.” Tradução livre de: “En estos casos, la no aplicación de la pena correspondiente al delito de menor intensidad se justifica, porque al ser hecho copunado *insignificante* en relación al principal, el castigo por éste parece suficiente para señalar tanto al autor como al resto de la población, la reprobación jurídica de su conducta, pareciendo desproporcionado castigar, además, por los hechos acompañantes que, en la consideración del caso concreto, no tienen una significación autónoma.” (grifos no original) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal**: Parte General, t. IV. Buenos Aires: Ediar, 1999, p. 563.

⁵⁰⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: Parte Geral, t. 1. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 1.005-1.006 e 1.012.

⁵¹⁰ MORO, Aldo. **Unità e pluralità di reati**: principi. 2. ed. Padova: CEDAM, 1954, p. 109.

de que isto é uma regra construída pela agência judicial para limitar racionalmente a arbitrariedade seletiva do sistema penal. Ele identifica essa tarefa de limitação com a própria razão de ser dessa espécie de agência e dos juristas no sistema penal, máxime por considerar a irracionalidade na produção das leis penais pela agência político-legislativa.⁵¹¹

Com efeito, mesmo fora dos pressupostos teóricos adotados por Zaffaroni, Figueiredo Dias demonstra que a alternativa ao regime punitivo do concurso aparente de normas reside na aplicação do regime do concurso de crimes, muito mais gravoso ao réu. Então, a finalidade político-criminal do concurso aparente é a de autonomizar um regime *favore reum*, não *contra reum*, donde inexistir violação ao princípio da legalidade.⁵¹² Isto, ressalte-se, diz esse último autor à luz do ordenamento português, que prevê uma regra expressa para o concurso aparente de normas penais incriminadoras (no seu art. 30.º-1) e para defender a aplicabilidade do efeito de bloqueio à consunção, aqui rechaçada.

Não se cuida esse de argumento *ad terrorem*: não há muito, o Supremo Tribunal Federal efetivamente aplicou a regra do concurso de crimes por considerar que “o concurso aparente de normas penais é ainda uma simples construção *de lege ferenda*”⁵¹³ e parte da doutrina (exemplificativamente, Luís Duarte d'Almeida) nega ainda hoje a existência do instituto. Com maior razão, descabe acoimar a concepção defendida no presente trabalho de violadora da legalidade ou de gravosa ao réu pelo só fato prescindir de teorias como a do crime-meio e crime-fim para explicar a consunção. Constituiria até um apriorismo injustificável dizer que essa teoria seja mais favorável ao réu: isso não ocorreria quando reconhecida a consunção em casos fora dessa relação instrumental entre os delitos. Somente por outra preconcepção se concluiria que as teorias da frequência ou do crime-meio para determinar os fatos copunidos acarretariam o reconhecimento da consunção em um número maior de casos.

De toda forma, não quer tanto dizer que em qualquer caso seja possível o

⁵¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 256-257. Sobre a insignificância na consunção, sob um prisma mais dogmático: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal**: Parte General, t. IV. Buenos Aires: Ediar, 1999, p. 563.

⁵¹² DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: Parte Geral, t. 1. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 1.036.

⁵¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 70645/MA. Recorrente: José Ribamar Gomes. Recorrido: Justiça Pública. Relator: Ministro Adalício Nogueira. Brasília, 26 de outubro de 1970. **Diário da Justiça**, 13 nov. 1970. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=70645&classe=RE>>. Acesso em: 03 jun. 2009.

reconhecimento da consunção, em uma espécie de arbitrariedade valorativa. As balizas dadas pelos princípios e regras citados acima já lhe limitam bastante a aplicação.

Demais disso, há de existir uma certa conexão (sempre em sentido material e não processual) objetiva e subjetiva entre os delitos, que o largo distanciamento temporal não permite reconhecer.⁵¹⁴ Nem se pode pretender, exemplificativamente, que uma conexão meramente ocasional entre delitos possa trazer qualquer espécie de privilégio ao agente.⁵¹⁵ Quando este se vale da prática de um homicídio para causar danos desnecessários aos sapatos da vítima ou comete injúrias ao resistir à prisão, não se deve reconhecer a consunção. A necessidade de existência de um certo vínculo entre os crimes a reconheceu o Superior Tribunal de Justiça:

CRIMINAL. HC. PORTE ILEGAL DE ARMA E CRIME DE QUADRILHA QUALIFICADO PELO USO DE ARMA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONDUTAS AUTÔNOMAS. ORDEM DENEGADA. O princípio da consunção pressupõe a existência de um nexo de dependência das condutas ilícitas, para que se verifique a possibilidade de absorção daquela menos grave pela mais danosa. Evidenciado, na hipótese, que os crimes de porte ilegal de armas e de quadrilha, qualificado pelo uso de armas, se afiguram absolutamente autônomos, inexistindo qualquer relação de subordinação entre as condutas, resta inviabilizada a aplicação do princípio da consunção, devendo o réu responder por ambas as condutas. Ordem denegada.⁵¹⁶

Enfatizando o que se disse acima, não se pode extrair daí a conclusão inversa, de que essa relação seja suficiente: no direito brasileiro, a conexão teleológica ou instrumental não basta para que se reconheça a consunção, cuidando-se, ao revés, de requisito

⁵¹⁴ É assim que a distância de quase um ano entre as condutas acarreta o concurso material entre a evasão de divisas e a sonegação fiscal: FONTELES, Cláudio Lemos. Delito de evasão de divisas e sonegação fiscal: considerações em torno do conflito aparente de normas e da analogia *in bonam partem*. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras; CAZETTA, Ubiratan (Coords.). **Crimes contra o sistema financeiro nacional**: 20 anos da Lei n. 7.492/86. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 65-68, p. 68.

⁵¹⁵ NINO, Carlos Santiago. **El concurso en el Derecho Penal**: Criterios para clasificar los casos de varios hechos o de varias normas en la calificación penal de una conducta. Buenos Aires: Astrea, 1972, p. 125-126. Este, após estudo da jurisprudência argentina, mostra que os casos aos quais chamou de “conexão contextual” sempre se tratam como de concurso efetivo de delitos, majoritariamente de concurso material. Da mesma forma: NINO, Carlos Santiago. **Los límites de la responsabilidad penal**: una teoría liberal del delito. Trad. Guillermo Rafael Navarro. Buenos Aires: Astrea, 2006, p. 446. Também sobre a exigência de um liame entre algumas normas para que uma delas não se aplique a despeito da pluralidade de ações: BELING, Ernst. **Die Lehre vom Verbrechen**. Neudruck der Ausgabe Tübingen 1906. Aalen: Scientia, 1964, p. 318.

⁵¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 25157/SP. Processo nº 200201425484. Impetrante: Miguel Viana Santos Neto. Paciente: Adriano Aparecido Ribeiro Duarte. Impetrado: Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, 15 de abril de 2003. **Diário da Justiça**, 09 jun. 2003, p. 282. Igualmente: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 34441/PB. Impetrante: Emerson Davis Leônidas Gomes. Impetrado: Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Paciente: Francisco Alberto de Lucena Rabello. Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, 18 de maio de 2004. **Diário da Justiça**, 21 jun. 2004, p. 238.

para uma agravação de pena.

Esclarecido esse ponto, de se ter em mente que a aludida conexão necessária para que se considere o desvalor de um delito contido no outro pode se dar nos casos de antefato, pós-fato e fato concomitante copunidos, aí se incluindo parte do que alguma doutrina denominou de crime progressivo e de progressão criminosa.⁵¹⁷ O termo copunidos não é casual: denota que se trata verdadeiramente de punição de dois crimes pela norma prevalente, cujos tipo de crime e tipo de pena ostentam flexibilidade bastante a isso. Sendo assim, um grande grupo de autores, dos quais se pode citar Richard Honig como exemplo paradigmático, que usam a terminologia impuníveis (*Straflose*, já no título de sua obra, citada algumas vezes ao longo do presente trabalho), não denominam corretamente o fenômeno em tela.⁵¹⁸

Como exemplo de antefato copunido, pode-se citar o crime de ameaça relativamente aos crimes nos quais ela eventualmente consistia, desde que se verifique uma certa conexão temporal.⁵¹⁹ A consunção depende do caso concreto, mas se pode reconhecer consumido no homicídio, do art. 121, o crime de ameaça (aqui, de homicídio), do art. 147, ambos do Código Penal. Em regra, a ameaça, cuja pena é de detenção de um a seis meses ou multa pode se considerar insignificante valorativamente frente ao homicídio, que tem em sua modalidade simples pena prevista de reclusão de seis a vinte anos. A ameaça entra, pois, como circunstância do homicídio, a ser valorada consoante o art. 59 do Código Penal.

O crime de homicídio, a depender do caso, igualmente pode consumir o

⁵¹⁷ A exemplo de autores como: CARAMUTI, Carlos S. **Concurso de delitos**. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 202-212. O conceito deste engloba os crimes progressivos, os casos de maior perfeição lesiva ao bem jurídico (v.g., entre delito tentado e consumado) e os atos anteriores, posteriores e coetâneos. GEERDS, Friedrich. **Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht**. Hamburg: Hansischer Gildenverlag, Joachim Heitmann & Co, 1961, p. 205-223. MATUS A., Jean Pierre. Los criterios de distinción entre el concurso de leyes y las restantes figuras concursales en el código penal español de 1995. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, v. 58, n. 2, p. 463-493, mayo/ago. 2005, p. 466. CEREZO MIR, José. **Derecho penal: parte general**. São Paulo; Lima: Revista dos Tribunais; Ara, 2007, p. 1.204-1.205. Falar de antefato e pós-fato copunidos só se torna possível para quem não aceita a categoria do crime progressivo, por se englobarem todos os casos dese naquelas: BARBOSA, Marcelo Fortes. **Concurso de normas penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 93-94. MORO, Aldo. **Unità e pluralità di reati**: principi. 2. ed. Padova: CEDAM, 1954, p. 105. O último, contudo, nega a existência autônoma da consunção e integra todos esses casos na subsidiariedade, o que de toda sorte mostra a possibilidade de enquadramento em um só dos critérios de solução do concurso aparente de normas.

⁵¹⁸ Também contra a denominação de impuníveis ou impunes: GEERDS, Friedrich. **Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht**. Hamburg: Hansischer Gildenverlag, Joachim Heitmann & Co, 1961, p. 205. HORTA, Frederico Gomes de Almeida. **Do concurso aparente de normas penais**. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2007, p. 156.

⁵¹⁹ MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português**. Lisboa: Universidade Católica, 2005, p. 1.031.

anterior porte de arma. A consunção em hipóteses que tais depende do desvalor que o porte de arma revele. Por fundamentos não inteiramente coincidentes com os aqui defendidos, o Superior Tribunal de Justiça aplica a regra da consunção nesses crimes, o que se depreende do acórdão cuja ementa se transcreve a seguir:

HABEAS CORPUS. PORTE DE ARMA E HOMICÍDIO. EXCLUDENTE DA ILICITUDE. MATÉRIA PROBATÓRIA. VIA INADEQUADA. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. ABSORÇÃO PELO HOMICÍDIO DO CRIME DE PORTE DE ARMA. DETERMINAÇÃO DE NOVO JULGAMENTO DO JÚRI SOMENTE PELO PORTE. ILEGALIDADE.

O crime de homicídio absorve o do porte de arma quando as condutas guardam a devida relação de meio e fim, não sendo correta a submissão a novo júri para o fim de julgar-se o último em separado. Ordem concedida em parte para impedir o novo julgamento do júri somente quanto ao crime de porte ilegal de arma.⁵²⁰

Em outras hipóteses, se o porte de arma tiver desvalor concreto tal que não se esgote na pena do homicídio, deve se reconhecer o concurso de delitos. Assim dá-se concurso material de crimes se o agente manteve a arma por longo tempo ou em vários locais:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. CONCURSO MATERIAL. CRIME CONEXO. IMPOSSIBILIDADE NA HIPÓTESE DOS AUTOS.

I - O crime de homicídio absorve, a princípio, o de porte ilegal de arma de fogo quando as duas condutas delituosas guardam, entre si, uma relação de meio e fim estreitamente vinculada. (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso).

II - Na hipótese dos autos entretanto, tal relação não é passível de verificação, pelo menos na fase da *iudicium accusationis*, uma vez que o recorrido foi denunciado por portar arma de fogo não somente no dia que efetuou os disparos contra a vítima, mas também em dias anteriores e em lugares distintos, o que não foi refutado pelo v. acórdão increpado. Recurso provido.⁵²¹

Não se trata, portanto, de mera questão de identidade ou diversidade de bens jurídicos. A consunção do antefato pode ser reconhecida ou não no caso de crimes cujas normas tutelam bens jurídicos diversos, o que se depreende dos acórdãos acima; e, a identidade de bem jurídico não acarreta necessariamente a sua aplicação. Exemplo disso se encontra novamente no Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. PORTE ILEGAL E DISPARO DE ARMA DE FOGO. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. VERBETE SUMULAR N.º 231 DO STJ.

⁵²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 35222/MG. Processo nº 200400618160. Impetrante: João da Silveira Bicalho. Paciente: José Ildo Germano Gonçalves. Impetrado: Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca. Brasília, 17 de junho de 2004. **Diário da Justiça**, 23 ago. 2004, p. 259.

⁵²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 570887/RS. Processo nº 200301547626. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Adriano Ubirajara da Rosa. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, 07 de dezembro de 2004. **Diário da Justiça**, 14 fev. 2005, p. 226.

PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO.

[...] Para aplicação do princípio da consunção pressupõe-se a existência de ilícitos penais que funcionam como fase de preparação ou de execução, ou como condutas anteriores ou posteriores de outro delito mais grave. In casu, a conduta de portar ilegalmente arma não pode ser absorvida pelo crime de disparo de arma de fogo, porquanto os crimes foram consumados em contextos fáticos distintos, restando evidenciada a existência de crimes autônomos, sem nexos de dependência entre as condutas ou subordinação, não incidindo, portanto, o princípio da consunção. Recurso conhecido e provido.⁵²²

Também o Supremo Tribunal Federal decidiu a respeito da possibilidade de alguns casos de crimes contra a fé pública poderem ou não se considerar antefato copunidos. O elemento preponderante para a consunção residiu no esgotamento ou não do desvalor do crime contra a fé pública no posterior, independentemente de constituir um seu meio.

Por isso, quando o potencial lesivo do documento não se exaure no crime posterior, tendencialmente não se reconhece a consunção, mesmo se houver relação de interferência (parcial identidade de elementos típicos) entre as normas. Aqui se enquadram casos de uso de documento falso para a sonegação de tributos:

HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. SONEGAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALSIDADE IDEOLÓGICA. ABSORÇÃO. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. A suposta falsidade ideológica não foi perpetrada em documento exclusivamente destinado à prática, em tese, do crime de sonegação tributária, em relação ao qual a ação penal foi trancada.
2. A falsidade nos documentos de registro de automóvel apresenta potencial lesivo autônomo, independentemente da prática do crime contra a ordem tributária. Inaplicabilidade do princípio da consunção. Precedentes.
3. Ordem denegada.⁵²³

Essa posição do Supremo Tribunal Federal se mostrou mais claramente ainda em casos de falsificação de contrato social prévia à sonegação:

INQUÉRITO POLICIAL. Investigação sobre prática de delito de falsificação de documento público e de crime contra a ordem tributária. Arts. 297 do CP e 2º, I, da Lei nº 8.137/90. Sociedade comercial. Alteração fraudulenta do contrato social. Absorção do crime de falso pelo delito tributário, cuja punibilidade foi extinta com o pagamento do tributo. Inadmissibilidade. Potencialidade lesiva da alteração contratual, como meio da prática eventual doutros crimes, tributários ou não. HC

⁵²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 731331/RS. Processo nº 200500368402. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Mariano Bastos. Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca. Brasília, 28 de setembro de 2005. **Diário da Justiça**, 07 nov. 2005, p. 370.

