

Princípios fundamentais do “concursum normarum”

LINCOLN MAGALHAES DA ROCHA

O CONFLITO APARENTE DE NORMAS E SEUS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

CAPITULO I

GENERALIDADES

O Estado é o poder politicamente organizado, é a ordem jurídica nacional.

A ordem jurídica vem a ser o conjunto de normas e critérios pelos quais são oficialmente apreciados, pela autoridade jurisdicional, os fatos referentes a sua jurisdição.

Chama-se também, *sistema jurídico* — como salienta AMÍLCAR DE CASTRO¹ — porque é sempre conjunto organizado, sistematizado, de disposições, de regras, de normas, de critérios de julgamento, dependentes entre si, como partes solidárias de um todo específico.

Por essa definição, fica patenteada a importância que desempenham em uma dada ordem jurídica os elementos FATO e NORMA, bem como a relação de um e outra, eis que êste é o critério pelo qual são apreciados os fatos reconstituídos pela autoridade jurisdicional.

O problema criado pela aplicação da norma ao fato-espécie gerou a problemática de que nos vamos ocupar no presente trabalho: conflito aparente de normas.

1. AMÍLCAR DE CASTRO, *Direito Internacional Privado*, vol. I, p. 18.

Surge êle quando a um só fato-espécie duas ou mais disposições legais parecem igualmente aplicáveis, devendo-se aplicar apenas uma, com exclusão da outra.

O problema é antigo, porém, a sua construção científica data de época aproximada.²

No Brasil, passou despercebido até recentemente, sendo poucos os penalistas que se dignaram de enfrentar o tema.³

Entre os escritores alienígenas, versaram o tema, entre outros, MERKEL, MEZGER, MAIER, LISZT, BINDING, ANTOLISEI, MORO, BETTIOL, MANZINI, SOLER, RICARDO NUÑES, ASUA e FONTECILIA RIQUELIME.

Embora seja uma das maiores contribuições do tecnicismo jurídico, o tema se apresenta muito fragmentado e não existe acôrdo entre os autores, sequer quanto ao nome do problema, ou à *sedes materiae*.

Tem-se chamado concurso aparente de leis (NUÑES, LISZT), concurso aparente de normas (FREDERICO MARQUES, ANÍBAL BRUNO), conflito aparente de normas (MAGALHÃES NORONHA, HUNGRIA) e até concorrência aparente de normas (STEVENSON).

No tocante à *sedes materiae*, também há divergência entre os tratadistas, pois alguns o consideram um problema de interpretação da norma, de exegese, outros o situam entre o concurso real e o concurso ideal.

Está-se a ver que se trata de problema de hermenêutica ou de técnica de aplicação da norma legal e que muito se distancia do chamado concurso real (formal ou material) bem como é problema diverso do conflito de leis no tempo e no espaço.

Chamemos conflito aparente e normas ao problema, embora esteja a saltar aos olhos a impropriedade da expressão. Não existe nenhum conflito, senão aparentemente.

2. OSCAR STEVENSON, Concurso Aparente de Normas Penais, *in* Direito e Processo Penal (em homenagem a Nelson Hungria).

3. OSCAR STEVENSON, *op cit.*; NELSON HUNGRIA, vol. I, n. 31 e segs.; ANÍBAL BRUNO, vol. I, tomo I, p. 259; MAGALHÃES NORONHA, *in* Direito Penal; FREDERICO MORGAN; BASILEU GARCIA. Com exceção do primeiro, os citados autores versam o assunto com inexplicável brevidade.

Fato e norma se conjugam e vão formar um todo homogêneo e harmônico na mente do jurista.

Realmente, se partimos da lição kelseniana, de que no mundo do direito não há fatos em si mesmos, fatos absolutos, mas somente fatos reconstituídos pelo órgão competente, em processo regular — e que a norma jurídica é um critério oficial de apreciação desses fatos — facilmente chegaremos à conclusão da impropriedade de se falar em conflito de normas. Haveria, quando muito, uma concorrência de valores em competição que disputam a aplicação ao *fato-espécie*.⁴

Tal problema se faz sentir também, nos países do *Common Law*, sendo atribuído à falácia do logicismo jurídico. “*The simplest and the most spectacular type of “fallacy of the logical form is where two or more legal categories or their respective logical consequences, each prescribing different rules, overlap in their application to a particular situation”*”.⁵

A solução ali se alcança através de expedientes a que ROSCOE POUND denominou “jural postulates” — postulados jurídicos —, que nada mais são do que hipóteses de trabalhos, instrumentos técnico-filosóficos, com os quais se busca alcançar a harmonia do ordenamento jurídico.

Nesse particular, o princípio do *ne bis in idem* seria o reitor da problemática do conflito aparente de normas, impedindo a perplexidade da ordem jurídica, no dizer de NELSON HUNGRIA⁶ e funcionando como adinículo técnico filosófico de “jural postulate”.

Como salienta FONTECILLA⁷ se as palavras do legislador sempre refletissem um pensamento preciso e indubitável para cada caso, a simples interpretação literal bastaria para subsumir sem maiores dificuldades, o fato punível no respectivo preceito legal. Mas a realidade é bem distinta. É impossível

4. HANS KELSEN, *General Theory of Law and State*, p. 136.

5. STONE, *The Province and Function of Law*, p. 176, § 17.

6. NELSON HUNGRIA, *Comentário ao Código Penal*, vol. I, p. 133, n. 31.

7. RAFAEL FONTECILLA RIQUELME, *in Justitia*, vol. 37, p. 36.

conceber um sistema legislativo tão mecânicamente perfeito, que as fórmulas legislativas possam compreender em forma exclusiva e precisa, tôdas as hipóteses que nos apresenta a vida real. E surge então o problema interpretativo.

Existe grande semelhança entre o objeto da disciplina autônoma do Direito Internacional Privado e do conflito aparente de normas.

Até mesmo na nomenclatura daquele, existe uma analogia com êste. Enquanto o Direito Internacional Privado, como demonstra AMÍLCAR DE CASTRO, não é nem internacional, nem privado, mas sim, um ramo do Direito Público interno,⁸ o conflito de normas de conflito não tem senão aparência, pois na realidade não há tal conflito.

Outra semelhança, está na nomenclatura da matéria, *Common Law*, onde se denomina *Conflict of Law*, "as an inaccurate equivalent for the less objectionable phrase "choice of law", e na qual também impera a doutrina de que o conflito é fictício, existente apenas na mente do juiz.⁹

O Direito Internacional Privado visa a apreciação de *atos anormais*, em cada jurisdição; é o seu objeto único.¹⁰

Mas que vem a ser o fato anormal?

É aquele que, por qualquer de seus elementos, está em contacto com dois ou mais meios sociais onde vigoram ordens jurídicas independentes.

Ora, dá-se o conflito aparente de normas, *mutatis mutandis*, nas mesmas circunstâncias, quando um mesmo fato *por qualquer de seus elementos*, está em relação com diversas normas que se excluem.

Do mesmo modo, como ao Direito Internacional Privado, cabe apenas indicar o direito que deve ser aplicado, assim também, o objetivo do estudo do conflito aparente de normas é indicar a solução técnica pela qual a *norma reatrix* será apontada como aplicável ao caso, com exclusão das demais.

8. AMÍLCAR DE CASTRO, *op. cit.*, p. 97.

9. *Dicey in Black's Law Dictionary*.

10. AMÍLCAR DE CASTRO, *op. cit.*, p. 65.

Dentro ainda do temário do Direito Internacional Privado, vamos encontrar o capítulo das *qualificações* que apresenta acentuada similitude ao tema central do conflito aparente.

Qualificação é a determinação ou eleição do instituto para a apreciação do fato anormal. É ainda no dizer do mesmo professor,¹¹ a diferença específica das instituições e dos conceitos jurídicos a impedir que, em determinada ordem, sejam tomados uns pelos outros.

Ora, a eleição da *norma reatrix*, que se adotará na apreciação do fato que parece estar em contacto com duas ou mais normas é exatamente o objeto da técnica do conflito aparente de norma.

Fica assim estabelecido que o concurso aparente de normas é problema de eleição de normas “entre as quais existe uma porfia para se apoderar do *fato*”.¹²

Ao próprio Direito Canônico não passou despercebido o problema do conflito aparente, que se efetiva quando há unidade de ação do agente, ou na linguagem específica, “*sine morali interruptione*”.¹³

CAPÍTULO II

A RATIO ESSENDI DO PROBLEMA

Razões de ordem político-filosóficas e técnicas, inspiraram a solução dêste problema a que OSCAR STEVENSON¹⁴ chamou moderna conquista do Direito Penal, uma das contribuições mais conspícuas do tecnicismo jurídico.

De um lado, os direitos humanos, do outro, a técnica jurídica a exigir o equacionamento do problema da dupla punição a um mesmo fato.

11. AMÍLCAR DE CASTRO, *op. cit.*, p. 263.

12. FONTECILLA RIQUELME, *op. cit.*, p. 34. Evidentemente o termo *porfie* está empregado figuradamente.

13. Cf. D. OSCAR OLIVEIRA, *De Delictis et Poenis*, p. 89.

14. *Op. cit.*, p. 30, *in fine*.

Batalhador incansável contra tudo que lhe é hostil, o homem, após vencer o seu inimigo externo, a natureza, declarou guerra ao inimigo interno, o Estado, na feliz expressão de BAUER.¹⁵

A história política do homem pode ser identificada com a luta pelo reconhecimento de seus direitos fundamentais.

Entre êles avulta a *jus libertatis*, não só como a *facultas eundi atque redeundi*, mas também, como o direito ao processo igual, ao *due process of law*.

A primeira e grande vitória nesta luta milenar contra o Estado prepotente e arbitrário foi o estabelecimento da *norma legal*, como base e sustentáculo do Estado de direito.

E, em nenhum outro terreno mais que no direito criminal se faz tão importante a *rule of law*.

O princípio do *nullun crimen, nulla poena, sine lege* ganhou fôros de ecumênico.

Partindo-se dêle, era fácil chegar ao *ne bis in idem*.

Assim é que o princípio foi consagrado nos grandes documentos da história da luta política do homem, na Magna Carta e no Bill of Rights, sendo hoje um dos preceitos da constituição modêlo:

“... nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb”.¹⁶

Ninguém será julgado duas vêzes pelo mesmo fato ou, por outras palavras, um mesmo fato delituoso só pode dar lugar a um procedimento criminal. No mesmo sentido é a expressão de VON LISZT¹⁷ que chama de monstruosidade ao *bis in idem* no processo penal.

Sob o prisma técnico processual, também se impunha tal solução.

A finalidade do processo judicial, como ensina CHIOVENDA é a realização da vontade concreta da lei.¹⁸

15. C. GARCIA BAUER, in *Los Derechos Humanos Preocupacion Universal*, p. 159.

16. *Constitution of the Uited States*, Amendment V, apud CORWIN, *The Constitution and what it means today*, p. 210.

17. VON LISZT, *Tratado de Direito Penal*, p. 158.

18. GABRIEL DE REZENDE, *Curso de Direito Processual Civil*, p. 23.

Ora, a *persecutio in judicio* só se pode fazer através da ação penal — que consubstancia a pretensão punitiva do Estado contra o infrator da ordem jurídica.

Para a possibilidade de êxito da pretensão, faz-se mistér o adimplemento de suas condições, entre as quais figuram a existência de uma vontade da lei e o interêsse de agir.

Inegável a existência do *jus puniendi* do Estado. Mas essa possibilidade jurídica de impor uma pena ao cidadão tem de ser concreta em face da própria lei.

Ela há de estar limitada aos têrmos estritos da própria lei e em harmonia com o ordenamento jurídico.

Assim é que desaparecendo a *neutralidade*¹⁹ do fato em relação a outros, a sua apreciação só poderá ser feita panorâmica no invés de isoladamente. A essência dos fatos descritos ou a técnica da lei os vincula de tal modo, diz RICARDO NUNES²⁰ que cessa a posição neutra e se exclui a aplicação de uma norma em função da outra.

A vontade concreta da lei, de que fala CHIOVENDA, é tão sòmente a manutenção da ordem jurídica. A sanção surge apenas em função dela. Não há interêsse do Estado em infligir muitas penas a quem quer que seja, desde que esta perdeu o seu caráter de castigo e assumiu o de remédio.

A unicidade do bem jurídico lesado, a unicidade de ação,²¹ a hierarquia e dependência da norma,²² a compreensão,²³ está (sic) a exigir regras particulares, ditados expressamente pelo legislador, concebidos pela ciência ou deduzidas da natureza das relações a que se referem.²⁴

Ne bis in idem, um só fato só pode dar nascimento a um só procedimento criminal.

19. *Ibidem*.

20. RICARDO NUÑES, *Derecho Penal Argentino*, p. 235 e segs.

21. STEVENSON, op. citado, *ibidem*.

22. HUNGRIA, op. citado, *ibidem*.

23. LISZT, op. citado, *ibidem*.

24. ROBERTO RUGIERO, in *Instituições de Direito Civil*, falando a respeito do conflito intertemporal e interespaçial de leis.

A pretensão punitiva do Estado só se exerce em relação ao fato como um todo interdependente.

Ora, para o direito, o fato em si mesmo não tem maiores conseqüência. Só é fato, processualmente falando, aquêle declarado tal pela autoridade jurisdicional. Ao processo interessa sim, a verdade *formal*, a verdade processual: "*quod non est in actis, non est in mundo*".

Ensina RICARDO NUÑES,²⁵ que o concurso aparente de normas se efetua por uma de duas razões:

- a) quando há uma relação ontológica entre as figuras;
- b) quando há uma relação jurídica entre elas que tècnica-mente impede a sua aplicação simultânea.

No primeiro item, estão os casos de especialidade e de consunção.

No segundo, o de subsidiariedade e de alternatividade.

Para MAGALHÃES NORONHA,²⁶ o fundamento do conflito de normas repousa não em uma razão, ontológica, mas em razões de eqüidade;

"não porque isto seja impôsto por um rígido conjunto de lógica, mas porque a aplicação de tôdas as normas concorrentes chochar-se-ia, com a necessidade prática de avaliação do fato. E encontrar-nos-íamos em colisão com as mais elementares exigências da justiça".

Todos, porém, estão acordes em que o conflito de normas é apenas aparente, porque, em verdade, não há tal conflito.

CAPÍTULO III

INCIDÊNCIA DO CONFLITO DE NORMAS

Dá-se o conflito de normas segundo MEZGER,²⁷ quando uma ação cai sob várias normas que se excluem entre si.

Pela sua incompatibilidade, um dos pontos de vista é inteiramente consumido por outro.

25. *Op. cit.*, p. 225.

26. *Op. cit.*, p. 349, vol. I.

27. *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, p. 379.

ANÍBAL BRUNO,²⁸ salienta que essas disposições devem estar em vigor ao mesmo tempo e não ser sucessivas.

A unicidade do fato, como unidade simples ou complexa do comportamento humano e a identidade na caracterização do fato como delituoso, por uma pluralidade de normas, são pressupostos sem os quais inexiste o problema.²⁹

Ficam, portanto, desde já, afastados da incidência do conflito os problemas do conflito interespacial, intertemporal, bem como os casos de concurso material e formal de delitos.

A nosso trabalho interessa precìpuaente o caso de conflito entre disposições da parte especial, ou seja, o funcionamento das figuras delitivas entre si.³⁰

Sobreleva nêle o problema da tipicidade.

Nem por isso se há de omitir uma referência aos dois outros tipos de conflito de que fala RIQUELME.³¹

O problema do concurso aparente de normas incide sobretudo nos chamados *crimes complexos*³² e *crimes progressivos*, verdadeiras unidades irredutíveis³³ e na progressão criminosa.

O crime complexo é aquêle cujo conteúdo material inclui, como elementos constitutivos ou circunstâncias agravantes, fatos ou mesmo um fato representativo de crimes.