⁵²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 91469/ES. Impetrante: Evandro Saraiva Reato e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Jackson Pina Laurett. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 20 de maio de 2008. **Diário da Justiça Eletrônico**, 01 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=91469&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 15 jun. 2009.

denegado. O delito de falsificação de contrato social não é, em tese, absorvido por crime contra a ordem tributária, ainda que tenha servido de meio para sua prática.⁵²⁴

Nos casos de pós-fato copunidos, quiçá numericamente inferiores aos de antes-fato copunidos⁵²⁵, incluem-se crimes de aproveitamento, asseguração ou ocultação do anterior. Que uma tal relação não basta para a consunção restou esclarecido quando da análise da agravante do art. 61, II, “b”, do Código Penal. No próprio Superior Tribunal de Justiça, reputou-se igualmente autônomo o crime de estelionato consistente na venda de veículo com chassi adulterado anteriormente receptado pelo mesmo agente, apesar de ser delito de aproveitamento:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. RECEPÇÃO. ESTELIONATO. COMPRA DE VEÍCULOS FURTADOS OU ROUBADOS. ADULTERAÇÃO PARA POSTERIOR VENDA. CONTINUIDADE DELITIVA. LAPSO TEMPORAL. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA Nº 7/STJ. PENA DE MULTA. CRITÉRIO DE FIXAÇÃO.

I - Se o agente, após receptar o veículo, proceder a adulterações em suas características (alterações no número do chassi, do motor, placas etc.) a fim de possibilitar sua posterior venda, cometerá o delito de estelionato (Precedente do STF). [...] Recurso parcialmente provido.⁵²⁶

Ainda a respeito do fato posterior copunido, ressalta-se que a relação de meio a fim não decide necessariamente sobre a existência de consunção. No Superior Tribunal de Justiça, rejeitou-se a aplicação da regra em caso de adulteração de chassis de veículo anteriormente receptado, mesmo reconhecida a relação teleológica de asseguração:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. ROUBO, ADULTERAÇÃO DE CHASSI DE VEÍCULO AUTOMOTOR E RECEPÇÃO. DESCONHECIDA E NÃO APURADA A AUTORIA DO CRIME DE ROUBO. COMPETÊNCIA DEFINIDA PELOS CRIMES SUBSEQUENTES. CONEXÃO. CONCURSO DE JURISDIÇÃO DA MESMA CATEGORIA. DEFINIÇÃO PELO CRIME DE PENA COMINADA MAIS GRAVE.

[...]

2. Há conexão quando o crime de adulteração de chassi facilita, oculta ou visa à impunidade do crime de receptação.

3. Tratando-se de jurisdições da mesma categoria, a competência é definida pelo local onde praticada, em tese, a infração à qual for cominada a pena mais grave, in

⁵²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 91542/RJ. Impetrante: Fernando Augusto Fernandes e outro. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Simon Stambowsky e Reinaldo Stambowsky ou Reinaldo Stamvowsky. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 18 de setembro de 2008. **Diário da Justiça Eletrônico**, 15 fev. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=91542&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 15 jun. 2009.

⁵²⁵ HORTA, Frederico Gomes de Almeida. **Do concurso aparente de normas penais**. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2007, p. 156.

⁵²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 671195/RS. Processo nº 200400977532. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Ricardo da Cruz Centeno. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, 07 de abril de 2005. **Diário da Justiça**, 23 maio 2005, p. 335. Igualmente:

casu, a adulteração de sinal identificador de veículo automotor (art. 311, CP). [...] ⁵²⁷

Os requisitos, indicados acima, que parte da doutrina aponta para o reconhecimento do fato posterior copunido, como a finalidade de asseguramento, de aproveitamento ou de ocultação de delito anterior, a identidade de bens jurídicos e a identidade de sujeito passivo não induzem necessariamente a consunção. Por outro lado, pode-se cogitar de pós-fato copunidos mesmo à míngua dessas relações típicas ou entre elementos do tipo.

Exemplo disso se cuida do controvertido caso do crime de dano de coisa alheia obtida mediante crime contra o patrimônio.

Os que se posicionam contra o crime de dano argumentam que a destruição da coisa retira do titular de seu domínio a possibilidade de reivindicá-la. Daí, nessa linha de raciocínio, a necessidade de punição e a consequente impossibilidade de reputar o dano mero fato posterior copunido. ⁵²⁸

Na corrente doutrinária inversa, o principal argumento consiste na inexistência de nova ofensa patrimonial decorrente do dano. O prejuízo patrimonial da vítima não aumenta em virtude do crime posterior, limitando-se ao causado pelo anterior crime. ⁵²⁹ Igualmente se argui que a apropriação, de acordo com a legislação civil, abrange a faculdade de dispor da coisa, o que inclui sua destruição. ⁵³⁰

Ademais, pode-se entender que o posterior uso da coisa ou a busca de um determinado lucro com ela seja um elemento implícito em alguns dos crimes contra o patrimônio. Como ficariam, então, os casos dos bens consumíveis, ou seja, “os bens móveis

⁵²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência 85950/SP. Processo nº 200701172877. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 13 de setembro de 2007. **Diário da Justiça**, 27 set. 2007, p. 222. Igualmente: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 94646/SC. Processo nº 200702707618. Impetrante: Cláudio Gastão da Rosa Filho. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 11 de dezembro de 2008. **Diário da Justiça Eletrônico**, 02 fev. 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Acordaos/IntegraAcordao.asp?num_registro=200702035199&dt_publicacao=09/06/2008>. Acesso em: 20 jun. 2009.

⁵²⁸ ROXIN, Claus. **Strafrecht: Allgemeiner Teil**, Band II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat. München: C.H. Beck, 2003, p. 862. JAKOBS, Günther. **Strafrecht: Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre**. 2. ed. New York; Berlin: Walter de Gruyter, 1993, p. 879.

⁵²⁹ HORTA, Frederico Gomes de Almeida. **Do concurso aparente de normas penais**. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2007, p. 157.

⁵³⁰ MATUS A., Jean Pierre. Los criterios de distinción entre el concurso de leyes y las restantes figuras concursales en el código penal español de 1995. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, v. 58, n. 2, p. 463-493, mayo/ago. 2005, p. 489.

cujos usos importam destruição imediata da própria substância, sendo também considerados tais os destinados à alienação”, na dicção do art. 86 do Código Civil? Ou bem se entende existir sempre concurso efetivo do dano com o crime antecedente, o que equivale a dizer que o agente que, por exemplo, furtou o bem consumível não poderia usá-lo ou bem se entende que o tipo de furto pode abranger o crime posterior de dano.

O argumento da reivindicação também se mostra pouco coerente em hipóteses como a de dano parcial (deterioração) à coisa. Nesses casos, em que apesar da possibilidade de reivindicação da coisa, o patrimônio do ofendido não seria integralmente recomposto, o dano se deveria reputar consumido?⁵³¹ Portanto, a distinção meramente de grau entre a destruição e a deterioração, ambas condutas criminosas de acordo com o art. 163 do Código Penal, não permite a determinação da consunção a depender da possibilidade de reivindicação.

Menos controversa se revela a hipótese de o autor do crime vender a um terceiro de boa-fé a coisa furtada ou roubada. Nesse caso, apesar da identidade do bem jurídico atingido (o patrimônio), a doutrina majoritária defende o concurso de crimes pela diversidade de sujeito passivo em cada um deles.⁵³²

Não se desconhece a existência de doutrinadores que negam a possibilidade de um crime posterior se punir juntamente com um anterior. Na doutrina espanhola, Estrella Aisa entende que muitos dos casos que se tratam comumente como de fato posterior coapenado em virtude da consunção na realidade configuram efetivo concurso de delitos. Em outros, a impunibilidade resultaria da própria atipicidade da conduta ou mesmo da exclusão da culpabilidade. A própria autora reconhece a impossibilidade de estabelecer critérios gerais para a razão da impunibilidade e passa a analisar casos concretos à luz do direito do seu país.⁵³³ Vale, então, analisar alguns desses casos adaptando-os ao direito brasileiro a fim de verificar se as observações dessa autora se mostrariam aqui corretas e em que medida.

A primeira hipótese que ela analisa se trata da indução à receptação

⁵³¹ MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português**. Lisboa: Universidade Católica, 2005, p. 1.044-1.045.

⁵³² GEERDS, Friedrich. **Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht**. Hamburg: Hansischer Gildenverlag, Joachim Heitmann & Co, 1961, p. 208-209. HORTA, Frederico Gomes de Almeida. **Do concurso aparente de normas penais**. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2007, p. 157.

⁵³³ ESCUCHURI AISA, Estrella. **Teoría del concurso de leyes y de delitos**: bases para una revisión crítica. Granada: Comares, 2005, p. 347.

praticada pelo autor de um furto. Inobstante, no art. 298.1 do Código Penal espanhol há exclusão expressa do círculo de sujeitos ativos da receptação do autor ou cúmplice do crime anterior. Sendo assim, em uma interpretação teleológica desse dispositivo, entende-se atípica a indução à receptação, o que torna desnecessário recorrer à consunção para lhe explicar a impunibilidade.⁵³⁴ No Brasil, inexistente norma semelhante excludente do agente do crime anterior do rol de possíveis receptadores, de modo que ou bem se aceita o concurso efetivo de crimes, ou bem se adota a categoria do pós-fato copunido para essas hipóteses.

Semelhantemente, dá-se com o caso de uso de documento falso pelo próprio falsificador. Na Espanha, chega-se em interpretação do art. 393 do Código Penal à conclusão de que o autor do uso só pode ser quem não falsificou o documento anteriormente.⁵³⁵ Esse argumento não se extrai tão facilmente da norma equivalente no direito brasileiro, a do art. 304 do Código Penal. Somente se lançando mão da categoria do pós-fato⁵³⁶ ou do antefato copunido se pode concluir pela inocorrência de concurso material nessas situações.

Outros casos que ela analisa seriam de adaptação mais difícil ao Brasil, como os de crime de uso indevido de veículo automotivo em relação com o anterior furto.⁵³⁷

Em uma última hipótese, a do médico que emite certidão de óbito falsa para ocultar a eutanásia que praticou, Estrella Aisa defende a impunibilidade do crime de falso com base na exclusão da culpabilidade decorrente da inexigibilidade de conduta diversa. O médico, nesse caso, estava obrigado a emitir uma certidão; por outro lado, se emitisse certidão verdadeira, isto é, desvelando a eutanásia, violaria seu direito de não produzir provas contra si próprio.⁵³⁸

⁵³⁴ ESCUCHURI AISA, Estrella. **Teoría del concurso de leyes y de delitos**: bases para una revisión crítica. Granada: Comares, 2005, p. 347.

⁵³⁵ ESCUCHURI AISA, Estrella. **Teoría del concurso de leyes y de delitos**: bases para una revisión crítica. Granada: Comares, 2005, p. 351-352.

⁵³⁶ Exemplificativamente: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84533/MG. Impetrante: André Rodrigues Costa Oliveira. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Eloi Radin Alerand ou Eloi Radin Allerand. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 14 de setembro de 2004. **Diário da Justiça**, 30 jun. 2006, p. 35. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 34949/RJ. Processo nº 200400545297. Impetrante: Bruno Rodrigues. Impetrado: Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Paciente: Sérgio Augusto Naya. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 01 de junho de 2004. **Diário da Justiça**, 02 ago. 2004, p. 467.

⁵³⁷ ESCUCHURI AISA, Estrella. **Teoría del concurso de leyes y de delitos**: bases para una revisión crítica. Granada: Comares, 2005, p. 349-350.

⁵³⁸ ESCUCHURI AISA, Estrella. **Teoría del concurso de leyes y de delitos**: bases para una revisión crítica. Granada: Comares, 2005, p. 352.

Parte da argumentação dessa autora se mostra adequada ao ordenamento pátrio. Há, com efeito, a possibilidade de determinadas condutas posteriores a um crime se revelarem verdadeiramente atípicas ou impuníveis por razões que não a aplicação da regra da consunção. Pense-se, por exemplo, na conduta de um coautor de um crime que, ainda não descoberto, finda por ser arrolado como testemunha. Nessa situação, não tem ele o dever de falar nada que possa lhe incriminar, porquanto tem garantido o direito ao silêncio (direito de não produzir provas contra si próprio ou *nemo tenetur se detegere*), previsto no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal. O exercício de um direito constitucional torna atípica a conduta à luz do art. 342 do Código Penal. Diversamente se daria em hipóteses de condutas ativas (e não omissivas) posteriores do agente do crime anterior. É assim que a prática de uma denúncia caluniosa (art. 339 do Código Penal) por parte de quem se quer ver livre de uma determinada acusação não pode se considerar exercício regular do direito ao silêncio⁵³⁹ e nem pós-fato impunível. A impossibilidade de aplicação da consunção se deve ao dano, longe de insignificante e inteiramente novo, à Administração da Justiça e à pessoa falsamente apontada como autor ou partícipe do crime ou contravenção.

Em regra, também não se deve aceitar que a falsificação de um documento ou o seu uso para encobrir crime anterior se trata de conduta atípica somente por conta do direito fundamental acima indicado. Ao revés, cuida-se de delito autônomo cuja punibilidade de acordo com as regras do concurso material de crimes não se há de negar, tal qual já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS-CORPUS. FALSIDADE IDEOLÓGICA E ESTELIONATO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. CRIME MEIO. ABSORÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. CONCURSO MATERIAL.

1. Imputou-se ao paciente fato subsumível no artigo 299 do Código Penal, com todas as circunstâncias, em que pese não ter havido pedido de condenação por esse crime. Afasta-se a tese de julgamento extra petita, fundada nessa omissão, notadamente porque o Ministério Público a supriu nas alegações finais e o paciente teve ciência

⁵³⁹ “O crime de denúncia caluniosa, previsto no art. 339 do Código Penal, também pode originar-se das declarações do acusado no interrogatório. Afetam-se interesses de terceira pessoa, porque o acusado dá causa a instauração de investigação policial, ou de processo judicial enquanto tenta excluir a própria responsabilidade. Sua conduta não está sob o pálio do princípio contra a auto-incriminação, porque a tutela conferida não abrange o provocar dano a terceiros, muito menos condutas ativas efetivamente desenvolvidas. [...] Em resumo, o princípio contra a auto-incriminação, por situar-se no campo probatório do processo penal, permite ao acusado decidir livremente se colabora ou não na produção da prova. Poderá omitir-se em colaborar, mesmo que sua omissão se enquadre em algum tipo penal, uma vez que exerce regularmente um direito constitucionalmente assegurado. Mas não poderá desempenhar condutas ativas que obstruam a introdução de prova por outrem, nem adulterá-la, em sentido genérico, se o comportamento for tipificado pelo direito material.” HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação**. Campinas: Bookseller, 2005, p. 194-196.

da acusação, desde o início, e dela se defendeu.

2. Se a falsidade é meio para o estelionato, aplica-se o concurso formal, não a absorção. Precedentes do STF. Todavia, não é o caso dos autos, já que restou evidenciado o acerto do juiz ao aplicar o concurso material, considerando que o paciente pagou dívidas com cheques próprios e de terceiros, que sabia sem fundos ou de contas encerradas. Consumaram-se, aí, os crimes de estelionato. Posteriormente, em circunstâncias de tempo e modo distintas, e valendo-se de sua condição de policial, inseriu dados falsos na representação de extravio utilizada por um dos emitentes dos cheques para elidir sua responsabilidade junto à instituição financeira, configurando-se o crime do artigo 299 do Código Penal. Ordem denegada.⁵⁴⁰

Esse caso do acórdão acima se mostra especialmente relevante como exemplo de que o crime posterior não é impunível só por corresponder em tese a um elemento do anterior. Com efeito, a depender do caso concreto, o documento falso pode constituir o artifício previsto como elementar do estelionato. Mesmo assim, acertadamente, na hipótese sob julgamento, entendeu-se que, por ser fato posterior de desvalor autônomo, o uso do documento falso não seria impunível.