O crime progressivo ou de passagem, consiste na comissão de atos de gravidade crescente contra o mesmo bem jurídico, passando de uma espécie menos grave para outra mais grave: não seria possível cometer o delito maior sem o menor.

Sobreleva nêles a unidade simples ou complexa da ação, e a ação pode ser tanto singular quanto plural.

28. *Direito Penal*, tomo I, vol. I, p. 259.

29. STEVENSON, *op. cit.*, p. 31.

30. NUÑES, *op. cit.*, p. 225.

31. *Op. cit.*, *ibidem*. Trata-se do conflito da parte geral entre si e desta com a especial.

32. In contrário, FONTECILLA RIQUELME que os considera excluídos da órbita do Concurso.

33. STEVENSON, *op. cit.*, p. 33.

VON LISZT³⁴ já observava que uma pluralidade de atos pode apresentar-se ante a consideração do Direito Penal, como um delito único. Neste caso a unidade deve ser considerada e tratada como tal em tôdas as relações jurídicas.

Cita o ilustre catedrático da Universidade de Berlim, dentre outros, os seguintes casos de unidade de delito:

I. *nos crimes compostos (Zusammengesetes Verbrechen)* i.e, naqueles fatos que a lei considera unitários, quando em verdade são dirigidos contra bens jurídicos diversos. Ex. — o Roubo = furto + violência à pessoa).

II. *os delitos meio*, i. é, aquêles que servem de meio para a comissão de outro. (Ex. violação de domicílio e danos às coisas, no caso de furto com destruição de obstáculo).

III. *os delitos que se apresentam como uma realização da intenção necessária* para o conceito de outro crime. (Ex. apropriação da coisa conseguida por meio de furto). Neste caso, só se pune o primeiro fato.

Merece também especial atenção o problema dos chamados *ante-fato* ou *pós-fato (Straflose Vor Und Nachtat)* não puníveis.

ANÍBAL BRUNO o considera distinto do concurso aparente de normas.³⁵

Nêles há sempre pluralidade de ações mas que obedecem a uma linha unitária de procedimento.

Não gozam de independência jurídica.

Por constituírem preliminares ou complementos de fato principal, não adquirem consistência jurídica.

MEZGER³⁶ alinha entre êles os atos preparatórios, a tentativa, a participação e tôdas as ações por meio das quais se realiza a intenção, executadas pelo mesmo autor do ato principal.

34. *Op. cit.*, p. 143.

35. *Op. cit.*, p. 263: em sentido contrário FONTECILLA RIQUELME, *op. cit.*, p. 502, NELSON HUNGRIA, *op. cit.*, p. 136.

36. *Op. cit.*, p. 368.

Exemplifica o citado autor com o primeiro disparo do agente em relação ao homicídio, o roubo com danos materiais.

Exclui êle, taxativamente, o furto da arma para matar.

NELSON HUNGRIA,³⁷ observa que o ante e o pós fato são impuníveis, mesmo no caso em que não haja unidade de fato ou um só contexto de ação, pressuposta a *unidade de agente*, nas seguintes hipóteses:

I — no caso do crime meio v.g. a falsidade ideológica como instrumento do crime de bigamia; o furto simples absorvido pelo estelionato de venda da *res furtiva*.³⁸

II — no caso da linha de atuação: Ex. o fabrico de moeda falsa e a introdução no mercado.

III — no caso da realização dos verbos alternativos, previstos em u'a mesma figura típica. Exemplos: quem depois de instigar, auxilia o suicídio; quem além de subtrair um livro público, o destrói ou inutiliza.

IV — quando a lesão torna indiferente o fato posterior: (Ex. a destruição da *res furtiva*).

STEVENSON³⁹ classifica o ante e o pós fato como indiferentes em dois casos:

a) quando a norma o considera necessário para a consumação delituosa.

b) quando constitui acontecimento ordinário (*id quod plerumque accidit*).

37. *Op. cit.*, p. 137.

38. Para MEZGER, o problema é de apreciação axiológica ou valorativa da realidade fática. Sobretudo nos chamados delitos de intenção, há de se ver se, na realização da intenção, surge um nôvo *desvalor delitivo*. Assim, a subsequente destruição da coisa pelo ladrão, indubitavelmente, se consome no furto.

Também, existe um nôvo *desvalor delitivo*, quando mediante o ato posterior é lesada nova pessoa, como condutas uma ao lado da outra.

Ex. furto e venda, da *res furtiva*.

Em sentido contrário ao do texto, SOLER, que considerava a venda da *res furtiva*, como *id quod plerumque accidit*.

O furto é que absorve o estelionato.

39. *Op. cit.*, p. 42.

Assim, v.g., no primeiro caso, o fabrico da moeda em relação à circulação e no segundo, a venda ou a destruição da coisa furtada.⁴⁰

Voltaremos a tratar do ante e do pós fato, ao tratarmos do princípio da consunção. Observamos finalmente, que se trata de fatos que se sucedem temporalmente, caindo sob leis distintas e que devem ser resolvidas de modo concreto e prático.

CAPÍTULO IV

ORIGENS

Coube a ADOLFO MERKEL, jurista alemão, delinear os contornos da teoria.

Conforme ensina o mestre germânico,⁴¹ há três hipóteses em que se verifica o conflito aparente de normas: a) se duas normas contiverem o delito de modo alternativo; b) se uma delas fôr especial; c) se uma delas fôr subsidiária.

Coube ao gênio alemão, desenvolver a teoria, através de MEZGER, LISZT, BINDING, BELING, HIPPEL e HONNIG.

Na Europa, SOLER, o fêz com sapiência digna de sua prosápia.⁴²

O tema é nôvo na ciência do Direito Penal e controvertido na sua formulação.

Não existe mesmo acôrdo entre os tratadistas sôbre o número e o nome dos princípios que determinam a *norma rectorix*, cuja aplicabilidade afastará a dos demais, em face do princípio informativo do *ne bis in idem*.

FROSALI e MORO⁴³ reduzem-nos a dois: especialidade e subsidiariedade: HAFTER⁴⁴ a dois: especialidade e consunção; MEZGER também a dois: especialidade e consunção; SAUER

40. No mesmo sentido, RANIERI e ZIMMERL, *apud* STEVENSON.

41. *Apud* STEVENSON, *op. cit.*, p. 30.

42. FONTECILLA RIQUELME, *op. cit.*

43. *Apud* STEVENSON; ALDO MORO *in* Unità e Plurclità di Reati.

44. *Ibidem*.

tem por supérfluo o da alternatividade;⁴⁵ SOLER⁴⁶ reconheceu três: especialidade, subsidiariedade e exclusividade (que engloba a alternatividade e a consunção).

VON LISZT,⁴⁷ HONIG⁴⁸ e NUÑES,⁴⁹ consideram quatro princípios: especialidade, consunção, subsidiariedade e alternatividade. No mesmo sentido, os escritores nacionais.⁵⁰ Passemos a considerá-los de per si.

CAPÍTULO V

FUNCIONAMENTO DAS FIGURAS DELITIVAS ENTRE SI

Princípio da Especialidade

Segundo a lição do ilustre professor argentino,⁵¹ o concurso aparente de normas se efetiva por uma de duas razões:

- a) quando há uma *relação ontológica* entre as figuras;
- b) quanto há uma *relação jurídica* entre elas que *técnicamente* impede a sua aplicação simultânea.

No primeiro caso, estão os princípios da especialidade e de consunção.

No outro, o de subsidiariedade e de alternatividade.

Um dos objetos da ontologia é exatamente o estudo da unidade do *ens*.⁵²

Ensina a ontologia que a *essência* de alguma coisa é aquilo que imediatamente se apresenta ao espírito humano, a respeito dessa coisa, "*Id quod in aliqua re per se primo intelligitur*".

É o que a coisa é necessária e primeiramente.

45. Ibidem.

46. Ibidem.

47. *Op. cit.*, p. 157.

48. *Apud*, FONTECILLA, p. 41.

49. *Op. cit.*, p. 225.