Em síntese, as explicações de Escuchuri Aisa não englobam todas as possibilidades de copunibilidade do fato posterior no direito brasileiro, a exemplo do uso de documento falso por quem o falsificou. Prestam-se, isso sim, a reforçar a importância da consideração de todo o ordenamento jurídico-penal (para os que a aceitam, a dita interpretação sistemática) no âmbito do concurso aparente de normas penais⁵⁴¹, e o caráter excepcional da aplicação da consunção a crimes posteriores.

O último grande grupo da consunção se trata dos fatos concomitantes

⁵⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 83990. Recorrente: Almir dos Santos Magalhães. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 10 de agosto de 2004. **Diário da Justiça**, 22 out. 2004, p. 18. Essa não é posição recente nesse Tribunal, havendo decisões de algumas décadas no mesmo sentido, para o caso, exemplificativamente, de furto e posterior uso de documento falso: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 53944/SP. Paciente: Agenor Garcia. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 17 de fevereiro de 1976. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, v. 78, t. I, p. 104. Semelhantemente, para o caso de falsificação de documentos e abuso de cartão de crédito posterior ao furto: PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão nº SJ200812040035523. Processo nº 3552/08. Relator: Pires da Graça. Lisboa, 04 de dezembro de 2008. **Sumário de Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça**, Seções Criminais, n. 132, dez. 2008, p. 07-09. Disponível em: <<http://www.stj.pt/nsrepo/cont/Mensais/Criminais/Microsoft%20Word%20-%20Dezembro%202008.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2009.

⁵⁴¹ WEGSCHEIDER, Herbert. **Echte und scheinbare Konkurrenz**: Zu materiellrechtlichen und prozessualen Fragen des „Zusammentreffens strafbarer Handlungen“ (§ 28 StGB). Berlin: Duncker & Humblot, 1980, p. 203, 212 e seguintes. GEERDS, Friedrich. **Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht**. Hamburg: Hansischer Gildenverlag, Joachim Heitmann & Co, 1961, p. 234. ARCE AGGEO, Miguel Ángel. **Concurso de delitos en materia penal**: su evolución desde el finalismo hasta el funcionalismo. Una visión de la pluralidad de delitos desde la perspectiva de la Ontología del lenguaje y la Teoría comunicativa del delito. 2. ed. Buenos Aires: Universidad, 2007, p. 233. O concurso aparente, para este, resulta da interpretação dos tipos comunicativos em seu conjunto.

copunidos. Agora, cuida-se de investigar a possibilidade de aplicação da regra a crimes que se praticam simultaneamente, no sentido de uma identidade típica parcial, ou seja, uma mesma ação preenche a um só tempo elementares de mais de um delito.

Um exemplo clássico se encontra nos danos às vestes da vítima de um homicídio. Nesses casos, em regra, pode-se considerar insignificantes os danos, que, portanto, devem se valorar juntamente com o homicídio.⁵⁴²

Também se podem vislumbrar hipóteses de aplicação da regra da consunção em alguns crimes que incluem em sua previsão típica a elementar “meio fraudulento” ou outra equivalente. Esse raciocínio se encontra na referida súmula nº 17 do Superior Tribunal de Justiça. Por ela, somente o documento falso sem potencialidade lesiva além do estelionato se pode reputar consumido por esse crime. Então, apenas nesse caso o desvalor da conduta de uso de documento falso e a culpabilidade do agente se mostram absorvidas na pena do estelionato. Caso, ao revés, a potencialidade lesiva do falso ultrapasse a do estelionato, ou seja, em se podendo usar o documento para outras finalidades distintas do estelionato, pode ocorrer concurso de crimes.

Em outras hipóteses, as ordens constitucionais de criminalização podem impor uma barreira intransponível à consunção. Isso se dá, por exemplo, no caso de exploração de minérios sem autorização do Departamento Nacional de Proteção Mineral (DNPM) e sem autorização do respectivo órgão ambiental. A primeira conduta se prevê no art. 2º da Lei nº 8.176/91 “Constitui crime contra o patrimônio, na modalidade de usurpação, produzir bens ou explorar matéria-prima pertencentes à União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo.” A pena desse crime é de detenção, de um a cinco anos, e multa. A falta de autorização ambiental configura o crime do art. 55 da Lei nº 9.605/98 “Executar pesquisa, lavra ou extração de recursos minerais sem a competente autorização, permissão, concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida: Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.”.

A análise dessas normas demonstra que, apesar de uma certa similitude entre as duas figuras típicas, os bens jurídicos por elas protegidos são diversos. O art. 55 da

⁵⁴² Entre outros: ARCE AGGEO, Miguel Ángel. **Concurso de delitos en materia penal**: su evolución desde el finalismo hasta el funcionalismo. Una visión de la pluralidad de delitos desde la perspectiva de la Ontología del lenguaje y la Teoría comunicativa del delito. 2. ed. Buenos Aires: Universidad, 2007, p. 219.

Lei nº 9.605/98 cuida especificamente dos danos causados ao meio ambiente, decorrentes da pesquisa, lavra e extração de recursos minerais, sem abranger o outro bem jurídico subjacente, qual seja, a propriedade da União desses recursos, expressa no art. 20, IX, da Constituição Federal.

Tal assertiva encontra amparo no próprio objeto da Lei nº 9.605/98, que “dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente”, bem como na localização topográfica do dispositivo incriminador, que se acha inserido na Seção III do Capítulo V da referida lei, que trata dos crimes contra o meio ambiente, quando relacionados com atividades poluidoras.

Sendo assim, permaneceu intocado o campo de incidência da norma insculpida no art. 2º da Lei nº 8.176/91, que explicitamente protege a ordem econômica e o patrimônio da União, consistente, entre outras coisas, nos recursos minerais existentes no território nacional, inclusive em seu subsolo.

Conclui-se que aquele que pretenda explorar recursos minerais da União deve obter autorização expressa desta, inclusive por exigência constitucional (art. 176, §1º, da Constituição Federal), sob pena de responder pelo crime de usurpação descrito no art. 2º da Lei nº 8.176/91, e autorização dos órgãos de controle ambiental, para não incorrer na figura típica descrita no art. 55 da Lei nº 9.605/98.

Possuindo apenas autorização da União, comete o crime ambiental; valendo-se apenas da autorização, permissão, concessão ou licença ambiental, incide no crime de usurpação do patrimônio da União; não possuindo nem uma, nem outra, comete dois crimes por meio de uma única conduta, a caracterizar o concurso formal de crimes, descrito no art. 70 do Código Penal.

A ordem de criminalização impede que se considere insignificante o crime ambiental. Ademais, tendo as normas âmbito de atuação distintos, descabe falar em revogação. Mesmo com base em outros fundamentos, que não incluíram a questão das ordens constitucionais de criminalização, sufragou essa conclusão o Superior Tribunal de Justiça:

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. EXTRAÇÃO DE AREIA SEM AUTORIZAÇÃO DO ÓRGÃO COMPETENTE COM FINALIDADE MERCANTIL. USURPAÇÃO X EXTRAÇÃO. CONFLITO APARENTE DE NORMAS. INOCORRÊNCIA. DIVERSIDADE DE OBJETOS JURÍDICOS. CONCURSO FORMAL

CONFIGURADO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

I - O art. 2º da Lei 8.176/91 descreve o crime de usuração, como modalidade de delito contra o patrimônio público, consistente em produzir bens ou explorar matéria-prima pertencente à União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo. Já o art. 55 da Lei 9.605/98 descreve delito contra o meio-ambiente, consubstanciado na extração de recursos minerais sem a competente autorização, permissão concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida.

II - Se as normas tutelam objetos jurídicos diversos, não há que se falar em conflito aparente de normas, mas de concurso formal, caso em que o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes.

III - Recurso conhecido e provido para cassar o acórdão recorrido, dando-se prosseguimento à ação penal.⁵⁴³

Nessa verificação do esgotamento do caso por uma determinada norma, seja para o fato anterior, seja para o fato posterior, seja para o fato concomitante copunido, afora as ordens de criminalização, o tipo de pena tem grande relevância. Não se pode defender, por exemplo, que o crime de furto, para cuja forma simples se comina pena de reclusão de um a quatro anos e multa, constitua fato posterior copunido relativamente ao crime de violação de domicílio, que em sua forma básica prevê pena de detenção de um a três meses ou multa (respectivamente arts. 155 e 150 do Código Penal). Daí a observação de José Moutinho, para quem o tipo de pena e o tipo de crime “correspondem-se, implicam-se reciprocamente, de modo que se iluminam. E, precisamente, o tipo de pena [...] torna-se determinante na determinação dos limites descritivo-valorativos do correspondente tipo de crime.”⁵⁴⁴ Gimbernat Ordeig também defende que dizer que um crime engloba outro só é possível se englobar o seu fato e as consequências jurídicas. Daí defender ele, em análise do Código Penal espanhol revogada, que o homicídio, punido com pena de reclusão menor, não abrange o assassinato, punido com pena de reclusão maior em seu grau máximo, e nem o parricídio, punido com reclusão maior em toda a sua extensão.⁵⁴⁵

Em outras palavras, a consunção só pode encontrar aplicação presentes os requisitos da unidade de agente e da pluralidade de normas. Ditas normas não precisam se

⁵⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 547047/SP. Processo nº 200300996030. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Eiji Kaji e Luiz da Cruz Madeira. Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, 07 de outubro de 2003. **Diário da Justiça**, 03 nov. 2003, p. 348. Igualmente: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 815071/BA. Processo nº 200600170187. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Felipe Porto dos Anjos. Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, 23 de maio de 2006. **Diário da Justiça**, 19 jun. 2006, p. 203.

⁵⁴⁴ MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português**. Lisboa: Universidade Católica, 2005, p. 814 e 1.042. Nessa última página, o autor trata do requisito da pena no tocante ao fato posterior copunido.

⁵⁴⁵ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Concurso de leyes, error y participación en delito: a propósito del libro del mismo título del profesor Enrique Peñaranda. In: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Autor y cómplice en derecho penal**. Buenos Aires; Montevideo: B de F, 2006, p. 297-322, p. 302-303.

relacionar lógica ou estruturalmente, sendo necessário que um ou alguns dos crimes abarque integralmente ou quase que integralmente o desvalor de outro no caso concreto. O nexo axiológico entre os crimes deve ser de monta tal que o delito afastado ostente uma insignificância no caso concreto que permita sua punição como eventual circunstância do prevalente. Tanto pode ocorrer em casos de unidade ou de pluralidade de condutas. De toda sorte, não se pode pretender encerrar todos os casos de consunção em uma lista taxativa.

Por outro lado, não se inclui entre os requisitos a unidade de resolução do agente. Tal qual se disse a respeito do bem jurídico, a resolução não tem maior importância que os demais elementos típicos. Em um direito penal do fato, deve-se considerar o número de vezes que o agente comete um crime e não o número de vezes que o decide cometer. O mesmo raciocínio vale mesmo se os bens tutelados pelas normas em concurso se caracterizarem como eminentemente pessoais ou personalíssimos.⁵⁴⁶

Nem resiste a tese da unidade de resolução ao “argumento shakespeariano”. Por ele, tenta-se combater a ideia de que a unidade de resolução como critério unificador de delitos através do exemplo da personagem Ricardo III, da peça homônima de William Shakespeare. No ato 1, cena 1, este decide se tornar um celerado, através da prática de crimes. Nesse caso, apesar da unidade de resolução, ninguém haveria de defender a unidade de crimes cometidos pelo resto da vida de Ricardo III.⁵⁴⁷

Isso só reforça a necessidade de considerar todos os elementos típicos para o problema da determinação de eventual concurso aparente de crimes. A alusão à unidade de resolução se justifica pelo tratamento contrário ao aqui defendido que a jurisprudência brasileira lhe confere, inclusive muita vez confundindo resolução e dolo.

Tampouco se pode elevar à condição de aplicação da consunção a unidade de processo. Em outras palavras, se preenchidos os demais requisitos, a mera eventualidade do ajuizamento de processo único não pode prejudicar o réu. Questões como o atraso na descoberta ou na investigação do delito, de feição processual, não podem ser trasladadas para o direito material em prejuízo do acusado. Esse o sentido do ordenamento pátrio,

⁵⁴⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: Parte Geral**, t. 1. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 1.005-1.006. MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português**. Lisboa: Universidade Católica, 2005, p. 479 e seguintes.

⁵⁴⁷ MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português**. Lisboa: Universidade Católica, 2005, p. 486 e seguintes.

extraído, por exemplo, do instituto da unificação de penas, previsto no art. 111 da Lei de Execuções Penais e no art. 75 do Código Penal, da regra do art. 82 do Código de Processo Penal (que determina a unidade de processos para efeito de soma ou unificação de penas no caso de crimes conexos ou continentes processados e julgados em feitos distintos, mesmo quando um deles já estiver com sentença definitiva), e da contagem da prescrição isoladamente para cada crime concorrente, estejam ou não no mesmo processo, de acordo com o art. 119 do Código Penal. Dessarte, se a um determinado fato não se pode aplicar qualquer pena, em virtude da regra da consunção, pouco importa a unidade ou pluralidade de processos, que não raras vezes decorre tão somente da desídia do Estado na persecução penal.

Ilustrando esse raciocínio, se o pós-fato copunido for objeto exclusivo de uma denúncia, essa peça poderá ser rejeitada de plano, pela atipicidade da conduta, em aplicação do art. 395 do Código de Processo Penal. Não quer tanto dizer, por outro lado, que baste a alegação da atipicidade com esse fundamento: as regras do ônus da prova se aplicam aqui sem qualquer especificidade. Então, ao denunciado que alegue a copunição do fato que se lhe imputa incumbe a prova respectiva, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal.

Maior cuidado ainda merece a aplicação da consunção do antefato objeto autônomo de um processo. Como se esclareceu, a pluralidade aparente de normas aplicáveis a uma determinada situação de fato se trata de requisito do concurso aparente de normas penais. Posto isso, não se há de esperar por eventual (futuro) crime que venha a consumir o já praticado. É assim que o denunciado por falsificação de documento não pode argumentar eficazmente que ainda cometerá estelionato para se ver livre da acusação. O cometimento de um crime não pode simplesmente equivaler a uma autorização para o agente novamente delinquir.

No entanto, essas se cuidam de questões ligadas ao fenômeno do concurso aparente de normas penais incriminadoras como um todo e não apenas à regra da consunção. Por esse motivo, dispensam-se maiores comentários a respeito.

4.4 Efeitos da consunção

Na doutrina, a depender da concepção de concurso aparente de normas penais incriminadoras que se adote, atribuem-se diversos efeitos à norma afastada. Boa parte dos autores admitem, por exemplo, que a norma afastada possa se aplicar em hipóteses como a da prescrição da pretensão punitiva estatal, anistia ou mesmo de ausência de provas relativamente ao crime previsto na norma prevalente. Cuida-se do dito renascimento da norma afastada. Todavia, esse instituto encontra referência a todos os critérios de solução do concurso aparente de normas penais e não somente à consunção, motivo pelo qual não merecerá aqui tratamento autônomo.⁵⁴⁸

Não se passa diversamente com o chamado efeito de bloqueio da norma afastada, na doutrina alemã conhecido por *Sperrwirkung des milderen Gesetzes* (literalmente, em tradução livre, “efeito de bloqueio da lei mais suave”). A doutrina – dominante na Alemanha⁵⁴⁹ – que o reconhece defende sua aplicação em todas as hipóteses de concurso aparente de normas penais incriminadoras, excetuado apenas o caso da especialidade privilegiante. Inobstante, este se mostra decisivo para conceituação da consunção, motivo bastante a seu tratamento com mais detalhes.

Consiste ele no efeito que a norma afastada teria na determinação de medidas de segurança, de penas acessórias e da pena mínima aplicável, esta se maior que a prevista na prevalente. Ilustrativamente, tenha-se que a norma prevalente fixa uma pena de reclusão de um a cinco anos, ao passo que a afastada de dois a quatro anos. Na determinação da pena para o caso concreto, o juiz deveria se mover nos limites de dois (pena mínima mais alta) a cinco anos (pena máxima da norma prevalente, que pode ou não ser a mais alta).

⁵⁴⁸ Para um amplo estudo do tema, com distinções sobre a possibilidade ou não de retorno à vida do preceito deslocado de acordo com a causa do deslocamento, conferir PALMA HERRERA, José Manuel. **Los actos copenados**. Madrid: Dykinson, 2004, p. 239-261. MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português**. Lisboa: Universidade Católica, 2005, p. 683 e seguintes. Embora com menor profundidade: STRATENWERTH, Günter; KUHLEN, Lothar. **Strafrecht: Allgemeiner Teil I. Die Straftat**. 5. Auflage. München: Carl Heymanns, 2004, p. 406-407. PEÑARANDA RAMOS, Enrique. **Concurso de leyes, error y participación en el delito**: Un estudio crítico sobre el principio de la unidad del título de imputación. Madrid: Civitas, 1991, p. 59 e seguintes.

⁵⁴⁹ MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português**. Lisboa: Universidade Católica, 2005, p. 684. Embora dela discorde: MAURACH, Reinhart. **Tratado de derecho penal**, t. II. Trad. Juan Cordoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962, p. 445-446.

Doutrinariamente, rechaça-se a possibilidade de aplicação da pena mínima da norma afastada quando menor que a da norma prevalente pelo absurdo que consistiria em privilegiar quem cometeu dois crimes.⁵⁵⁰ Argumenta-se que o intuito do efeito de bloqueio reside em impedir que o autor receba pelo cometimento de dois (ou mais) crimes uma pena menor que a do crime menos grave. Nessa hipótese, teria melhor tratamento penal o autor de dois crimes do que o autor apenas de um desses crimes e exatamente o menos grave deles.

O regime de aplicação da maior entre as penas mínimas e das consequências acessórias de todas as normas se encontra expressamente previsto no § 52 do Código Penal alemão para o concurso ideal. E, parte da doutrina e da jurisprudência alemãs defende a transposição do mesmo regime até o concurso aparente de normas penais, salvo se a norma preferente tiver o caráter de privilegiante. Para o concurso formal, tem-se no Código Penal alemão o seguinte regime:

§ 52 Unidade de fato

(1) Se a mesma ação violar várias leis penais ou a mesma lei penal diversas vezes, só uma pena é reconhecida.

(2) Se várias leis forem violadas, a pena é determinada de acordo com a lei que comina a pena mais grave. Ela não pode ser menor que a admitida pelas outras leis aplicáveis.

(3) O Tribunal pode aplicar separadamente a pena de multa ao lado da privativa de liberdade se presentes os pressupostos do § 41.

(4) Se uma das leis aplicáveis permitir pena pecuniária, então pode o Tribunal reconhecê-la separadamente ao lado de uma pena de prisão perpétua ou de uma privativa de liberdade de mais de dois anos. De resto, podem ser reconhecidas consequências ou medidas acessórias (§ 11, alínea 1, número 8) se uma das leis aplicáveis as prescrever ou permitir.⁵⁵¹

A aproximação entre o concurso aparente de normas penais e o concurso formal de crimes na Alemanha se deu de tal forma que se diz que a diferença se encontra reduzida praticamente a zero. A única distinção restante consiste na ausência de menção no

⁵⁵⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. 5. ed. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002, p. 795. WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil: Die Straftat und ihr Aufbau. 32. neu bearbeitete Auflage. Heildelberg: C. F. Müller, 2002, p. 277. STRATENWERTH, Günter; KUHLEN, Lothar. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil I. Die Straftat. 5. Auflage. München: Carl Heymanns, 2004, p. 406. WELZEL, Hans. **Das deutsche Strafrecht**: Eine systematische Darstellung. 6. ed. Berlin: Walter de Gruyter, 1958, p. 196. Explica a teoria sem com ela se pôr de acordo: PALMA HERRERA, José Manuel. **Los actos copenados**. Madrid: Dykinson, 2004, p. 234.

⁵⁵¹ Tradução livre de: “§ 52 Tateinheit (1) Verletzt dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze oder dasselbe Strafgesetz mehrmals, so wird nur auf eine Strafe erkannt.(2) Sind mehrere Strafgesetze verletzt, so wird die Strafe nach dem Gesetz bestimmt, das die schwerste Strafe androht. Sie darf nicht milder sein, als die anderen anwendbaren Gesetze es zulassen. (3) Geldstrafe kann das Gericht unter den Voraussetzungen des § 41 neben Freiheitsstrafe gesondert verhängen. (4) Läßt eines der anwendbaren Gesetze die Vermögensstrafe zu, so kann das Gericht auf sie neben einer lebenslangen oder einer zeitigen Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren gesondert erkennen. Im übrigen muß oder kann auf Nebenstrafen, Nebenfolgen und Maßnahmen (§ 11 Abs. 1 Nr. 8) erkannt werden, wenn eines der anwendbaren Gesetze sie vorschreibt oder zuläßt.”

dispositivo da sentença de todos as normas aparentemente concorrentes. No caso de concurso formal, por conta da sua “função de esclarecimento”, todos os crimes pelos quais se condena o agente devem restar expressos.⁵⁵²

Apesar disso, a discussão a respeito do efeito oclusivo ou de bloqueio da norma afastada não é despida de relevância em países como o Brasil, que adotam outro regime para o concurso formal.

De fato, veem-se defensores da teoria mesmo em Portugal, país que, para a doutrina majoritária, sequer diferencia o concurso formal do concurso material e que não tem o mesmo regime legal existente na Alemanha para o concurso de delitos. Destaca-se na doutrina portuguesa o grande esforço da teoria de Jorge de Figueiredo Dias para conciliar a vedação do *bis in idem* e a ordem de exaustão dos fatos, que findou por levar esse autor a aceitar o efeito de bloqueio, exclusivamente para os casos de consunção. Para ele, inexistiria vedação a tanto pela legalidade, por que, a se considerar a alternativa do regime do concurso de crimes, igualmente esse seria favorável ao réu.⁵⁵³

No Brasil, também se encontra a defesa do efeito de bloqueio. Carlos Haddad entende que nos crimes que ele classificou de regressivos, nos quais o meio se apenas mais gravemente que o fim, a pena deste não pode ser inferior à daquele. Para ele, o estelionato pode consumir o uso de documento público falso. Mas, deve ter em tal hipótese a pena mínima de dois anos, prevista para o crime contra a fé pública do art. 304, combinado com o art. 297, e não a de um ano, prevista para o crime contra o patrimônio do art. 171, todos do Código Penal.⁵⁵⁴

A aceitação do efeito de bloqueio em si já se mostra suscetível a críticas. De logo, pode-se criticar a inexistência de semelhante teoria a respeito da pena máxima, no caso de esta ser maior na norma afastada que na norma aplicada.⁵⁵⁵ Da mesma forma, critica-se a

⁵⁵² MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português**. Lisboa: Universidade Católica, 2005, p. 686. PUPPE, Ingeborg: **Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen**: Logische Studien zum Verhältnis von Tatbestand und Handlung. Berlin: Duncker & Humblot, 1979, p. 313 e seguintes. WEGSCHEIDER, Herbert. **Echte und scheinbare Konkurrenz**: Zu materiellrechtlichen und prozessualen Fragen des „Zusammentreffens strafbarer Handlungen” (§ 28 StGB). Berlin: Duncker & Humblot, 1980, p. 172.

⁵⁵³ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral, t. I. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 1.036.

⁵⁵⁴ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Aplicação da pena no “crime regressivo”. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, a. 15, n. 184, p. 11, mar. 2008, p. 11.

⁵⁵⁵ MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português**. Lisboa: Universidade Católica, 2005, p. 727.

teoria da possibilidade da aplicação das penas acessórias e das medidas de segurança. Isso não poderia ocorrer sem previsão legal. A regra da legalidade faz recair o ônus das imperfeições legislativas sobre a comunidade e não sobre o réu.⁵⁵⁶

A razão se encontra mesmo com Luís d'Almeida, em cujo juízo a adoção dessa combinação de penas mostra a inaptidão da consunção para “tratar correctamente os casos que pretende abranger, até porque esse 'efeito de bloqueio' nunca poderia dar-se sem consagração em lei.”⁵⁵⁷

Em verdade, isso mostra como as doutrinas majoritárias da consunção revelam no fundo uma insatisfação com a possibilidade de aplicação dos regimes previstos para os concursos de crimes em casos nos quais haja uma determinada relação entre os delitos. Escapa-se do plano do direito positivo para considerações de justiça ou injustiça do concurso de crimes para aquele caso, com considerações, entre outras, sobre a culpabilidade, a carência de pena e os fins da punição. Daí o alargamento de pouco rigor dogmático dos casos de consunção e a correlata necessidade de aplicação de um regime punitivo que não leve ao sem-sentido de privilegiar o agente por cometer vários delitos.

Nessa brecha entre o eventual rigor dos regimes de concurso efetivo e a excessiva suavidade da consunção – cuja aplicação pode inclusive beneficiar o agente que comete dois crimes em relação ao que comete apenas um deles, tal qual explanado - que se encaixam teorias como a do efeito de bloqueio.⁵⁵⁸

Dessarte, falta uma via intermediária que permita punir os crimes previstos nas normas concorrentes; que leve em conta as penas desses crimes, a fim de evitar a aludida possibilidade de privilégio; e, que considere algumas espécies de conexão subjetiva e objetiva de determinados crimes para lhes atenuar o regime do concurso formal ou do concurso

⁵⁵⁶ MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português**. Lisboa: Universidade Católica, 2005, p. 730. CASTELLÓ NICÁS, Nuria. **El concurso de normas penales**. Granada: Comares, 2000, p. 45-47. CUERDA RIEZU, Antonio. **Concurso de delitos y determinación de la pena**. Madrid: Tecnos, 1992, p. 218 e seguintes. LORENZO SALGADO, José Manuel. A relación entre os arts. 379 e 380 do CP: ¿concurso de delitos ou de leis? (en torno aos aspectos essenciais da negativa a someter-se às probas correspondentes para a comprobación dos feitos descritos no art. 379). **Revista Xurídica Galega**, n. 47. Disponível em: <<https://www.rexurga.es/pdf/COL209.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2009, p. 53.

⁵⁵⁷ D'ALMEIDA, Luís Duarte. **O “concurso de normas” em direito penal**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 77. Também sobre a necessidade de previsão legal: CASTELLÓ NICÁS, Nuria. **El concurso de normas penales**. Granada: Comares, 2000, p. 46-47.

⁵⁵⁸ D'ALMEIDA, Luís Duarte. **O “concurso de normas” em direito penal**. Coimbra: Almedina, 2004, especialmente p. 84-85.

material.⁵⁵⁹

Esses problemas não esgotam as dificuldades da teoria do efeito de bloqueio: o seu reconhecimento se mostra incompatível com a concepção aqui adotada de consunção. Efetivamente, reconhecida a vedação do *bis in idem* entre seus fundamentos, mostra-se intuitivo que a aplicação da pena mínima ou dos efeitos acessórios previstos para a norma afastada provavelmente o violaria. Dado que a norma afastada prevê a pena mínima para o crime considerado no seu todo, sua aplicação supõe todos os seus elementos e, pois, eventuais elementos comuns à ou já valorados pela norma prevalente. Ademais, reconhecendo-se ao fim do procedimento hermenêutico do concurso aparente que a norma afastada não teve todos os seus requisitos preenchidos, ela não poderia gerar efeitos como tal, nem mesmo em relação à pena mínima. Por isso, essas combinações de pena se adaptam somente aos casos de concurso efetivo de delitos.⁵⁶⁰

Na concepção de consunção em hipóteses de concreta insignificância valorativa de um crime frente a outro, tal qual exposta acima, também se revela contraditória a aceitação do efeito de bloqueio da norma afastada. Em muitas hipóteses, a aplicação da pena mínima e das penas acessórias da norma afastada pode aumentar excessivamente a pena final, o que não se coaduna com a insignificância do crime nela previsto.

Por outro lado, mesmo insignificante no caso concreto, o crime pode ser valorado para fins de aplicação da pena do crime prevalente, se enquadrável apenas entre as circunstâncias ou agravantes. Não se pode deixar de ter em mente que o crime consumido o é por ser copunido, ou seja, punido juntamente com o crime consumidor. Isso afasta a um só tempo a crítica ao concurso aparente de normas penais em virtude de sua possível igualação na sanção concretamente aplicada ao autor de um ou de mais crimes e leva a soluções mais

⁵⁵⁹ D'ALMEIDA, Luís Duarte. **O “concurso de normas” em direito penal**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 86.

⁵⁶⁰ PALMA HERRERA, José Manuel. **Los actos copenados**. Madrid: Dykinson, 2004, p. 236. WEGSCHEIDER, Herbert. **Echte und scheinbare Konkurrenz**: Zu materiellrechtlichen und prozessualen Fragen des „Zusammentreffens strafbarer Handlungen” (§ 28 StGB). Berlin: Duncker & Humblot, 1980, p. 212-213. PEÑARANDA RAMOS, Enrique. **Concurso de leyes, error y participación en el delito**: Un estudio crítico sobre el principio de la unidad del título de imputación. Madrid: Civitas, 1991, p. 57-58. GEERDS, Friedrich. **Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht**. Hamburg: Hansischer Gildenverlag, Joachim Heitmann & Co, 1961, p. 231. CASTELLÓ NICÁS, Nuria. **El concurso de normas penales**. Granada: Comares, 2000, p. 45. LORENZO SALGADO, José Manuel. A relação entre os arts. 379 e 380 do CP: ¿concurso de delitos ou de leis? (em torno aos aspectos essenciais da negativa a someter-se às provas correspondentes para a comprovação dos feitos descritos no art. 379). **Revista Jurídica Galega**, n. 47. Disponível em: <<https://www.rexurga.es/pdf/COL209.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2009, p. 52-54.

adequadas à proporcionalidade, isto é, materialmente justas.⁵⁶¹ De resto, para influir na dosimetria da pena como mera circunstância, o fato não precisa ser típico. Logo, a atipicidade do fato previsto exclusivamente na norma afastada não impede que se o considere na dosimetria da pena aplicada, respeitada a vedação do *bis in idem*.⁵⁶²

Seguindo essa orientação, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que, mesmo se considerado o uso de documento falso fato posterior copunido (impunível, na sua denominação) em relação à falsificação, as circunstâncias do uso potencialmente influem na dosimetria do crime anterior:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE FALSIFICAÇÃO E USO DO DOCUMENTO FALSIFICADO. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA E INDEFERIMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. INTIMAÇÃO DO PATRONO DO RÉU PARA OFERECER CONTRA-RAZÕES. TRANSCURSO DO PRAZO IN ALBIS. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E DECRETAÇÃO DA CUSTÓDIA PREVENTIVA. DECRETO FUNDAMENTADO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. ARGÜIÇÃO DE INÉPCIA DA ACUSAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. PRESCINDIBILIDADE DO INQUÉRITO POLICIAL. PEDIDO DE PRISÃO DOMICILIAR. QUESTÃO NÃO LEVADA À APRECIÇÃO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS.

[...]

3. Cumpre ressaltar que a imputação ao réu, concomitante, das condutas delituosas de falsificar e usar o documento falsificado (arts. 297 e 304 do CP) não macula a denúncia, porquanto, a despeito de haver a tendência de a doutrina e a jurisprudência dominante admitirem ser a segunda um mero exaurimento da primeira, constituindo um pós-fato impunível, isso não impede que as circunstâncias relacionadas ao uso sejam levadas em conta por ocasião da fixação da pena, razão pela qual não há falar em excesso de acusação. [...] ⁵⁶³

Portanto, se não há lugar para o efeito de bloqueio ou oclusivo no direito pátrio, não quer tanto dizer que o crime consumido sempre seja irrelevante para a dosimetria da pena aplicada ao crime consumidor.

⁵⁶¹ MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português**. Lisboa: Universidade Católica, 2005, p. 1.020-1.021. PALMA HERRERA, José Manuel. **Los actos copenados**. Madrid: Dykinson, 2004, p. 239. Apenas para o fato posterior: WELZEL, Hans. **Das deutsche Strafrecht: Eine systematische Darstellung**. 6. ed. Berlin: Walter de Gruyter, 1958, p. 197.