50. NELSON HUNGRIA; OSCAR STEVENSON; ANÍBAL BRUNO, estuda apenas os 3 primeiros.

51. NUÑES, *op. cit.*, p. 225.

52. JACQUES MARITAIN, *Introdução Geral à Filosofia*, p. 112.

Assim, o *parricidium* é antes de tudo um *hominis occisio*, como qualquer homicídio.

É de sua essência ser um homicídio. Mas dêste se distingue pela *diferença específica* de que é dirigido contra o pai.

A essa diferença específica, denominamos ESPECIALIDADE.

É ela que faz com que a norma geral, nela necessariamente compreendida, perca a sua autonomia e sua neutralidade, face ao princípio do *ne bis in idem*.

Segundo o princípio da especialidade, "*Lex specialis derogat generalis* ou *Genus per speciem derogatur*".

A lei especial derroga a geral, o gênero se derroga pela espécie.

A precedência da *lex specialis* funda-se, também, em razões lógicas.

A especialidade de uma norma se deduz só e sempre de uma comparação dos tipos delituosos entre si, tomados *in abstracto*.⁵³

Tôdas as características do "*typus generalis*", se encontram contidos no "*typus specialis*" que, por sua vez, contém característicos ulteriores.

O "*typus specialis*", contém em si um "quid speciei", em relação ao "*typus generalis*".

Daí tornar-se êle *norma reatrix*, em relação à *generalis*, cuja aplicação êle exclui.

A "*lex generalis*", perde a sua independência jurídica perante a "*lex specialis*", na qual se acha compreendida.

Trata-se de uma relação "*genus ad speciem*", estando aquêle nesta contido.

A especialidade se aplica principalmente nos chamados "crimes qualificados" ou nos chamados "*delicta excepta*", ou crimes privilegiados.

Como salienta "NUÑES,⁵⁴ nestes casos, a norma excluída serve apenas de base em relação à "*norma reatrix*"

53. MEZGER, *op. cit.*, p. 379.

54. *Op. cit.*, p. 225.

Assim, ofender a integridade e física de alguém, constitui o “*nomem juris*” do art. 129 do C. Penal Brasileiro.

Mas se alguém ofende a integridade de outrem, causando-lhe perigo de vida, terá incorrido apenas em um crime qualificado. Do mesmo modo, se alguém ofender a integridade física de outrem, impellido por motivo de relevante valor moral, terá incorrido só nas penas do “*delictum exceptum*” do art. 129, § 4º.

O “*typus specialis*” neutraliza o “*typus generalis*”, retirando-lhe o seu *valor delitivo*.

É nesta qualificação que ressalta a grande importância da teoria da tipicidade para o problema do *concursum normarum*.

VON LISZT, exemplifica com a falsificação de documento de identidade com intuito de facilitar o seu objetivo, que não deve ser tratada como simples falsificação de documento, mas como de falsa identidade.

Resta salientar que o diploma penal brasileiro consagra no art. 10, o princípio da especialidade, em relação às regras gerais, do mesmo e às leis especiais.

Por êste motivo, nos parece afastada da boa doutrina a sentença do ilustre juiz eleitoral de Brasília, que julgando processo criminal eleitoral por inscrição fraudulenta, condenou a ré, nas penas da falsidade ideológica. Ora, para a caracterização do tipo descrito no diploma eleitoral, art. 175, V, “inscrever-se fraudulentamente eleito”, mistér se faz o de falsidade ideológica.⁵⁶

No mesmo sentido, é a opinião de JIMENEZ DE ASUA,⁵⁵ “Los jueces cubanos han tenido ocasión de ocuparse del tema de *especialidade* em alguno casos interesantes. Citemos, ante todo, la sentencia del Tribunal Supremo de 1º de febrero de 1936, em que resuelve la primacía especial del delito de perjurio. He aqui, textualmente, el “Considerando”, primero del citado fallo: “Que de los hechos probados de la sentencia recurrida

55. *Tratado de Derecho Penal*, LUIZ JIMENEZ DE ASUA, tomo II, p. 552.

56. Confirmado pelo Tribunal Regional Eleitoral do D.F., Brasília, julho de 1964.

no aparece que el processado haya cometido un delito de perjurio electoral porque se bien juró al pedir su inscripción, también el inciso segundo del artículo doscientos ochenta y ocho del Código Electoral prevé el delito de inscripción doble y como para pedir toda clase de inscripciones hay que jurar, es visto que el legislador en este caso quiso sancionar el hecho de la inscripción doble prescindiendo del juramento, porque de lo contrario no hubiera previsto este delito concreto, y com cuando um hecho esta previsto en um precepto general que comprende casos diversos y en un está previsto en um que contien un solo caso, hay que estar al caso concreto, es necessario convenir que el procesado cometió el delito de inscripción doble en un mesmo barrio y no el de perjurio”.

CAPÍTULO VI

PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO

Razões ontológicas também informam o princípio, segundo o qual “*Lex consumens derogat legi consumptae*”.

Trata-se aqui de uma questão *in concreto* do *ens criminis*. Diz respeito à própria existência do crime.

Na sua configuração entram elementos de ordem substancial e accidental.

Substância se define como uma coisa ou natureza à qual convém existir em razão de si mesmo e não em outra coisa.⁵⁷

A substância de Pedro é aquilo pelo que Pedro existe, enquanto Pedro. Se sua substância mudar, por exemplo, se seu corpo se transformar num cadáver, Pedro não mais existirá.

A substância de um crime é aquilo pelo que o crime existe enquanto crime.

Se, se lhe tirar a sua antijuricidade, não mais existe o crime.

Já o *accidente* é uma natureza ou essência à qual convém existir em outra coisa.⁵⁸

57. JACQUES MARITAIN, *op. cit.*, p. 131.

58. *Idem*, *ibidem*.

A vontade humana é um acidente, se bem que necessário.

Do mesmo modo, no crime de sedução, a menoridade da vítima e a prática de atos libidinosos (o que configura a *corrupção de menores*) são acidentes.

No furto qualificado, com destruição de obstáculo, o dano é um acidente.

O *accidens* pode ser necessário ou contingente conforme seja indispensável ou não ao sujeito.

O crime progressivo, por exemplo, é formado de certos elementos acidentais, que implicam a existência de outros crimes.

Entretanto, pelo fato de tais elementos estarem unidos, *necessária* ou *continentemente* à sua *unitas progressionis*, fala-se em apenas um crime.

O homicídio,⁵⁹ pressupõe um momento anterior, que é o da lesão corporal que, por sua natureza e sede, causou a morte.

A figura menos grave está contida na mais grave.

No crime de estupro, v. g., passa-se da ameaça (art. 147), à ofensa, à liberdade sexual.

E nem por isso se pune o seu autor por dois crimes.

O “*typus lenior*”, nestes casos, perde a sua neutralidade e é absorvido pelo “*typus gravior*”.

Nestes casos, diz-se que a norma consumidora é *rectrix* em relação à norma consumpta.

Não é unânime a opinião dos autores em relação ao princípio. SOLER o considera uma espécie do gênero exclusividade,⁶⁰ ao lado da alternatividade.

VON LISZT⁶¹ o chama absorção, MEZGER⁶² e NUÑES⁶³ o denominam consunção.

59. Exemplo de FREDERICO MARQUES, *Curso de Direito Penal*, vol. II, p. 364.

60. SEBASTIÃO SOLER, *Derecho Penal Argentino*, Tomo II, p. 165.

61. *Op. cit.*, p. 158; *idem* LYDIO M. BANDEIRA DE MELO.

62. *Op. cit.*, p. 379.

63. *Op. cit.*, p. 225.

Dá-se a consunção quando uma norma inclui em si o desvalor delitivo de outra, o que exclui a aplicação desta, sem que haja uma relação de gênero a espécie.

A norma reatrix como que consome ou absorve a outra norma.

É, v.g., o caso do furto qualificado, com destruição de obstáculos à subtração da *res*, em que a figura delitiva principal — fruto — absorve a de dano, que entra acidentalmente na sua configuração.

Há entre a *lex consumens*, e a *lex consumpta*, uma relação *accidental*, de continência, i. e, uma compreende a outra como parte integrante sua, não necessária à sua essência.

MEZGER,⁶⁴ considera a consunção, não como uma decorrência de princípios lógicos, mas como um resultado de uma apreciação valorativa “in concreto”.

É ainda o citado autor que considera os casos de consunção como os de proteção heterogênea a um mesmo bem jurídico.

A consunção sucede nos casos em que as figuras têm uma relação de mais a menos, de parte a todo, de imperfeição a perfeição e de meio a fim; salienta SOLER.⁶⁵

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

Tais crimes se caracterizam como verdadeira progressão criminosa cujo *iter criminis* vem pontilhado de fatos, às vezes, típicos, até atingirem o grau máximo na “*meta optata*”.

Podem ser representados como uma linha reta que no fim se engrossa.

Neste caso o estupro que, cometido contra mulher menor de 18 e maior de 14, absorve a corrupção.

Do mesmo modo, os crimes de injúria e calúnia, quando conjugados e colocados no mesmo “*itercriminis*”.

Vêm-se no fôro, com muita freqüência, ações conjuntas por *calúnia* e *injúria*, quando esta, na realidade, no contexto

64. *Op. cit.*

65. SOLER, *op. cit.*, p. 165.

da ação, não tem um valor independente, senão como preparativo ou decorrência do "*crimen maius*".

Trata-se evidentemente de uma *quæstio facti*, podendo-se, entretanto, afirmar com SOLER⁶⁶ que quando gradualmente se passa da simples imputação injuriosa (*delictum lenius*) à caluniosa (*delictum gravius*) se tenha percorrido um caminho cuja *meta optata* é o último fato, ante cuja gravidade os menores se absorvem.

Em famosa decisão, reportada na "Gaceta del Foro", 1926, IV, 32 e citada por SOLER,⁶⁷ a cõrte levou o princípio da absorção a tal ponto que declarou *inexistente* o crime de injúria, por não existir o de calúnia, provada que foi a "*exceptio veritatis*".

Note-se a extensão dada pelo tribunal ao princípio da absorção, criando mesmo um caso de *conflito negativo de normas*.

É que, como profundamente salienta o autor argentino, em todos os casos de conflito aparente de leis, o que fica absorvido são as figuras ou os fatos aparentemente autônomos.

O Direito Canônico, cita o seguinte exemplo: se alguém "*sine morali interruptione*" durante um dia inteiro espancasse um clérigo, incorreria num único crime de *excommunico*. Pelo contrário, haveria um "*concursum delictorum*" se houvesse essa interrupção moral.⁶⁸

No mesmo sentido a provocação do duelo, seguida de sua aceitação e realização. A simples provocação é um delito. Mas seguindo-se a sua realização, há um só crime.

VON LISZT⁶⁹ que chama ao princípio ABSORÇÃO, cita como exemplo: a) a punibilidade da participação é excluída pelo ato principal; b) a da coautoria pela instigação; c) a do *conatus* e dos atos preparatórios pelo da consumação; d) a punibilidade do perigo pela lesão;⁷⁰ e) a das lesões corporais pelo duelo, homicídio, etc...

66. *Op. cit.*, p. 152.

67. *Ibidem*.

68. D. OSCAR OLIVEIRA, in "*De Delictis et Poenis*", p. 90.

69. *Op. cit.*, p. 158.

70. Vide crítica in contrário.

Merece especial destaque, a afirmação de que o crime consumado consome a tentativa.

O problema tem primeiramente de ser equacionado. Quando se afirma isso, o que se quer dizer é que a consumação do fato típico consome o antefato frustrado, igualmente típico. Não significa que a consumação absorva a tentativa do crime que se consumou, sem tentativa frustrada.

Êste parece ter sido o equívoco de MORO,⁷¹ ao afirmar que a impunidade do *conatus*, nada tem a ver com a concorrência aparente de normas.

Não significa a assertiva tampouco que configura a tipicidade de um *nomen juris*, v.g., *lesão corporal*, não se configura o *canatus* de outro *nomen juris*, v.g., homicídio.

A propósito, vem o ensinamento de MAURACH,⁷² segundo o qual o acontecer criminoso só conserva caráter de unidade, através de resultado unitário, enquanto a vontade da ação e a ação mesma, na maneira e condições em que se realiza, variam, como acontece no caso de quem tenta matar o inimigo com um tiro, mas o tiro falha e o autor desiste de seu intento e só alguns dias depois, mata o adversário, movido por nôvo dolo. Havendo esta *moralis interruptio*, de que fala o Direito Canônico, exclui-se a unidade de ação. Há pluralidade de fatos e genuíno *concurso delictorum*.

Por fim, vêm os casos de reais ante-fatos puníveis, em que há pluralidade de fatos, mas sem concurso real, devido à *unitas* da ação. Ê o que acontece a quem com o "animus neccandi", dispara contra a vítima e não atingindo o alvo, mune-se de nova arma e mata dias depois, a seu adversário.

Quanto à relação existente entre os crimes de perigo, e os de dano, discordamos que seja ela regida pelo princípio da absorção, ao contrário do que ensinam LISZT, SOLER, STEVENSON e HUNGRIA.

Preferimos ficar com ANÍBAL BRUNO e MEZGER que advogam a tese de que são *subsidiárias*, as leis que definem os crimes de perigo, em relação aos crimes de lesão.

71. Citado por STEVENSON, *op. cit.*

72. *Apud*, ANÍBAL BRUNO.

É que entre a simples *possibilidade*, de uma ofensa a um bem jurídico e a *efetiva lesão*, existe apenas uma questão de refôrço uma questão residual, um movimento apenas.

É aqui que evulta o problema do *bis in idem*.

Compare-mo-los "grosso modo", à teoria do ato e da potência.

Como salienta MARITAIN,⁷³ o ato e a potência estão na mesma linha, ie, ambos na linha da substância ou na linha do acidente. É evidente que todo ato que completa e especifica uma potência deve ser da mesma ordem que esta.

Não se trata aí de absorção de um em outro.

O que há, sim, é um *motus*, quando se passa da simples ameaça (ou risco) à lesão efetiva ou (ao dano).

Ousaríamos afirmar que no crime de perigo há tão só um *dolo eventual*, ao passo que no crime de lesão há um *dolo direto*.

Naquele se assume o risco, neste se quer o resultado.

Não há entre eles uma absorção, mas sim, um movimento ou uma *mudança*.

O crime de perigo atua tão sòmente como uma reserva do crime de lesão.

Entre a capacidade de ser (delito de perigo) e o ato lesivo (delito de lesão ou dano), medeia uma relação residual, existe uma reserva.

O movimento é que transforma um em outro.

Resta focalizar, novamente o problema do ante e pós fato impuníveis, formadores da progressão criminosa.⁷⁴

PANNAIN,⁷⁵ se opõe à teoria, concluindo que ela nada tem a ver com a consunção.

Quem melhor a estudou foi HONIG⁷⁶ em sua obra "Straflase Von und Nachtat", atos anteriores e posteriores impuníveis.

73. JACQUES MARITAIN, *op. cit.*, p. 143.

74. FREDERICO MARQUES, *op. cit.*

75. *Apud* STEVENSON, objetam a ela ainda MAGGIORE, SPIEZJIA e FALCHI.

76. FONTECILLA RIQUELME, p. 50.

Aceitam a denominação BELING, HIPPEL, HOFFNER, KÖHLER, LISZT-SCHIMIDT, MAYER.⁷⁷

ATOS ANTERIORES

Consideram-se impuníveis, face a sua indiferença penal, os atos anteriores necessários à tipicidade de um *delictum maius*. São os chamados crime meio ou delitos de trânsito.⁷⁸

Citam-se como exemplo, falsidade ideológica em relação à bigamia; a posse da chave falsa em relação a furto qualificado.

A venda da “res furtiva” tem sido considerada pela maioria dos autores como um pós-fato impunível, em relação ao *furtum*.

NELSON HUNGRIA, ao contrário da maioria dos autores inverte o tratamento e considera o *furtum* como o ante-fato não punível.