⁵⁶² WEGSCHEIDER, Herbert. **Echte und scheinbare Konkurrenz: Zu materiellrechtlichen und prozessualen Fragen des „Zusammentreffens strafbarer Handlungen“ (§ 28 StGB)**. Berlin: Duncker & Humblot, 1980, p. 213. PEÑARANDA RAMOS, Enrique. **Concurso de leyes, error y participación en el delito: Un estudio crítico sobre el principio de la unidad del título de imputación**. Madrid: Civitas, 1991, p. 57-58. Em sentido contrário, apenas para o fato concomitante copunido (admite-a no antes-fato e no pós-fato copunidos), por entender aplicável a regra de que os elementos do tipo não podem agravar a pena: MAURACH, Reinhart. **Tratado de derecho penal**, t. II. Trad. Juan Cordoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962, p. 446 e 471.

⁵⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 34949/RJ. Processo nº 200400545297. Impetrante: Bruno Rodrigues. Impetrado: Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Paciente: Sérgio Augusto Naya. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 01 de junho de 2004. **Diário da Justiça**, 02 ago. 2004, p. 467.

CONCLUSÃO

1. O termo mais adequado para o fenômeno em estudo se trata de “concurso aparente de normas penais”. Não há, aqui, ordens antitéticas de condutas, o que se passa no conflito real ou aparente de normas. O concurso aparente de normas penais não se confunde com a sucessão de leis ou normas penais.

2. Os estudos doutrinários sistemáticos do concurso aparente de normas penais tiveram início com um trabalho do jurista alemão Adolph Merkel, no final do século XIX.

3. Os critérios de solução dessa modalidade de concurso, para a doutrina majoritária, resumem-se a três: especialidade, subsidiariedade e consunção, havendo doutrinadores que defendem a inclusão da alternatividade.

4. A especialidade se aplica quando uma das normas, a especial, abrange todos os elementos da norma geral, mais algum exclusivo. Prevalece a norma especial. Não se deve aceitar, por outro lado, a chamada especialidade bilateral ou recíproca, conceito que encerra contradição nos termos.

5. Em uma primeira aproximação, conceitua-se a subsidiariedade pela exclusão de uma norma, subsidiária, por outra, principal. Isso pode ocorrer por previsão legal expressa (subsidiariedade expressa) ou não (subsidiariedade tácita). Na subsidiariedade tácita, abrangem-se casos como a exclusão do crime de perigo em relação ao de dano, se o perigo não for além do contido no próprio dano, da exclusão entre as distintas fases de realização do delito (prevalecem a consumação em detrimento da tentativa e a tentativa e a consumação frente a atos preparatórios), das distintas formas de participação (na seguinte ordem: o induzimento, a instigação, o auxílio material, a coautoria e a autoria). Também se consideram subsidiários os delitos culposos em relação aos dolosos, os delitos de omissão própria relativamente aos delitos de omissão imprópria, os delitos omissivos em relação aos de ação, os delitos que importam violação do dever geral de auxílio em relação aos de violação do dever de garante e os delitos de embriaguez e intoxicação frente à *actio libera in causa dolosa*.

6. Para os que a adotam, a alternatividade tem duas acepções principais. Na primeira, encontraria aplicação quando várias normas preveem a mesma conduta sob pontos de vista distintos ou mesmo idênticos (aqui, por falha legislativa). Na segunda, quando duas normas contenham elementos incompatíveis entre si e, pois, excluam-se reciprocamente. Afirmar a realização de um implica negar a realização da outra e vice-versa. Entende-se, em um e outro caso, preferente a norma com sanções mais graves.

7. Karl Binding, outro jurista alemão, também no final do século XIX, iniciou os estudos doutrinários sobre a consunção no direito penal, dentro de um sistema pluralista de resolução do concurso aparente de normas penais.

8. À época, predominava uma visão positivista e liberal de Estado, de sociedade e de direito, inclusive o penal, que se refletiu na teorização do concurso aparente de normas, do bem jurídico-penal, entre outros institutos.

9. Todavia, após o advento do Estado de Bem-Estar Social e da chamada sociedade do risco, mudaram decisivamente as ideias de Estado, de direito (penal) e de sociedade, com evidentes repercussões no âmbito do concurso aparente de normas penais incriminadoras. Desconhecer o contexto social e político-constitucional do Brasil na teorização jurídica do concurso aparente de normas penais incriminadoras pode levar a uma alienação com consequências de todo indesejáveis. Aspectos do direito penal do risco se mostram presentes no Brasil e não necessariamente acarretam violações a garantias individuais.

10. As teorias logicistas de Wilhelm Höpfner, Ernst Beling e Ulrich Klug não explicam a consunção no direito brasileiro, porquanto descuram dos aspectos axiológicos ínsitos a essa regra.

11. A teoria de Günther Jakobs em nada se distingue das teorias majoritárias da consunção. Ao revés, como o próprio autor, admite, trata-se em grande medida de mera mudança de conceitos, de modo que padece dos mesmos vícios de outras doutrinas.

12. A teoria de Marcelo Fortes Barbosa se ressentia do mesmo problema, isto é, cuida-se de monismo consistente no enquadramento dos casos da doutrina majoritária do concurso aparente de normas penais sob a categoria da consunção.

13. As teorias majoritárias abrangem a da frequência com que os delitos se cometem juntos (consunção do fato tipicamente acompanhante), a do crime-meio e do crime-fim (consunção, em regra, do crime-meio para o cometimento de outro), e a do fato posterior copunido (crime que serve para ocultar ou encobrir, assegurar ou aproveitar outro). Essas teorias encontram aceitação parcial da doutrina e da jurisprudência brasileiras.

14. As teorias majoritárias, porém, apresentam problemas intrínsecos e incompatibilidade com o direito brasileiro. No tocante ao critério da frequência, o primeiro problema consiste na impossibilidade de se dizer quando os crimes são praticados conjuntamente. Mesmo se constatada, a frequência não basta à incidência da regra da consunção: a uma, por ser impossível dizer *a priori* que exista um legislador racional capaz de prever no tipo de ilícito e no tipo de pena os fatos tipicamente acompanhantes; a duas, por haver diversos casos em que, a despeito da frequência estatística, dá-se concurso efetivo de crimes. Finalmente, viola a proporcionalidade, a igualdade e a individualização da pena punir igualmente quem pratica um crime e quem pratica mais de um, apenas por que terceiros frequentemente os cometem juntos.

15. Já a teoria do crime servil ou famulatório não demonstra que o crime-fim abrange o crime-meio. Se realmente abrangesse em sua estrutura típica, seria o caso de aplicação da especialidade. Nessa teoria, também se confunde o desvalor imediato de um fato com o desvalor mediato de outro, o que pode levar a consequências inaceitáveis e fica no tinteiro a razão pela qual o agente não responde pelo crime mesmo o tendo praticado voluntariamente e inexistindo *bis in idem* na punição. Igualmente, descabe invocar a figura do legislador racional que teria previsto no crime-fim o crime-meio, ainda que o meio se cuide de uma determinada tecnologia que sequer existia ao tempo da entrada em vigor da lei que previu o primeiro. Os mesmos argumentos de violação da individualização da pena, da proporcionalidade e da igualdade cabíveis contra a tese da consunção pelo critério da frequência estatística se aplicam à da consunção do crime-meio pelo crime-fim. A teoria da consunção apenas por uma relação de meio a fim tampouco se compatibiliza com a agravante do art. 61, II, “b”, do Código Penal, que estabelece como regra o concurso efetivo de delitos, inclusive com aumento de pena. A mera relação, psicológica ou funcional, de meio a fim entre delitos, não impõe e nem impede o concurso aparente de normas penais incriminadoras.

16. As regras e princípios de especial relevância para o concurso aparente de

normas penais incriminadoras são a ordem de exaustão dos fatos, a proibição de *bis in idem*, a proporcionalidade e a culpabilidade. A ordem de exaustão dos fatos, derivada da culpabilidade e da impossibilidade de tirar proveito da própria torpeza, obriga à valoração de todos os aspectos relevantes penalmente, ainda que sejam meras circunstâncias. A ordem de exaustão dos fatos encontra acolhimento implícito em grande parte das definições de concurso aparente de normas ou de consunção.

17. A vedação do *bis in idem*, na acepção formal e na substancial, encontra respaldo constitucional implícito e infraconstitucional explícito no Brasil. Seus fundamentos, no aspecto material, são a necessidade de proporcionalidade à culpabilidade, a índole de regulação exaustiva das normas incriminadoras, a regra da legalidade e a identidade dos casos e soluções concretas consigo próprias. Sob o prisma formal, baseia-se na necessidade de conferir certeza sobre e evitar contradições entre as decisões judiciais. Ela não impede a aplicação de mais de uma sanção aos mesmos fatos. A eventual vulneração do *ne bis in idem* se deve verificar após a aplicação da regra da valoração integral do fato. Depois de valorado integralmente o objeto do processo, qualquer nova punição contraria essa regra.

18. Sendo assim, a proibição do *bis in idem* e a ordem de exaustão dos fatos não se tratam de regras contrárias e nem contraditórias. Elas se complementam na aplicação da pena para o caso concreto, decorrências que são da proporcionalidade.

19. A proporcionalidade deve ser vista em sua dupla faceta, de vedação do excesso e da vedação da proteção insuficiente (proibição da não-suficiência). Na primeira, trata-se de proteção contra excessos do Estado, que não pode restringir além do necessários os direitos fundamentais, em um garantismo negativo. Na acepção de proibição da não-suficiência ou proibição por defeito, obriga a alguns limites mínimos na execução de uma determinada ação estatal, de natureza normativa ou material, a fim de assegurar uma proteção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais. A obrigação de atuar se inclui no dito garantismo positivo. Isso decorre do fato de também a Constituição apresentar uma dupla faceta. Por um lado, contém normas de defesa do indivíduo frente ao poder estatal, especialmente ao poder penal. Mas, por outro, tem normas que impõem uma defesa ativa do indivíduo e da sociedade em geral em relação aos ataques de terceiros. Deixa-se de encarar o Estado como simples “inimigo dos direitos fundamentais” e se o toma “como auxiliar do seu desenvolvimento”. Não há mais lugar para uma visão liberal-pura do Estado, que o contrapõe

à sociedade.

20. A culpabilidade encontra diversos fundamentos constitucionais no direito brasileiro, tais como a dignidade da pessoa humana e a individualização da pena. A culpabilidade se trata de um juízo de censura sobre um autor de um crime que admite gradações. O injusto e a culpabilidade apresentam interdependência também no sentido de que a uma variação quantitativa ou qualitativa do injusto deve corresponder uma variação na culpabilidade.

21. O conceito de tipo relevante para a doutrina do concurso não equivale ao conceito de tipo da teoria geral do crime. Aqui, relevante o conceito de tipo em sentido amplo, abrangendo inclusive as circunstâncias dos crimes - e a culpabilidade, no Brasil - as quais não ostentam as mesmas exigências de determinação legal necessárias para as elementares. Nessas circunstâncias, a depender da formulação do direito positivo, podem entrar inclusive fatos anteriores, concomitantes e posteriores à realização dos elementos típicos essenciais.

22. De há muito, até o presente, existe uma certa tendência doutrinária a tornar o critério decisivo do concurso aparente de normas penais incriminadoras a unidade ou pluralidade de bens jurídicos por elas tutelados. Essa posição se encontra no direito contemporâneo de diversos países, inclusive do Brasil.

23. No entanto, esse critério traz uma série de problemas. Inicialmente, a própria conceituação do bem jurídico. Nota-se a pouca valia do bem jurídico, outrossim, em casos como do concurso formal homogêneo, nos quais, a despeito da unidade do bem jurídico, dá-se concurso efetivo de crimes, e de crimes complexos, para os quais se aplicam critérios de solução do concurso aparente de normas mesmo ante a pluralidade de bens jurídicos protegidos. Outro problema se cuida da determinação do bem jurídico protegido por um determinado tipo de crime, máxime pela incontestável existência de tipos que protegem bens “formalmente poliédricos ou multifacetados”. Então, na análise do bem jurídico, deve-se atentar para a eventual falta de correspondência entre o *nomen juris* ou a topografia do crime e o bem realmente protegido.

24. De toda sorte, o bem jurídico violado, em regra, trata-se apenas de um dos fatores a analisar na fixação do conteúdo de ilícito da conduta, razão pela qual tem papel

limitado nas questões concursais. Isso por que ofender um bem jurídico e realizar um tipo são correlativos. Todavia, a regra comporta exceções, consistentes nas ordens constitucionais de criminalização de condutas ofensivas a determinados bens jurídicos. Crimes previstos como concretização dessas ordens não podem ser reputados desvaliosos em concreto a ponto de se consumirem por outro. Isso equivaleria a uma descriminalização no caso sob julgamento, deixando sem o amparo necessário alguns direitos fundamentais, a despeito da ordem constitucional, em violação da proporcionalidade sob o ângulo da vedação da proteção deficiente e contra o princípio da vedação do retrocesso social.

25. São requisitos da consunção a unidade de agente e a pluralidade de normas aparentemente incidentes sobre uma determinada situação de fato, abranja ou não essa situação pluralidade de condutas. Por sua vez, as várias normas incriminadoras podem ou não ocupar o mesmo artigo de lei.

26. Não se mostra necessária qualquer relação estrutural ou lógica entre as normas incriminadoras aparentemente concorrentes para o reconhecimento da consunção. Avalia-se somente uma relação axiológica entre os delitos, sejam ou não simultâneos.

27. Com essa teoria, dá-se um fechamento e uma abertura da consunção tal qual majoritariamente aplicada. Por um lado, deixa-se de aplicá-la em hipóteses descabidas como a da mera frequência estatística. Em contrapartida, abre-se a possibilidade de consunção mesmo à míngua dos requisitos comumente exigidos pela doutrina e pela jurisprudência, bastando para tanto a insignificância valorativa no caso concreto de um ou mais dos crimes praticados, o que tende a aumentar a justa aplicação da pena, dever da agência judicial para limitar racionalmente a arbitrariedade seletiva do sistema penal.

28. A consunção tal qual aqui se defende se afina com a finalidade político-criminal do concurso aparente, qual seja, autonomizar um regime *favore reum*, não *contra reum*, donde inexistir violação ao princípio da legalidade. À míngua de lei expressa que o preveja, a alternativa que o próprio Supremo Tribunal Federal outrora adotou consistiu na aplicação das regras do concurso efetivo de crimes.

29. Mesmo que se conceda que a teoria da consunção do crime-meio pelo crime-fim encontra aparo no ordenamento pátrio, constituiria apriorismo injustificável dizer

que ela seja mais favorável ao réu: por exemplo, isso não ocorreria quando reconhecida a consunção em casos fora dessa relação instrumental entre os delitos. Semelhantemente, pode-se dizer das teorias da frequência estatística no cometimento dos crimes.

30. Não se deve entender a consunção como uma regra valorativa a aplicar arbitrariamente. Uma série de regras e princípios lhe impõe limites inultrapassáveis. É necessária uma certa conexão objetiva e subjetiva entre os delitos. Dessa forma, não se pode deduzir privilégios ao agente de uma mera conexão ocasional. Também o longo distanciamento temporal entre os crimes impede a aplicação da consunção.

31. Com essa formulação, a consunção pode abranger os antefatos, fatos concomitantes e pós-fatos copunidos. Esses fatos são verdadeiramente punidos juntamente com o crime ou crimes prevalentes, de modo que termos como impuníveis ou impunidos não se ajustam aos fenômenos em tela.

32. Como exemplo de antefato copunido, pode-se citar o crime de ameaça relativamente aos crimes nos quais ela eventualmente consistia, desde que se verifique uma certa conexão temporal. O crime de homicídio, a depender do caso, também pode consumir o anterior porte de arma. Em todo caso, deve-se analisar o desvalor concreto do crime primeiramente cometido. Esse desvalor, em regra, independe da questão de identidade ou diversidade de bens jurídicos e da relação de meio a fim com um crime posterior.

33. Entre os casos de pós-fato copunidos, incluem-se crimes de aproveitamento, asseguramento ou ocultação do anterior, embora essa relação não seja por si só determinante da consunção, por força da agravante do art. 61, II, “b”, do Código Penal. Por outro lado, pode-se cogitar de pós-fato copunido mesmo à míngua dessas relações típicas. Nem todas as hipóteses de pós-fato copunido se explicam no direito brasileiro pelo direito de não produzir provas contra si próprio, por razões de atipicidade ou por exclusão da culpabilidade. Exemplificativamente, o uso de documento falso para encobrir o delito anterior e a incriminação de terceiro em interrogatório não podem deixar de se sancionar sob o argumento da consunção pelo crime antecedente.

34. O último grande grupo da consunção se trata dos crimes concomitantes copunidos. Tal qual nos casos de antefato e de pós-fato copunidos, importa avaliar a

insignificância valorativa em concreto do crime consumido. Por isso, somente o uso de documento falso sem potencial lesivo além do estelionato com ele cometido resta consumido por este último crime. Esse raciocínio se encontra na súmula nº 17 do Superior Tribunal de Justiça. Como nos casos anteriores, as ordens constitucionais de criminalização podem impor uma barreira intransponível à consunção.

35. Em todos os casos possíveis de consunção, para a verificação do esgotamento do caso por uma determinada norma, o tipo de pena tem grande relevância para a determinação dos limites semânticos do tipo de ilícito. Apesar de não se exigir uma rigidez matemática na verificação das penas, um delito não pode consumir outro com pena muito mais grave.

36. Não se inclui entre os requisitos da consunção a unidade de resolução do agente, porquanto esta se trata apenas de mais um dos elementos típicos. Em um direito penal do fato, importam os crimes cometidos e não os crimes que o agente quis cometer.

37. A unidade de processo para todos os fatos não se cuida de requisito da consunção. As eventualidades processuais, como a demora na investigação, não podem trazer efeitos prejudiciais ao réu no campo do direito material. Todavia, as regras sobre o ônus da prova se aplicam à consunção, de modo que não basta a alegação de consunção para obstar um processo. Ademais, sendo a pluralidade de normas aparentemente aplicáveis um requisito do concurso aparente de normas penais incriminadoras, não se há de aguardar o cometimento de eventual delito que consuma o fato já objeto de um processo.

38. A aceitação do efeito de bloqueio em si já se mostra um tanto suscetível de críticas. Primeiramente, por inexistir semelhante teoria a respeito da pena máxima, quando maior que a prevista na norma aplicada. A ausência de previsão legal também traz obstáculo à sua aplicação, porquanto a regra da legalidade faz recair o ônus das imperfeições legislativas sobre a comunidade e não sobre o réu. Essa teoria deixa descoberta em veras uma lacuna nos regimes punitivos em alguns ordenamentos positivos. Alarga-se em demasia o âmbito da consunção em virtude de íntima insatisfação com a aplicação das regras do concurso efetivo de crimes a determinados casos. Preenche-se, então, dita lacuna com teorias como a do efeito de bloqueio, que se adaptam melhor a hipóteses de concurso de delitos, tanto que assim prevista no direito alemão para o equivalente ao concurso formal do direito brasileiro.

39. Não se há de aceitar no direito brasileiro o efeito de bloqueio da norma prevalente, por sua incompatibilidade com a própria noção de consunção, de insignificância valorativa *in concreto* e relativa de um determinado crime e pela falta de lei expressa que o preveja.

40. Os elementos sobejantes da norma afastada devem ser valorados como circunstâncias ou como agravantes, se preencherem as hipóteses previstas legalmente, vedado sempre o *bis in idem*.

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 169-181, 2004.
- ALBRECHT, Hans-Peter. El principio de culpabilidad: límite al poder punitivo del Estado. *Revista de Derecho Penal*, Santa Fé, n. 1, p. 51-65, jan./jun. 2007.
- ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfGE) 27, 18. **Neue Juristische Wochenschrift**, 1969, p. 1.619 e seguintes. Disponível em <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv027018.html>>. Acesso em: 04 jul. 2008.
- _____. Bundesverfassungsgericht (BVerfGE) 90, 145. **Neue Juristische Wochenschrift**, 1994, p. 1577. Disponível em <<http://www.bundesverfassungsgericht.de>>. Acesso em: 04 jul. 2008.
- D'ALMEIDA, Luís Duarte. **O “concurso de normas” em direito penal**. Coimbra: Almedina, 2004.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AMBOS, Kai. 100 años de la “teoría del delito” de Beling. ¿Renacimiento del concepto causal de delito en el ámbito internacional? **Revista electrónica de ciencia penal y criminología**, a. 9, n. 2, 2007. Disponível em <<http://criminnet.ugr.es/recpc>>. Acesso em: 17 jul. 2008.
- ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em direito penal**: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Coimbra, 2004.
- ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di diritto penale**: parte generale. 7. ed. Milano: Giuffrè, 1975.
- _____. Sul concorso apparente di norme. **Rivista italiana di diritto penale**, Milano, a. 1, n. 1-3, p. 01-15, gen./giu. 1948.
- APFEL, Henner. **Die Subsidiaritätsklausel der Unterschlagung**. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Bielefeld, Bielefeld, 2006.
- ARANA, Raúl Pariona. El derecho penal “moderno”: sobre la necesaria legitimidad de las intervenciones penales. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 15, n. 68, p. 112-139, set./out. 2007.
- ARCE AGGEO, Miguel Ángel. **Concurso de delitos en materia penal**: su evolución desde el finalismo hasta el funcionalismo. Una visión de la pluralidad de delitos desde la perspectiva de la Ontología del lenguaje y la Teoría comunicativa del delito. 2. ed. Buenos Aires:

Universidad, 2007.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Introdução à Ciência do Direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ASÚA, Luis Jiménez de. **Tratado de derecho penal**, t. II: filosofía y ley penal. Buenos Aires: Losada, 1950.

AZEVEDO, Bernardo Montalvão Varjão de; BÔAS, Marcos de Aguiar Villas. Reflexões sobre a proporcionalidade e suas repercussões nas ciências criminais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 16, n. 74, p. 230-280, set./out. 2008.

AZZALI, Giampiero. Art. 515 e 517 CP: concorso ideale di reati o concorso apparente di norme. **Bollettino dell'Istituto di Diritto e Procedura Penale**, Pavia, p. 23-54, 1961/1962.

BARBOSA, Marcelo Fortes. **Concurso de normas penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BAUER, Anton. **Lehrbuch des Strafrechtes**. 2. ed. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1833.

BECK, Ulrich. A reinvenção da política. In: GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 1997, p. 11-71.

_____. **Risikogesellschaft**: auf dem Weg in eine andere Moderne. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986.

_____. D'une théorie critique de la société vers la théorie d'une autocritique sociale. **Déviance et Société**, Liège, v. 18, n. 3, p. 333-344, sept. 1994.

BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal**: entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BEKKER, Ernst Immanuel. **Die processualische Consumption im classischen römischen Recht**. Berlin: Wilhelm Hertz, 1853.

BELING, Ernst. **Esquema de Derecho Penal**. Trad. Sebastián Soler. Buenos Aires: Depalma, 1944.

_____. **Die Lehre vom Verbrechen**. Neudruck der Ausgabe Tübingen 1906. Aalen: Scientia, 1964.

BERCOVICI, Gilberto. Ainda faz sentido a Constituição dirigente? **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 6, p. 149-162, 2004.

BINDING, Karl. **Grundriss des deutschen Strafrechts**: Allgemeiner Teil. 6. ed. Leipzig:

Wilhelm Engelmann, 1902.

_____. **Handbuch des Strafrechts**, Band I. Neudruck der Ausgabe Leipzig 1885. Aalen: Scientia, 1991.

BOBBIO, Norberto. Des critères pour résoudre les antinomies. In: PERELMAN, Chaïm. (Org.). **Les Antinomies em Droit**. Bruxelles: Émile Bruylant, 1965, p. 237-258.

BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klaus. **Direito Penal**: parte geral. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BORSARI, Riccardo. Concorso apparente di norme e concorso di reati nella disciplina penale delle “carte di pagamento”. **Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia**, Padova, a. 11, n. 2/3, p. 549-562, apr./set. 1998.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRAGA, Pedro. A sociedade de risco e o direito penal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 42, n. 168, p. 155-166, out./dez. 2005.

BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no direito penal brasileiro. **Revista Portuguesa de Ciências Criminais**, Coimbra, a. 15, n. 2, p. 209-227, abr./jun. 2004.

_____. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Introdução ao direito penal**: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. O significado político-constitucional do direito penal. In: PRADO, Luiz Régis (Org.). **Direito penal contemporâneo**: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 120-129.

_____. **Teoria jurídica do crime**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 35634. Processo 200200645361. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Brasília, 08 de setembro de 2004. **Diário da Justiça**, 20 set. 2004, p. 183.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 36079. Processo 200200794204. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, 13 de novembro de 2002. **Diário da Justiça**, 19 dez. 2002, p. 330.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência 85950/SP. Processo nº 200701172877. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 13 de setembro de

2007. **Diário da Justiça**, 27 set. 2007, p. 222.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 92547/RS. Processo nº 200702981973. Suscitante: Sérgio Augusto Silva de Freitas. Suscitado: Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal de São Leopoldo/RS e Juiz Auditor da 1ª Auditoria da 3ª Circunscrição Judiciária Militar de Porto Alegre/RS. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 08 de outubro de 2008. **Diário da Justiça Eletrônico**, 15 out. 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200702981973&pv=0100000000000&tp=51>>. Acesso em: 02 jun. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 25157/SP. Processo nº 200201425484. Impetrante: Miguel Viana Santos Neto. Paciente: Adriano Aparecido Ribeiro Duarte. Impetrado: Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, 15 de abril de 2003. **Diário da Justiça**, 09 jun. 2003, p. 282.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 27734/RJ. Processo nº 200300510694. Impetrante: Rafael de Castro Alves Atalla Medina e outro. Impetrado: Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Paciente: Salomão Velmovitsky. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, 11 de maio de 2004. **Diário da Justiça**, 14 jun. 2004, p. 249.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 31570/MS. Processo nº 200302000975. Impetrante: Ozair dos Santos. Coator: Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Brasília, 19 de abril de 2005. **Diário da Justiça**, 06 fev. 2006, p. 331.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 34441/PB. Impetrante: Emerson Davis Leônidas Gomes. Impetrado: Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Paciente: Francisco Alberto de Lucena Rabello. Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, 18 de maio de 2004. **Diário da Justiça**, 21 jun. 2004, p. 238.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 34949/RJ. Processo nº 200400545297. Impetrante: Bruno Rodrigues. Impetrado: Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Paciente: Sérgio Augusto Naya. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 01 de junho de 2004. **Diário da Justiça**, 02 ago. 2004, p. 467.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 35222/MG. Processo nº 200400618160. Impetrante: João da Silveira Bicalho. Paciente: José Ildo Germano Gonçalves. Impetrado: Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca. Brasília, 17 de junho de 2004. **Diário da Justiça**, 23 ago. 2004, p. 259.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 42153/SP. Processo nº 200500326622. Impetrante: Antônio Camilo Alberto de Brito. Impetrado: Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Brasília, 27 de setembro de 2005. **Diário da Justiça Eletrônico**, 22 set. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200500326622&dt_publicacao=22/09/2008>. Acesso em: 01 jun. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 50331/PB. Impetrante: Alexandre de Jesus Ferreira. Impetrado: Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 17 de maio de 2007. **Diário da Justiça**, 06 ago. 2007, p. 550.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 51884/RJ. Processo 200502153919. Impetrante: Eduardo de Souza Gomes. Impetrado: Desembargador Relator do Recurso em Sentido Estrito nº 152005 da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 02 de outubro de 2008. **Diário da Justiça Eletrônico**, 09 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200502153919&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 01 jun. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 60695/RJ. Processo nº 200601235673. Impetrante: Fuad Zacharias. Paciente: Michael Roger Senna de Souza. Impetrado: Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, 07 de novembro de 2006. **Diário da Justiça**, 18 dez. 2006, p. 431.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 71718/SP. Processo nº 200602680794. Impetrante: Lucílio César Borges Corveta da Silva. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 16 de setembro de 2008. **Diário da Justiça Eletrônico**, 06 out. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200602680794&dt_publicacao=06/10/2008>. Acesso em: 01 jun. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 75599/SP. Impetrante: Maurício Silva Leite. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Processo nº 200700155619. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, 21 de junho de 2007. **Diário da Justiça**, 08 out. 2007, p. 332.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 89194/MG. Processo nº 200701982915. Impetrante: Haroldo Cesar Ortiga. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 11 de setembro de 2008. **Diário da Justiça Eletrônico**, 13 out. 2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Acordaos/IntegraAcordao.asp?num_registro=200701982915&dt_publicacao=13/10/2008>. Acesso em: 01 jun. 2009

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 89539/SP. Processo nº 200702035199. Impetrante: Edvar Voltolini. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 20 de maio de 2008. **Diário da Justiça Eletrônico**, 09 jun. 2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Acordaos/IntegraAcordao.asp?num_registro=200702035199&dt_publicacao=09/06/2008>. Acesso em: 01 jun. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 94646/SC. Processo nº 200702707618. Impetrante: Cláudio Gastão da Rosa Filho. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 11 de dezembro de 2008. **Diário da Justiça Eletrônico**, 02 fev. 2009. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Acordaos/IntegraAcordao.asp?num_registro=200702035199&dt_publicacao=09/06/2008>. Acesso em: 20 jun. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 100487/MS. Impetrante: Defensoria Pública da União. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 03 de abril de 2008. **Diário da Justiça Eletrônico**, 28 abr. 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200702707618&pv=010000000000&tp=51>> Acesso em: 01 jun. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 547047/SP. Processo nº 200300996030. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Eiji Kaji e Luiz da Cruz Madeira. Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, 07 de outubro de 2003. **Diário da Justiça**, 03 nov. 2003, p. 348.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 570887/RS. Processo nº 200301547626. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Adriano Ubirajara da Rosa. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, 07 de dezembro de 2004. **Diário da Justiça**, 14 fev. 2005, p. 226.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 671195/RS. Processo nº 200400977532. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Ricardo da Cruz Centeno. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, 07 de abril de 2005. **Diário da Justiça**, 23 maio 2005, p. 335.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 731331/RS. Processo nº 200500368402. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Mariano Bastos. Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca. Brasília, 28 de setembro de 2005. **Diário da Justiça**, 07 nov. 2005, p. 370.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 815071/BA. Processo nº 200600170187. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Felipe Porto dos Anjos. Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, 23 de maio de 2006. **Diário da Justiça**, 19 jun. 2006, p. 203.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 896312/PA. Processo nº 200602241511. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Wilson Pontes. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 16 de agosto de 2007. **Diário da Justiça**, 01 out. 2007, p. 574.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 10870/SE. Processo nº 200001427415. Recorrente: Luiz Antônio Barreto. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 17 de fevereiro de 2005. **Diário da Justiça**, 14 mar. 2005, p. 382.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 19044/SC. Processo nº 200600318815. Recorrente: Luiz Fernando Zorrer. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Paulo Medina. Brasília, 18 de maio de 2006. **Diário da Justiça**, 01 ago. 2006, p. 546.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 17. Quando o falso se exaure no estelionato,

sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido. **Diário da Justiça**, Brasília: Supremo Tribunal Federal, 28 de nov. 1990, p. 13.963.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 559135/DF. Recorrente: Distrito Federal. Recorrido: Alípio Beserra Camelo. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 20 de maio de 2008. **Diário da Justiça Eletrônico**, 12 jun. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=559135&classe=RE&codigoClasse=0&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 01 jun. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 53944/SP. Paciente: Agenor Garcia. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 17 de fevereiro de 1976. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, v. 78, t. I, p. 104.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 68132/DF. Impetrante: Geraldo Drago. Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Paciente: Jaeder Albergaria Filho. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 02 de outubro de 1990. **Diário da Justiça**, 09 nov. 1990, p. 12.728.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 72315/MG. Impetrante: Cláudio Antônio Rocha. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Pacientes: José Pedro da Silva Filho e Elza de Lourdes Martins da Silva. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 07 de março de 1995. **Diário da Justiça**, 26 maio 1995, p. 15.159.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84453/PB. Impetrante: Emerson Davis Leônidas Gomes. Paciente: Francisco Alberto de Lucena Rabello. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator p/ acórdão: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 17 de agosto de 2004. **Diário da Justiça**, 04 fev. 2005, p. 27.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84533/MG. Impetrante: André Rodrigues Costa Oliveira. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Eloi Radion Alerand ou Eloi Radin Allerand. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 14 de setembro de 2004. **Diário da Justiça**, 30 jun. 2006, p. 35.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 85183/RJ. Impetrante: Flávio Jorge Martins e outros. Paciente: João Batista Cândido da Silva. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 02 de agosto de 2005. **Diário da Justiça**, 11 maio 2007, p. 272.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 87208/MS. Impetrante: Ricardo Trad. e outros. Paciente: Joana d'Arc de Paula Almeida. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 23 de setembro de 2008. **Diário da Justiça Eletrônico**, 07 nov. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=87208&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 10 jun. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 88733/SP. Paciente: Farah Jorge