Na mesma linha de HUNGRIA, o prof. LYDIO MACHADO BANDEIRA DE MELO⁷⁹ que considera a subtração com o fim de destruição, como um só elemento típico: art. 163.

Também o estelionato, com a precedente falsificação de documento público.

O estelionato, “absorveria” o ante fato falsificação.

Salienta o citado neste que se o ante fato acarretasse o dano a terceiro, haveria 2 crimes.

Ainda a fabricação de moeda falsa, absorveria a sua introdução na circulação, a bigamia, o de falsidade ideológica.⁸⁰

Os autores excluem da impunibilidade o ante fato, no caso de furto de arma para matar e o *estado contravencional* de porte de armas para matar.⁸¹

77. FONTECILLA RIQUELME.

78. MEZGER, *op. cit.* NOTA: Não confundir com os delitos de automóvel.

79. LYDIO MACHADO B. DE MELO, *Manual de Direito Penal*, vol. 4, p. 33.

80. Idem, *ibidem*.

81. Veja-se STEVENSON, *op. cit.*, p. 43, em que se cita a ARY FRANCO.

ATOS POSTERIORES

São impuníveis os fatos posteriores que incidam na mesma linha de conduta do agente, bem como aquêles indiferentes ao bem jurídico já lesado.

Idêntico tratamento tem o delito que se apresenta como uma realização da intenção necessária para o conceito de outro delito. Ex. apropriação da coisa, conseguida por furto. Neste caso, só se pune o primeiro delito.⁸²

Os fatos posteriores tornam-se irrelevantes em face da lesão já consumada.

MEZGER,⁸³ chama a atenção para o fato de que a impunidade do ante e do pós fato não pode ser resolvida à luz de critério abstrato, mas no casuísmo do concreto.

Salienta também, que a incidência do “Stroflose Vor und Nachtat” se dá sobretudo nos chamados *delitos de intenção*.

Daí dizer, não sem certa razão o Prof. BANDEIRA DE MELO⁸⁴ que neste tipo de crime, como o do ladrão que furta para destruir, apenas se realiza um *nomen juris*, o de dano. Ao furto faltam certos *elementos típicos*, no caso o “*animus retinendi vel furandi*”.

Finalmente, o pós fato não tem relevância jurídica quando constitui acontecimento ordinário, “*id quod plerum accidit*”, como a venda da coisa furtada no exemplo de ROBERTO LYRA FILHO.⁸⁵

A propósito da venda da res furtiva, já observamos o tratamento *sui generis*, que lhe dá HUNGRIA, considerando impunível o ante-fato (furto).

SOLER⁸⁶ entende que o pós-fato deve ser considerado estritamente i.a, que seja um verdadeiro ato posterior, para se tornar impunível, como no caso da venda do produto do furto.

82. LISZT, *op. cit.*, VEV. (p.).

83. *Op. cit.*, p. 379.

84. *Op. cit.*, p. 33.

85. In *Elementos de Teoria Geral do Direito Penal*, 7ª unidade, UNB, Universidade de Brasília, DCH, Setor de Direito, p. 9.

86. *Op. cit.*, p. 154.

Cita êle, como exemplo, de pós e ante-fato punível: o estelionato de venda ao próprio dono, bem como quando se subtrai um revólver para matar ou se subtrai para aparentar prosperidade e depois então, vender ou destruir.

CAPÍTULO VII

PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

De acôrdo com o princípio da subsidiariedade, “Lex primária derogat subsidiariae”. A lei primária derroga a subsidiária.

Diz-se subsidiária (do lat. subsidium, reserva, refôrço), a norma que atua como reserva de outra.

A principal diferença entre a especialidade e a subsidiariedade reside em que aquela se verifica *prima facie, in abstracto*, enquanto esta só se verifica in concreto e depende de um juízo axiológico ou de valoração.

Entre a “lex specialis” e a “lex generalis” há um “quid speciei” ou uma relação “genus ad speciem”, entre a “Lex primaria” e a lex subsidiaria” existe apenas um “motus”.

Especial interêsse revestem no caso os chamados *delitos de perigo* em relação aos *delitos de lesão*:⁸⁷ êstes incluem em si o desvalor delituoso dos primeiros.

Assim, o “nomen juris” do art. 132, perigo para a vida ou a saúde de outrem, é subsidiário em relação a um crime de lesão efetiva, como por exemplo o de lesões corporais.⁸⁸

A subsidiariedade pode resultar de disposição legal ou da valoração *in concreto*.

Diz-se então que é expressa, no primeiro caso ou tácita, no segundo.

Ê expressa a subsidiariedade do art. 132, pois a própria lei diz “se o fato não constitui crime, mais grave”.

87. MEZGER, *op. cit.*

88. HELENO FRAGOSO, in *Lições de Direito Penal*, vol. I, p. 109.

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

O dolo eventual poderá constituir uma tentativa de lesão corporal ou o crime consumado do perigo para a vida ou saúde.

Se a moléstia vem a transmitir-se, haverá apenas lesão corporal.

Trata-se de concurso aparente de normas, em que o crime de perigo fica substituído pelo de dano (subsidiariedade).⁸⁹

Do mesmo modo os crimes de simulação de autoridade para celebração de casamento (art. 238), e simulação de casamento (art. 239)⁹⁰ podem ser subsidiários, o 1º do 328 — (usurpação de função pública) e o 2º do art. 215, (posse sexual mediante fraude).

Preleciona o citado mestre que é pela subsidiariedade que se desaplicam as normas de fatos englobados nos chamados crimes complexos. Por exemplo, o roubo é o somatório de furto + ameaça + constrangimento ilegal. Não positivado um dêesses tipos, o agente responde subsidiariamente pelos outros.

Para HONIG⁹¹ a essência da subsidiariedade em que ela representa estágios de ataque contra o mesmo bem jurídico.

RICARDO NUÑES⁹² entende que o princípio da subsidiariedade resulta exclusivamente de *técnica legislativa* e só admite a *subsidiariedade expressa*, como no caso do art. 150, do C.P., argentino, “se não resulta crime mais severamente apurado”.

CAPÍTULO VIII

PRINCÍPIO DA ALTERNATIVIDADE

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

89. Idem, *op. cit.*, p. 106 e segs.

90. Idem, *op. cit.*, vol. 3, p. 566.

91. *Apud*, MEZGER, *op. cit.*, p. 384.

92. *Op. cit.*,

Ex. a apropriação indébita e o furto se reproduzem nas duas variações de peculato doloso que é um ou outro destes delitos qualificados pela condição pessoal de funcionário, por parte do sujeito ativo.⁹³

A tônica da alternatividade está na analogia ou na similitude das figuras delitivas.

A alternatividade não é reconhecida pela maioria dos tratadistas.⁹⁴

Entre os autores pátrios, apenas STEVENSON lhe dá maior atenção.

Para êle “justifica-se o princípio da alternatividade. Até mesmo serve como prova de exação dos resultados a que se chega no emprêgo dos demais princípios reitores da aparente concorrência de normas”.⁹⁵

Para SOLER, a alternatividade é ao lado da consunção, uma forma de *exclusão*.

“La relación alternativa es aquella en la que dos figuras reciprocamente se excluyem por incompatibilidad con relación a un mesmo hecho, el cual solamente puede encuadrar em la una o en la outra. El apoderamiento de una cosa solamente puede juzgar-se como hurto o apropiación indebida; pero es imposible que un mismo hecho puede tener esse doble enquadramento.”⁹⁶

Para LISZT,⁹⁷ dá-se a alternatividade (Alternativitat) quando os delitos cujos conceitos contêm caracteres opostos se excluem mutuamente.

Assim, o assassinato em relação ao homicídio, furto em relação à apropriação indébita.

93. ROBERTO LYRA FILHO, *op. cit.*, p. 10.

94. No Brasil: BASILEU GARCIA, MAGALHÃES NORONHA, FREDERICO MARQUES, ANÍBAL BRUNO, NELSON HUNGRIA. No exterior: RANIERI, MAGGIORE, GRISPIGNI, e outros.

95. *Op. cit.*, p. 46.