Farah. Impetrante: Roberto Podval e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Relator p/ acórdão: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 17 de outubro de 2006. **Diário da Justiça**, 15 dez. 2006, p. 110.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 91469/ES. Impetrante: Evandro Saraiva Reato e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Jackson Pina Laurett. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 20 de maio de 2008. **Diário da Justiça Eletrônico**, 01 ago. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=91469&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 15 jun. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 91542/RJ. Impetrante: Fernando Augusto Fernandes e outro. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Simon Stambowsky e Reinaldo Stambowsky ou Reinaldo Stamvowsky. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 18 de setembro de 2008. **Diário da Justiça Eletrônico**, 15 fev. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=91542&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 15 jun. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 70645/MA. Recorrente: José Ribamar Gomes. Recorrido: Justiça Pública. Relator: Ministro Adalício Nogueira. Brasília, 26 de outubro de 1970. **Diário da Justiça**, 13 nov. 1970. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=70645&classe=RE>>. Acesso em: 03 jun. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 418376/MS. Recorrente: José Adélio Franco de Moraes. Recorrido: Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Marco Aurélio. Redator para acórdão: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 09 de fevereiro de 2006. **Diário da Justiça**, 23 fev. 2007, p. 72.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 83447/SP. Recorrente: Adriano Aparecido Ribeiro Duarte. Recorrido: Ministério Público Federal. Brasília, 17 de fevereiro de 2004. Relator: Ministro Celso de Mello. **Diário da Justiça**, 26 nov. 2004, p. 35.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 83990/MG. Recorrente: Almir dos Santos Magalhães. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 10 de agosto de 2004. **Diário da Justiça**, 22 out. 2004, p. 18.

_____. Tribunal Regional Federal (1. Região). Apelação criminal nº 200438000524550/MG. Apelantes: Ministério Público Federal e Arnaldo Soares de Souza Segundo. Apelados: idem. Relator: Juiz Federal Hilton Queiroz. Brasília, 10 de outubro de 2006. **Diário da Justiça**, 10 nov. 2006, p. 35.

_____. Tribunal Regional Federal (5. Região). Apelação criminal nº 1710-PE. Processo nº 9705079650. Apelantes: Claudemir José da Silva. Apelado: Justiça Pública. Relator: Juiz Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho. Recife, 07 de abril de 2005. **Diário da Justiça**, 05 maio 2005, p. 508.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**, t. 1. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. **Direito Penal**, t. 3. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARAMUTI, Carlos S. **Concurso de delitos**. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

CARDOZO, Teodomiro Noronha. Culpabilidade e reprovação: critérios de aferição da pena. **Revista da ESMAPE**, Recife, v. 12, n. 25, p. 357-368, jan./jun. 2007.

CARMIGNANI, Giovanni. **Elementi di diritto criminale**. Trad. Caruana Dingli. Milano: Francesco Sanvito, 1863.

CARO CORIA, Dino Carlos. El principio de *ne bis in idem* em la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 15, n. 66, p. 09-52, maio/jun. 2007.

_____. Sociedades de riesgo, bienes jurídicos colectivos y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo. **Revista peruana de ciencias penales**, Lima, a. 5, n. 9, p. 177-219, 1999.

CARRARA, Francesco. **Opúsculos de derecho criminal**. Trad. Ernesto R. Gavier; Ricardo C. Nuñez. Buenos Aires: Arayú, 1955.

CARVALHO, Érika Mendes de. O comportamento pós-delitivo positivo e as categorias do delito: uma contribuição à sua delimitação conceitual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 97, v. 875, p. 379-409, set. 2008.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. Aplicação da pena no Estado Democrático de Direito: postulados garantistas. In: CARVALHO, Salo de. CARVALHO, Amilton Bueno de. **Aplicação da pena e garantismo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 5-98.

CARVALHO FILHO, José Cândido de. **Concurso aparente de normas penais**. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

CASTELLÓ NICÁS, Nuria. **El concurso de normas penales**. Granada: Comares, 2000.

CASTRO, Julio César. La sociedad de riesgo: una fundamentación complementaria para los delitos de peligro. **Ciencias penales contemporáneas**: Revista de derecho penal procesal penal y criminología, Mendonza, a. 3, n. 05/06, p. 321-356, 2003.

CECCHI, Mauro. L'insider trading dei pubblici ufficiali: un caso di concorso di norme. **Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia**, Padova, a. 9, n. 2, p. 550-561,

apr./giu. 1996.

CEREZO MIR, José. **Derecho penal**: parte general. São Paulo; Lima: Revista dos Tribunais; Ara, 2007.

CHAIB, Euvaldo. O princípio da consunção no direito penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 73, n. 581, p. 273-275, mar. 1984.

COPETTI, André. Por uma (neo)filosofia política constitucional no direito penal: uma exigência fenomenológica do Estado Democrático de Direito brasileiro. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 13-32, 2004.

CORREIA, Eduardo Henriques da Silva. **A teoria do concurso em direito criminal**. Coimbra: Almedina, 1996.

COSTA, José de Faria. **Direito penal especial**: contributo a uma sistematização dos problemas “especiais” da parte especial. Coimbra: Coimbra, 2004.

_____. Artigo 204º. In: DIAS, Jorge de Figueiredo (Org.). **Comentário conimbricense do Código Penal**. Parte especial, t. II. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 54-93.

_____. **O perigo em direito penal**: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra, 1992.

COSTA JR., Paulo José da. **Código Penal comentado**. 9. ed. São Paulo: DPJ, 2007.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a Constituição dirigente**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín. La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal (I). **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, v. 32, n. 1, p. 45-91, ene./abr. 1979.

_____. La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal (II). **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, v. 32, n. 2, p. 451-477, mayo/ago. 1979.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime**: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

CUERDA RIEZU, Antonio. **Concurso de delitos y determinación de la pena**. Madrid: Tecnos, 1992.

CUESTA AGUADO, PAZ M. de la. Sociedad tecnológica y Derecho penal del riesgo. **Revista de Derecho y Processo Penal**, Navarra, n. 4, p. 133-144, 2000.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. O crime de fraude fiscal no novo Direito Penal Tributário Português. In: SOUSA, Alfredo José de *et al.* **Direito Penal Económico e Europeu**: textos doutrinários, v. II: problemas especiais. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 411-438.

- _____. **Direito Penal: Parte Geral**, t.1. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2007.
- _____. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 9, n. 33, p. 39-65, jan./mar. 2001.
- _____. **Direito Penal Português: Parte Geral**, t. II: As consequências jurídicas do crime. Coimbra: Coimbra, 2005.
- _____. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra, 2004.
- _____. **Liberdade, culpa, direito penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra: 1995.
- _____. O papel do direito penal na protecção das gerações futuras. In: RODRIGUES, Anabela Miranda *et al.* **Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários**, v. III. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 603-614.
- _____. **O problema da consciência da ilicitude em direito penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.
- _____. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Da sociedade do risco à segurança cidadã: um debate desfocado. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, a. 17, n. 4, p. 547-599, out./dez. 2007.
- DINIZ, Maria Helena. **Conflito de normas**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- EISELE, Andreas. **Crítica ao direito penal tributário brasileiro**. Blumenau: Acadêmica, 2007.
- EL HIRECHE, Gamil Föppel. Teoria Geral do Concurso de Crimes. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, a. 102, v. 387, p. 117-131, set./out. 2006.
- ERICSON, Richard. The division of expert knowledge in policing and security. In: O'MALLEY, Pat (Org.). **Crime and the Risk Society**. Aldershot; Brookfield; Singapore; Sidney: Ashgate, 1998, p. 97-123.
- ESCUCHURI AISA, Estrella. Perfiles de la normativa concursal en derecho penal: especial referencia a la regulación del código penal español. **Revista de Derecho Penal**, Montevideo, n. 16, p. 109-125, nov. 2006.
- _____. El principio non bis in idem y el concurso de leyes penales en la dogmática y jurisprudencias españolas. **Revista peruana de ciencias penales**, Lima, n. 16, p. 195-256, 2005.
- _____. **Teoría del concurso de leyes y de delitos: bases para una revisión crítica**. Granada: Comares, 2005.
- _____. Unidade de ação e pluralidade delitiva. Trad. Robervani Pierin do Prado. **Ciências Penais**: revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, São Paulo, a. 03,

v. 05, p. 96-129, jul./dez. 2006.

ESPAÑA. Recurso de amparo 2/1981 (Sentencia). Número de registro 90/1980. Ponente: don Manuel Díez de Velasco Vallejo. Sala: Sala Primera: Excmos. Sres. García-Pelayo, Latorre, Díez de Velasco, Begué, Gómez-Ferrer y Escudero. Fecha de Aprobación: 30/1/1981. **Boletín Oficial del Estado** 19810224, n. 47.

FARIA, Cássio Juvenal. Conflito aparente de normas penais nos delitos de trânsito: homicídio culposo e lesão corporal culposa. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 70, p. 09-10, set. 1998.

FELDENS, Luciano. **A constituição penal**: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Direitos fundamentais e direito penal**: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. **Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco**: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público: uma investigação à luz dos valores constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal**. Coimbra: Almedina, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. Concurso de normas penais. **Scientia Iuridica**: revista de direito comparado português e brasileiro, Braga, v. 29, n. 164/165, p. 159-185, abr./jun. 1980.

FERRINI, Contardo. Die processualische Consumption der actio de peculio. **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte/Romanistische Abteilung**, Weimar, Band 21/34, p. 190-199, 1900.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm. **Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts**. 5. ed. Gießen: Georg Friedrich Heyer, 1812.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto penale**: Parte generale. 3. ed. Bologna: Zanichelli, 1999.

FISCHER, Douglas. **Delinquência econômica e Estado Social e Democrático de Direito**: uma teoria à luz da Constituição. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

FONTELES, Cláudio Lemos. Delito de evasão de divisas e sonegação fiscal: considerações em torno do conflito aparente de normas e da analogia *in bonam partem*. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras; CAZETTA, Ubiratan (Coords.). **Crimes contra o sistema financeiro nacional**: 20 anos da Lei n. 7.492/86. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 65-68.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. A reforma da legislação penal – I. **Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal**, Rio de Janeiro, a. 1, n. 2, p. 55-81, jul./set. 1963.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **Razão e sensibilidade**: fundamentos do direito penal moderno. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

FROSALI, Raoul Alberto. **Concorso di norme e concorso di reati**. Città di Castello: Leonardo da Vinci, 1937.

GARCÍA ALBERO, Ramón. Sobre la denominada “unidad natural de acción” (a propósito da la STS de 23 de junio de 1989, ponente Sr. D. Antonio Huerta y Alvarez de Lara). **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, v. 47, n. 1, p. 211-239, ene./abr. 1994.

GEERDS, Friedrich. **Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht**. Hamburg: Hansischer Gildenverlag, Joachim Heitmann & Co, 1961.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Concurso de leyes, error y participación en delito: a propósito del libro del mismo título del profesor Enrique Peñaranda. In: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Autor y cómplice en derecho penal. Buenos Aires; Montevideo: B de F, 2006, p. 297-322.

GOMES, Luiz Flávio. Proporcionalidade e a tríplice função da culpabilidade no direito penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, a. 9, n. 107, p. 10-12, out. 2001.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GRACIA MARTÍN, Luis. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência**. Trad. Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Aplicação da pena no “crime regressivo”. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, a. 15, n. 184, p. 11, mar. 2008.

_____. **Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação**. Campinas: Bookseller, 2005.

HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico e protección de bienes jurídicos. Trad. Elena Larrauri. **Juarez Tavares**. Disponível em: <http://www.juareztavares.com/textos/hassemer_bem_juridico.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2009.

_____. Desenvolvimentos previsíveis na dogmática no direito penal e na política criminal. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. **Revista eletrônica de direitos humanos e política criminal**, Porto Alegre, n. 2, abr. 2008. Disponível em: <http://www.direito.ufrgs.br/dir1/dados/revista/2_1.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2008.

HEBBERECHT, Patrick. Sociedad de riesgos y política de seguridad. In: DA AGRA, Cândido *et al* (Orgs.) **La seguridad en la sociedad del riesgo**: un debate abierto. Barcelona: Atelier, 2003, p. 353-364.

HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. Delitos de peligro con verificación de resultado:

concurso de leyes? **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, v. 47, n. 1, p. 111-140, ene./abr. 1994.

HOCHMAYR, Gudrun. **Subsidiarität und Konsumtion**: Ein Beitrag zur Strafrechtlichen Konkurrenzlehre. Wien: Manzsche, 1997.

HONIG, Richard. **Straflose Vor- und Nachtat**. Neudruck der Ausgabe Leipzig 1927. Aalen: Scientia, 1978.

HÖPFNER, Wilhelm. **Einheit und Mehrheit der Verbrechen**: eine strafrechtliche Untersuchung, Band 1. Berlin: Franz Vahlen, 1901.

HÖRNLE, Tatjana. La concepción anticuada de la culpabilidad en la jurisprudencia y doctrina tradicionales de la medición de la pena. Trad. María Martín Lorenzo. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, v. 54, p. 401-429, ene./dic. 2003.

HORTA, Frederico Gomes de Almeida. **Do concurso aparente de normas penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

HUNGRIA, Nelson. Primeira parte. In: HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**, v. I, t. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 19-214.

_____. Em torno ao anteprojeto de Código Penal. **Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal**, Rio de Janeiro, a. 1, n. 3, p. 17-22, out./dez. 1963.

JAKOBS, Günther. **Ciência do direito e ciência do direito penal**. Trad. Maurício Antônio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003.

_____. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre. 2. Auflage. Berlin: Walter de Gruyter, 1993.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. 5. ed. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.

JESUS, Damásio E. de. Conflito aparente de normas penais. **Julgados dos Tribunais de Alçada de São Paulo**, São Paulo, n. 8, p. 27-40, abr./jun. 1969.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

KLUG, Ulrich. Sobre el concepto de concurso de leyes. In: KLUG, Ulrich. **Problemas de la Filosofía y de la Pragmática del Derecho**. Trad. Jorge M. Seña. Ciudad del México: Fontamara, p. 57-75.

_____. Carta a Hans Kelsen de 29.7.1960. In: KLUG, Ulrich; KELSEN, Hans. **Normas jurídicas e Análise Lógica**. Trad. Paulo Bonavides. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 51.

_____. Carta a Hans Kelsen de 8.10.1961. In: KLUG, Ulrich; KELSEN, Hans. **Normas jurídicas e Análise Lógica**. Trad. Paulo Bonavides. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 56-58.

KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado**: contribuição à semântica dos tempos históricos. Trad. Wilma Patrícia Maas; Carlos Almeida Pereira. Rio de Janeiro: Contraponto/PUC-Rio, 2006.