96. *Op. cit.*, p. 150.

97. *Op. cit.*, p. 158.

Chamamos a atenção a posição de RICARDO NUÑES,⁹⁸ que considera a alternatividade como um caso típico que opera em virtude do princípio *ne bis in idem*.

Quando reunido em um mesmo dispositivo, várias figuras, a lei declara implicitamente que para a aplicação da pena estabelecida é suficiente que se incorra em qualquer dos verbos típico ali descritos. Assim, no caso do art. 337 do C.P., em que se fala em *subtrair* ou *inutilizar* livro oficial, processo ou documento. Se o agente além de subtrair, inutiliza os citados objetos, incorrerá só uma vez nas sanções ali cominadas.

Em verdade, ao contrário do que acontece com os demais princípios, na alternatividade não se aplica só uma figura por exclusão da outra, mas, pelo contrário, a aplicação de uma, não impede a das outras, mas esta aplicação simultânea, resulta inoperante em relação à pena.

Para FONTECILLA RIQUELME,⁹⁹ dois preceitos legais se encontram em relação alternativa, quando sendo diversos os tipos, as figuras delitivas são idênticas.

Como se vê, FONTECILLA não aceita a teoria de NUÑES, pois enquanto para êste os tipos são idênticos, para aquêle a condição é que haja *diversidade de tipos* e identidade de figuras delitivas.

Ê o caso apresentado por ASUA, ao art. 468 e 197 do C.P. Chileno.

Aquêle versa sôbre patrimônio, êste se refere à fé pública.

Na valoração dos bens jurídicos lesados é que se vai aplicar o mais importante como norma de cultura do Estado.

Aqui teria aplicação relativa, o princípio criminal de que "Poena maior absorbit minorem", observado o critério valorativo, de comparação entre as diversas lesões jurídicas.

STEVENSON, considera os casos de alternatividade própria-mente dita e de alternatividade extensiva.

A primeira dá-se v.g., no caso do furto e do peculato culposo.

98. *Op. cit.*, p. 226.

99. *Op. cit.*, p. 44.

Se o funcionário responder por peculato, é óbvio que não poderá responder por furto. *Ne bis in idem*.

A segunda dá-se nos chamados crimes *equipolentes não congêneres* i. e, infrações em que se revelam elementos comuns de estreita afinidade e até de identidade substancial¹⁰⁰ v. g., o citado exemplo da apropriação indébita e do furto, favorecimento real e receptação.

Algumas dessas hipóteses, podem-se resolver pelos demais princípios, entretanto, o ângulo visual da alternatividade é outro.¹⁰¹

CAPÍTULO IX

DIREITO COMPARADO

À guisa de Direito Comparado e como complemento a êste trabalho, vejamos como o problema do “bis in idem” é tratado em diferentes ordens jurídicas.

Evidentemente o fazemos “à vol d’oiseau”, em razão das circunstâncias.

Direito Americano

Estabelece a constituição dos Estados Unidos, em sua Emenda nº 5, que ninguém será julgado duas vezes pela mesma ofensa.

Êste dispositivo constitucional tem sido construído como uma proteção ao acusado, no sentido de assegurar-lhe um tribunal regular e competente para proferir julgamento a seu respeito, como uma variedade do “due process of law”.¹⁰²

Diríamos mesmo que seria uma variante do respeito à “res judicata”, na concepção anglo americana.

Como se sabe, cabe aos Estados da Federação o processo e julgamento dos crimes em geral, exceto aqueles criados por lei federal.¹⁰³

100. STEVENSON, *op. cit.*, p. 44.

101. *Idem*, *ibidem*.

102. Black's Law Dictionary.

103. LEWIS MAYER, *The American Legal System*, p. 11.

Em virtude dessa dualidade de ordenamento, surgirá o problema da aplicabilidade de mais de uma norma ao mesmo fato-espécie.

CORWIN,¹⁰⁴ entende singelamente que nesta caso a cláusula constitucional não se aplica de vez que ela obriga apenas o poder central, podendo, portanto, haver dualidade de julgamento.

Os casos "leading", na espécie, são UNITED STATES v. LANZA, 260, U.S. 377, julgado em 1922 e JEROME v. United States, 318, U.S. 101, de 1943.

Em United States v. LANZA, Justice Taft afirmou:

"when a same act is an offense against both state and federal government, its prosecution and punishment by the latter after prosecution and punishment by the former is not double jeopardy, within the 5th Amendment".

No mesmo sentido foi a "opinion" de Justice Daniel, que sustentou a tese de que a proibição só se aplica no âmbito federal.

No caso mais recente, JEROME v. United States o excelso Justice Douglas, sustentava que "quando se trata de crimes federais, como no presente, há um motivo a mais para que se cogite da uniformidade de aplicação que comporta o princípio geral.

Uma vez que inexistente "crime at Common Law", no âmbito federal, em nosso sistema federativo, ficou com os estados, a definição dos crimes exceto no que tange às ofensas definidas pelo Congresso, é de nosso dever recordar a tradição ao determinar o fim visado pelas normas federais que venham constituir um "bis in idem" em relação às leis estaduais.

Deve-se notar, a propósito, que a cláusula da "double jeopardy" da emenda nº 5, não constitui obstáculo ao processo e julgamento por parte do poder federal, embora já haja uma "res judicata" em relação ao mesmo fato, no âmbito estadual.

104. *The Constitution and what it means today*, p. 213.

Entretanto, quando o Congresso cria figuras delituosas que constituem "bis in idem" em à lei estadual, os tribunais devem dar uma interpretação estritíssima a essas ofensas, de acôrdo com os expressos requisitos dos têrmos da lei".

Surge ainda o problema de saber qual a interpretação que se dá à proibição do "bis in idem", em face da legislação federal.

Citam-se os casos de *GAVIERES v. United States*, 220 U.S. 239.

Naquêle, a côrte decidiu que não houve "bis in idem", no caso de condenação de uma pessoa por embriaguês e desacato, já que eram ofensas autônomas e dependeriam de processos distintos.

Em *Blockenburger v. United States*, a côrte decidiu que "quando um mesmo ato ou transação constitua violação de 2 normas legais, o teste a ser aplicado é se cada norma exige uma prova de um fato que a outra não exija.

Versava a espécie sôbre a venda de narcóticos, entre os mesmos compradores e vendedores, e entre as 2 vendas, ocorreu um pequeno lapso de tempo, do fim de uma ao comêço da outra.

A côrte, através do voto de *Mr. Justice Southerland*, concluiu, depois de diferenciar a espécie do *crime continuado*, que houve 2 crimes.

A côrte citou também, como não boa doutrina, o acórdão que esposava a tese contrária, no caso *BALLERINI v. ADERHOT*, 44 F4., 2d, 352.

Vê-se, desta maneira, que a cláusula de "ne bis in idem" no Direito Anglo Americano, é de estritíssima interpretação, não se aplicando no concurso de legislação estadual com a federal.

Direito Chileno, Espanhol, Português e Italiano

FONTECILLA RIQUELME¹⁰⁵ analisando perfunctòriamente a legislação chilena, afirma que esta não se ocupa do problema do conflito aparente de normas, resumindo-se êste num problema de interpretação da lei.

105. *Op. cit.*, p. 60.

Diante do art. 10 do Código Orgânico dos Tribunais que consagra a plenitude orgânica do sistema jurídico que veda ao juiz o “non liquet”, o juiz tem o dever de adjudicar a “res in iudicium deducta”, ainda que esta operação envolva uma escolha.

Em relação ao princípio da especialidade, goza êle de grande prestígio no sistema jurídico chileno, que reza: “as disposições de uma lei relativa a coisas ou a negócios particulares, prevalecerão sôbre as disposições gerais da mesma lei, quando entre umas e outras houver opposição” (art. 13, do Código Civil).

Aliás, êste princípio se encontra consagrado nos Códigos Penais Peruano e Equatoriano, art. 106 e 9º respectivamente, bem como em diversos projetos, v. g., da Argentina, de autoria do Dr. Peco.