KÖSTLIN, Reinhold. **System des deutschen Strafrechts**: erste Abtheilung: allgemeiner Theil. Tübingen: Laupp'schen Buchhandlung, 1855.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LISZT, Franz von. **A idéia do fim no Direito Penal**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Rideel, 2005.

_____. **Tratado de Direito Penal alemão**, v. I. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006.

LORENZO SALGADO, José Manuel. A relación entre os arts. 379 e 380 do CP: ¿concurso de delitos ou de leis? (en torno aos aspectos esenciais da negativa a someterse ás probas correspondentes para a comprobación dos feitos descritos no art. 379). **Revista Xurídica Galega**, n. 47. Disponível em: <<https://www.rexurga.es/pdf/COL209.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2009, p. 52-54.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**, v. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

MAGGIORE, Giuseppe. **Diritto penale**: Parte generale, v. I. 5. ed. Bologna: Nicola Zanichelli, 1951.

MAIA, Alexandre da. O embasamento epistemológico como legitimação do conhecimento e da formação da lei na modernidade: uma leitura a partir de Descartes. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 13-37, 2006.

MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do *ne bis in idem* e a Constituição Brasileira de 1988. **Boletim Científico**: Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, a. 4, n. 16, p. 11-78, jul./set. 2005.

MANTOVANI, Ferrando. **Concorso e conflitto di norme nel diritto penale**. Bologna: Nicola Zanichelli, 1966.

MATUS A., Jean Pierre. Los criterios de distinción entre el concurso de leyes y las restantes figuras concursales en el código penal español de 1995. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, v. 58, n. 2, p. 463-493, mayo/ago. 2005.

_____. La teoría del concurso (aparente) de leyes en la dogmática alemana, desde sus orígenes hasta el presente (primera parte). **Ius et Praxis**, Talca, v. 6, n. 2, p. 295-371, 2000. Disponível em: <<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=19760212>>. Acesso em: 08 jan. 2008.

_____. La teoría del concurso (aparente) de leyes en la dogmática alemana, desde sus orígenes hasta el presente (segunda parte). **Ius et Praxis**, Talca, v. 7, n.2, p. 357-400, 2001. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122001000200016&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 08 jan. 2008.

MAURACH, Reinhart. **Tratado de derecho penal**, t. II. Trad. Juan Cordoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962.

MENDOZA BUERGO, Blanca. Gestión del riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad del riesgo. In: DA AGRA, Cândido *et al* (Orgs.) **La seguridad en la sociedad del riesgo: un debate abierto**. Barcelona: Atelier, 2003, p. 67-89.

MERKEL, Adolph. **Lehrbuch des deutschen Strafrechts**. Nachdruck der Ausgabe Stuttgart 1889. Goldbach: Keipe, 1996.

_____. Die Strafanwendung durch den Richter. In: HOLTZENDORFF, Franz von. (Org.). **Handbuch des deutschen Strafrechts**, Band II. Die allgemeinen Lehren. Berlin: Carl Habel, 1871, p. 547-584.

MIR PUIG, Santiago. **Estado, pena y delito**. Montevideo; Buenos Aires: B de F, 2006.

MONIZ, Helena. Burla e falsificação de documentos: concurso real ou aparente? **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, a. 10, n. 3, p. 457-467, jul./set. 2000.

MORO, Aldo. **Unità e pluralità di reati: principi**. 2. ed. Padova: CEDAM, 1954.

MOURA, Humberto Fernandes de. Sobre a definição da norma penal aplicável nos casos em que o porte ilegal de arma bem como o disparo de fogo são meios executórios de outros crimes: conflito aparente de leis ou concurso de crimes? **Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal**, Porto Alegre, v. 08, n. 46, p. 07-21, out./nov. 2007.

MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português**. Lisboa: Universidade Católica, 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Uma nova imagem da história contemporânea do direito penal alemão. Trad. Paulo César Busato. **Revista de Estudos Criminais**, n. 25, p. 27-58, abr./jun. 2007.

NAVARRO PRIETO, Evaristo. Sobre los límites y posibilidades de la respuesta jurídica al riesgo. In: DA AGRA, Cândido *et al* (Orgs.) **La seguridad en la sociedad del riesgo: un debate abierto**. Barcelona: Atelier, 2003, p. 27-46.

NINO, Carlos Santiago. **El concurso en el Derecho Penal**: Criterios para clasificar los casos de varios hechos o de varias normas en la calificación penal de una conducta. Buenos Aires: Astrea, 1972.

_____. **Los límites de la responsabilidad penal**: una teoría liberal del delito. Trad. Guillermo Rafael Navarro. Buenos Aires: Astrea, 2006.

NORONHA, E. Magalhães. Crime progressivo e concurso aparente de normas penais.

Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 62, n. 210, p. 39-45, abr./jun. 1965.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Individualização da pena**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Jomilson. Concurso aparente de normas e antefato e pós-fato impuníveis. **Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes**, Rio de Janeiro, nova série, v. 3, n. 3, p. 90-99, 1998.

ORTOLAN, J. **Éléments de droit pénal**: Pénalité, Juridictions, Procédure: suivant la science rationnelle, la législation positive et la jurisprudence, avec les données de nos statistiques criminelles. 4. ed. Paris: Plon; Marescq Ainé, 1875.

OST, François. **Le temps du droit**. Paris: Odile Jacob, 1999.

PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**: um estudo comparado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

PALMA HERRERA, José Manuel. **Los actos copenados**. Madrid: Dykinson, 2004.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. Responsabilidad penal y nuevos riesgos: el caso de los delitos contra el medio ambiente. **Actualidad Penal**, Madrid, n. 1, p. 217-227, 1997.

_____. El riesgo como construcción conceptual: sobre el uso y el abuso de las ciencias sociales en el discurso político-criminal del “derecho penal del riesgo”. **Revista Catalana de Seguretat Pública**, Mollet del Vallès, n. 13, p. 11-29, 2003.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique. **Concurso de leyes, error y participación en el delito**: Un estudio crítico sobre el principio de la unidad del título de imputación. Madrid: Civitas, 1991.

PETROCELLI, Biagio. **L'antigiuridicità**. 4. ed. Padova: CEDAM, 1966.

POITIERS, A. **Traité de l'ortographe françoise, en forme de dictionnaire**. Enrichi de Notes Critiques et de Remarques sur l'Étymologie & la Prononciation des Mots, le Genre des Noms, la Conjugaison des Verbes irréguliers, & les Variations des Auteurs. Notre-Dame-la-Grande: Felix Faulcon, 1775.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários ao Código de Processo Civil**, t. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

_____. **Sistema de ciência positiva do direito**, t. II: crítica da explicação e da elaboração do direito. Campinas: Bookseller, 2000.

_____. **Tratado de direito privado**, t. VI. Campinas: Bookseller, 2000.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão nº SJ200812040035523. Processo nº 3552/08. Relator: Pires da Graça. Lisboa, 04 de dezembro de 2008. **Sumário de Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça**, Seções Criminais, n. 132, dez. 2008, p. 07-09. Disponível em:

<<http://www.stj.pt/nsrepo/cont/Mensais/Criminais/Microsoft%20Word%20-%20Dezembro%202008.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2009.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão SJ20081204040793. Processo nº 4079/06. Relator: Henriques Gaspar. Lisboa, 04 de dezembro de 2008. **Sumário de Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça**, Seções Criminais, n. 132, dez. 2008, p. 01-03. Disponível em: <<http://www.stj.pt/nsrepo/cont/Mensais/Criminais/Microsoft%20Word%20-%20Dezembro%202008.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2009.

_____. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 303/2005. Processo nº 242/2005. Recorrente: Paulo Manuel Martins da Silva. Recorrido: Ministério Público. Relator: Artur Maurício. Lisboa, 08 de junho de 2005. **Diário da República**, II Série, n. 150, 05 ago. 2005, p. 11.181.

PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. Trad. Helga Sabotta de Araújo; Carina Quito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 12, n. 47, p. 31-45, mar./abr. 2004.

_____. **Strafrecht und Risiko: Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft**. Vittorio Klostermann: Frankfurt am Main, 1993.

PUIG PEÑA, Frederico. **Colisión de normas penales**: concurso aparente de leyes punitivas. Barcelona: Bosch, 1958.

PUPPE, Ingeborg. **Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen**: Logische Studien zum Verhältnis von Tatbestand und Handlung. Berlin: Duncker & Humblot, 1979.

_____. § 52. In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ullrich (Hrsg.). **Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch**, B.I. 2. ed. Baden-Baden: Nomos, 2005, p. 1.532-1.572.

RADBRUCH, Gustav. Del derecho individualista al social. In: RADBRUCH, Gustav. **El hombre en el derecho**: Conferencias y artículos seleccionados sobre cuestiones fundamentales del derecho. Trad. Aníbal del Campo. Buenos Aires: Depalma, 1980, p. 45-60.

_____. El hombre en el derecho. In: RADBRUCH, Gustav. **El hombre en el derecho**: Conferencias y artículos seleccionados sobre cuestiones fundamentales del derecho. Trad. Aníbal del Campo. Buenos Aires: Depalma, 1980, p. 17-31, p. 19.

ROCHA, Fernando Antônio Nogueira Galvão da. O tipo de culpabilidade e a dosimetria da pena. **JUS**: revista jurídica do Ministério Público, Belo Horizonte, n. 24, v. 17, p. 99-117, 1994.

ROCHA, Leonel Severo. Direito, complexidade e risco. **Anuário do Mestrado em Direito**, Recife, n. 6, p. 17-37, 1993.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **A determinação da medida da pena privativa de liberdade**. Lisboa: Coimbra, 1995.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão Penal**: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro:

Lumen Juris, 2006.

ROSA, Fábio Bittencourt da. Concurso aparente de leis e casos concretos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 69, v. 537, p. 251-258, jul. 1980.

_____. Lei nº 7.492/86 e o concurso aparente de leis. **Revista da AJUFE**, Brasília, a. 23, n. 1, p. 205-211, 2005.

ROXIN, Claus. Considerazioni di politica criminale sul principio di colpevolezza. Trad. Sergio Moccia. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, v. 23, p. 369-381, 1980.

_____. A culpabilidade como critério limitativo da pena. Trad. Fernando Fragoso. **Revista de direito penal**, São Paulo, ns.11/12, p. 7-20, jul./dez. 1973.

_____. **Derecho procesal penal**. Tradução Gabriela Córdoba; Daniel Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003.

_____. ; ACHENBACH, Hans. **Strafprozessrecht**. 16. Auflage. München: C. H. Beck, 2006.

_____. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil, Band I. 4. ed. München: C.H. Beck, 2006.

_____. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil, Band II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat. München: C.H. Beck, 2003.

RUSCONI, Maximiliano. La teoría del concurso aparente de delitos en el pensamiento de Carlos Nino. **Nueva doctrina penal**, Buenos Aires, p. 509-519, 1998.

SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça**. Rio de Janeiro: Atlântica, 2005.

_____. **Legalismo e ciência do direito**. São Paulo: Atlas, 1977.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

_____. **A moderna teoria do fato punível**. Curitiba: Fórum, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 12, n. 47, p. 60-122, mar./abr. 2004.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. (Org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 251-314.

_____. Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social – (pós-modernidade constitucional?). In: SAMPAIO, José Adércio Leite. (Org.). **Crise e desafios da constituição**: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 375-414.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. Concurso aparente de normas penais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 9, n. 33, p. 67-100, jan./mar. 2001.

SCHÜNEMANN, Bernd. La función de delimitación de injusto y culpabilidad. Trad. Carlos J. Suárez González. **Revista peruana de ciencias penales**, Lima, n. 18, p. 367-413, 2006.

SECCO, António Luiz de Sousa Henriques. Theoria da acumulação ou pluralidade de delitos (primeira parte). **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, Coimbra, n. 420, p. 49-52, 1876.

_____. Theoria da acumulação ou pluralidade de delitos (terceira parte). **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, Coimbra, n. 422, p. 81-83, 1876.

SERLOOTEN, Patrick. Les qualifications multiples. **Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé**, Paris, n. 1, p. 45-79, janv./mars 1973.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. Aspectos críticos do direito penal na sociedade do risco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 12, n. 46, p. 73-93, jan./fev. 2004.

_____. **Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 115-143.

_____. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 1, p. 607-630, jan./jun. 2003.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La Expansión del Derecho Penal: Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales**. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2006.

SIMÕES, Pedro Coelho. A supra-individualidade como factor de superação da razão moderna. In: COSTA, José de Faria (Coord.). **Temas de direito penal económico**. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 285-308.

SIMON, Jonathan. The Emergence of a Risk Society: Insurance, Law and the State. In: O'MALLEY, Pat (Org.). **Crime and the Risk Society**. Aldershot; Brookfield; Singapore; Sidney: Ashgate, 1998, p. 3-31.

SKINNER, Quentin. Meaning and Understanding in the History of Ideas. **History and Theory**, Wesleyan University, Middletown, v. 8, n. 1, p. 3-53, 1969.

SLOTERDIJK, Peter. **O desprezo das massas: ensaio sobre lutas culturais na sociedade moderna**. Trad. Cláudia Cavalcanti. São Paulo: Estação Liberdade, 2002.

SOLER, Sebastian. **Derecho Penal argentino**, t. II. 2. ed. Buenos Aires: Tipografica Editora

Argentina, 1953.

SOUTO, Cláudio. Modernidade e pós-modernidade científicas quanto ao direito. **Anuário do Mestrado em Direito**, Recife, n. 6., p. 39-78, 1993.

STEVENSON, Oscar. Concurso aparente de normas penais. **Revista forense**, Rio de Janeiro, v. 62, n. 209, p. 26-34, jan./mar. 1965.

STRATENWERTH, Günter; KUHLEN, Lothar. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil I. Die Straftat. 5. Auflage. München: Carl Heymanns, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. O princípio da proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico. **Lênio Luiz Streck**. Disponível em: <http://www.http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40>. Acesso em: 03 jun. 2009.

_____. Da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 2. p. 243-284, 2004.

TAVARES, Juarez. **Bien Jurídico y Función en Derecho Penal**. Trad. Monica Cunârro. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

_____. A crescente legislação penal e os discursos de emergência. **Discursos Sediciosos**: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, v. 2, n. 7, p. 43-57, 1997.

_____. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 1, n. 0 (número especial de lançamento), p. 75-87, 1993.

_____. **Direito Penal da Negligência**: uma contribuição à teoria do crime culposos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

VIARO, Mário Eduardo. **Por trás das palavras**: manual de etimologia do português. São Paulo: Globo, 2004.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

VILLEY, Michel. **Leçons d'histoire de la philosophie du droit**. 2. ed. Paris: Dalloz, 2002.

WEGSCHEIDER, Herbert. **Echte und scheinbare Konkurrenz**: Zu materiellrechtlichen und prozessualen Fragen des „Zusammentreffens strafbarer Handlungen“ (§ 28 StGB). Berlin: Duncker & Humblot, 1980.

WELZEL, Hans. **Das deutsche Strafrecht**: Eine systematische Darstellung. 6. ed. Berlin: Walter de Gruyter, 1958.

WERLE, Gerhard. **Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzesverletzung**. Berlin: Duncker & Humblot, 1981.

WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil: Die Straftat und ihr Aufbau. 32. neu bearbeitete Auflage. Heidelberg: C. F. Müller, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. **Criminología**: aproximación desde un margen. Bogotá: Temis, 2003.

_____. La culpabilidad en el siglo XXI. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a.7, n. 28, p. 56-71, out./dez. 1999.

_____. ; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **En torno de la cuestión penal**. Buenos Aires; Montevideo: B de F, 2005.

_____. **Tratado de derecho penal**: Parte General, t. IV. Buenos Aires: Ediar, 1999.

ZIPF, Heinz. Principios fundamentales de la determinación de la pena. Trad. Santiago Mir Puig. **Cuadernos de política criminal**, Madrid, n. 17, p. 353-359, 1982.