Êste princípio da especialidade, por sua natureza, se encontra consagrado universalmente, conforme se pode ver no *Direito Espanhol, Português e Italiano*.

Dispõe o Código Civil da Espanha em seu art. 16: “En las materias que se rijam por leys especiales, la deficiência de estas se suplirá por las disposiciones de este Código”.

No mesmo sentido a regra do art. 11 do Diploma Civil Luso: “a lei, que faz exceção às regras gerais, não pode ser aplicada a nenhum caso, que não esteja especificado na mesma lei”.

Finalmente idêntico conteúdo tem o art. 14 das Disposições sôbre a Lei em Geral do Direito Italiano. Reza êle: “Le legge penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in essa considerati”.

Direito Pátrio

A *legislação brasileira* a respeito da especialidade, tem variado no correr do tempo.

A antiga Lei de Introdução ao Código Civil, estabelecida em seu art. 4, que a lei só se revoga por outra lei, sendo que a “lex specialis” não revoga a “lex generalis” exceto quanto explicitamente o declarasse. Quando às leis de exceção, a

exemplo dos códigos acima citados, as declarava "Strictissinae interpretationis".

A nova orientação, na lei civil, é de que a "lex specialis" revoga a "lex generalis", quando com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria da lei anterior.

No que tange ao Código Penal vigente no Direito Brasileiro, dispõe o art. 10, que as regras gerais só se aplicarão aos fatos incriminados por "lex specialis", se esta não dispuser de modo diverso. É, de certo modo, a consagração do princípio da especialidade, revigorada no art. 360, que renova a legislação especial.

Digna de nota é também, o caso do *crime complexo*, definido no art. 103, em que a própria lei considera como elementos constitutivos ou circunstâncias agravantes de crime, fatos que por si mesmos, constituem crimes.

A lei, neste caso, estabelece uma *consunção* processual, que, por força de analogia, o é também, da norma primária.

Daí a nossa estranheza à conclusão de RIQUELME¹⁰⁶ de que se deve excluir do âmbito do concurso aparente o caso do crime complexo ou composto.

Uma tentativa de codificação das normas retrizes do conflito aparente de normas foi agora tentado no Direito Brasileiro, através do ante projeto de Código Penal, elaborado pelo ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, NELSON HUNGRIA.

Neste esforço de codificação, tenta-se elevar à categoria de normas imperativas, algumas dos princípios elaborados pela doutrina.

Encontra-se consubstanciado no art. 5º do ante projeto do ilustre criminalista, sob a denominação de Concurso aparente de Normas:

"Quando a um mesmo fato podem ser aplicadas duas ou mais normas penais, atende-se ao seguinte, a fim de que só uma pena seja imposta: a) a norma especial exclui a norma geral; b) a norma relativa a crime que passa a ser elemento constitutivo ou qualificativo de outro, é excluída pela norma

106. *Op. cit.*, p. 62.

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

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

Cita o referido mestre como fonte, o código italiano, holandês, peruano, equatoriano e o anteprojeto argentino de SOLER.

Em que pese certa imprecisão técnica dos termos em que foi posta, a tentativa de solução a êste tormentoso problema merece encômios.

Ê bem de ver que se trata de elevar à categoria de “jus cogens” o que é atualmente o “prudens arbitrium judicis”.

Como profissional do Direito Penal, entendo que a codificação dos princípios do conflito aparente, sôbre ser um grande avanço na técnica de aplicação do Direito Penal, é também medida de grande alcance sociológico, evitando-se a imposição de prolongadas penas a certas situações em que tal proceder não se alvitra conveniente. Tal medida, em nosso entender, chega mesmo a constituir corolário da pena medicina.

CAPÍTULO X

CONCLUSÃO

1 — A problemática do conflito aparente de normas apresenta grande similitude com o objeto do Direito Internacional Privado. Resume-se num problema de escolha e de indicação de norma aplicável.

2 — Trata-se, precìpuamente, de um problema de interpretação de norma jurídica, diferindo do “concursum delinquentium” e do “concursum delictorum”.

3 — O conflito entre a parte geral e a especial se resolve pela regra da especialidade.

4 — O conflito entre as normas da parte geral se resolve pela regra da subsidiariedade.

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

6 — A especialidade se resolve “in abstracto”; a consunção “in concreto”.

7 — À subsidiariedade, por sua natureza residual ou de reserva, interessa o problema da gravidade da pena, mas, apenas, como reveladora de norma de cultura do Estado.

8 — O conflito aparente entre o “*crimen periculi*” e o “*crimen damni infecti*” se resolve pelo princípio da subsidiariedade.

9 — O princípio da alternatividade não se encontra ainda bem delineado. Entretanto, pode-se afirmar que o seu substrato reside em prestigiar a norma de cultura do Estado.

10 — A problemática do “*concursum normarum*” é de natureza técnico filosófica, de grande alcance. Sendo uma só a objetiva ilicitude de uma situação fática, unitária deve ser a norma sancionadora. À unidade criminosa deve seguir-se a unidade coercitiva.

BIBLIOGRAFIA

- ASUA, Jimenez — *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires.
- AZEVEDO, Vicente — *Curso de Direito Judiciário Penal*, Saraiva, 1958.
- BANDEIRA DE MELLO, Lydio Machado — *Manual de Direito Penal*, Fac. de Direito, U.M.G., 1954.
- BOECHAT RODRIGUES, Leda — *A Côrte Suprema e Direito Constitucional*, Forense, 1958.
- BLACK'S LAW DICTIONARY — U.S.A. (*Jeopardy in conflict of law*).
- CASTRO, Amílcar de — *Direito Internacional Privado*, Forense.
- CORWIN, Edward S. — *The Constitution and what it means today* Princeton, New Jersey, 1958.
- FARIA, Bento — *Código Penal Brasileiro*, Jacinto Ribeiro de Soto, 1929.

- FRAGOSO, Heleno Cláudio — *Lição de Direito Penal*, José Buschatswy, 1962.
- HUNGRIA, Nelson — *Comentário ao Código Penal*, Ed. Forense, 1955.
- KELLY & HARBISON — *The American Constitution*, W.W. Norton & Company Inc., New York, 1963.
- LIRA, Roberto Fº — *Apostilas de Direito Penal*, UNB.
- LISZT, Franz Von — *Tratado de Derecho Penal*, Editoria Rens, 1926.
- MARQUES, José Frederico — *Curso de Direito Penal*, vol. II, Saraiva, 1956. *Estudos de Direito e Processo Penal*, em Homenagem a Nelson Hungria, Forense, 1962, (Oscar Stevenson).
- MAYERS, Lews — *The American Legal System*, Harfer & Brothers, N.Y., 1955.
- MEZGER, Edmundo — *Tratado de Derecho Penal*.
- MORO, Aldo — *Unità e Plurità di Reati*, Padova, 1959.
- NORONHA, Magalhães — *Direito Penal*, Saraiva, 1962.
- NUÑES, Ricardo — *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires.
- OLIVEIRA, Oscar — *De Delictis et Poenis Coop. do Livro*, Marian, 1951.
- POUND, Roscoe — *An Introduction to the Philosophy of law*, Yale, 1962.
- REZENDE FILHO, Gabriel — *Curso de Direito Processual Civil*, Saraiva, 1959.
- SIQUEIRA, Galdino — *Direito Penal Brasileiro*, Livraria Jacinto, 1932.
- SOLER, Sebastian — *Derecho Penal Argentino*, Tomo II, El Ateneo Editor, 1940.
- STEVENSON, Oscar — *Artigo in "Estudos de Direito e Processo Penal"*.
- STONE, Julius — *The Province and Function of law*, Harvard, 1961.
- TORNACHI, Aclio — *Instituição de Processo Penal*, Forense, 5º vol. 1959.
- TRESOLINI, Rocco — *American Constitutional Law*, The Macmillan Co. N.Y., 1959.

REVISTAS E PERIÓDICOS

- ESTUDOS DE DIREITO E PROCESSO PENAL, em Homenagem a Nelson Hungria, Forense, 1962.
- JUSTITIA — Órgão do M.P. de São Paulo, vol. 37, 1961.