

Cristina Maria da Costa Pinheiro Líbano Monteiro

# Do concurso de crimes ao «concurso de ilícitos» em direito penal

Tese de doutoramento em Direito, orientada pelo Senhor Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias e apresentada na Secção de Ciências Jurídico-Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

2013



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



Cristina Maria da Costa Pinheiro Líbano Monteiro

**DO CONCURSO DE CRIMES AO «CONCURSO DE  
ILÍCITOS» EM DIREITO PENAL**

Dissertação de doutoramento em Direito,  
apresentada à Faculdade de Direito da  
Universidade de Coimbra, na área das  
Ciências Jurídico-Criminais, sob a  
orientação do Senhor Prof. Doutor Jorge de  
Figueiredo Dias

**Julho de 2013**



## Resumo

O problema do concurso em direito penal traduz-se em duas questões fulcrais: no começo, a de saber se um sujeito cometeu um ou mais-do-que-um crime; depois, caso tenha praticado vários, a de estabelecer como deverá ser sancionado. O presente estudo centrar-se-á na primeira, como se a segunda inexistisse. Não por desconsideração das consequências jurídicas do delito, mas precisamente por se entender que as consequências são isso mesmo — efeitos, reacções adequadas à conduta criminosa — e que, portanto, a fixação desta última há-de constituir um prius da tarefa dogmática.

A qualificação jurídico-penal de um comportamento protagonizado por um só agente oferece dúvidas (ao menos uma «dúvida metódica») ao julgador. Nomeadamente quanto ao número de crimes que integra. E saber quantos delitos alberga não pode deixar de passar pela identificação dos mesmos. Saber quantos, diz-se na tese, é saber quais. O problema do concurso consiste, pois, na individuação dos «factos» penalmente relevantes nele contidos.

Ora, é essa individuação que não deve assentar na contagem das normas incriminadoras formalmente preenchidas. Tradicionalmente assim se faz, ainda que, em momento posterior a essa contagem, a soma possa ser corrigida, por se concluir que alguns desses tipos legais se encontram em relação hierárquica, de tal modo que a aplicação de um afasta a aplicação de outro. O que equivale a dizer: sob pena de se sancionar duas vezes o mesmo desvalor criminal.

A ideia que aqui se propõe passa por uma inversão dessa maneira de pensar o concurso. Se é certo que os tipos constituem concretizações dos valores protegidos pelo direito das penas e das formas relevantes de os ofender, as condutas que atentam contra esses bens apresentam uma enorme variedade; tão grande que raramente pode afirmar-se que constituam a 'encarnação' de um só preceito ou a completa realização de dois ou mais.

Ora, reduzida a problemática do concurso ao seu núcleo essencial — unidade ou pluralidade de delitos de um mesmo autor —, ultrapassadas, de outra parte, as dificuldades próprias de um ilícito assente no desvalor do resultado, e trazendo a questão do mundo abstracto das relações entre normas para o mundo dos concretos casos a julgar, fica muito perto um outro modo (simples, coerente e justo) de lidar com a matéria. Qual seja o de integrá-la no esquema normal da dogmática do «facto», identificando-a com a tarefa sempre recomeçada pelo juiz penal: a de individuar infracções.

O concurso encontra assim o seu lugar na fase geral e objectiva (ainda não inapelavelmente singular) do processo de definição da antinormatividade criminal; ou seja, no juízo de ilicitude. A culpa não aumenta o número de violações das normas de determinação fixadas nesse contexto. Quando muito, retirar-lhes-á a relevância penal — não há crime sem culpa. Na verdade, os critérios dogmáticos do juízo de culpa (da afirmação ou negação da censura definitiva dirigida ao indivíduo-agente) não se alteram pela circunstância de na definição do ilícito ter existido uma dúvida concursal.

Não é outro o sentido da tese adoptada, quando reconduz o problema do concurso à definição de particulares conteúdos de ilícito pessoal; à descoberta, sempre recomeçada, da correspondência entre o significado pessoal-objectivo de um caso e o significado pessoal-objectivo da norma que mais de perto o agarre. Numa palavra: ao contrário do que resulta da generalidade das construções, o concurso de crimes esgota-se num concreto e situado «concurso de ilícitos».

## Abstract

The problem of the «concursum» in criminal law translates itself into two key issues: understanding whether an individual has committed one or more-than-one crime and, if dealing with several crimes, by establishing how it must be sanctioned. This work will focus on the first issue, as if the second never existed. It is not a question of disregard for the legal consequences of the offense, but precisely because it is understood that the consequences are just that — effects, appropriate reactions to criminal conduct — and thus setting the latter must constitute a prius to the dogmatic task.

Qualifying a legal criminal behaviour carried out by a single agent offers some doubts (at least a "methodical doubt") to the judge, namely regarding the number of crimes it integrates. And knowing how many crimes were committed requires the identification of each one of them. Knowing how many, as it is referred in this thesis, is to know which. The problem of the «concursum» is therefore the individualization of the «facts» criminally relevant contained in it.

Now, it is this individualization that should not be based on the count of the criminal provisions formally satisfied. Traditionally, it is so done, even if, sometime after this count, the sum can be corrected on the basis that some of these legal types are in a hierarchical relationship, such that the application of one precludes the application of another. Which is to say, at the risk of sanctioning the same criminal worthlessness twice.

The idea proposed in this work involves a reversal in that way of thinking the «concursum» in criminal law. If it is true that the types are embodiments of the values protected by the law of penalties and the relevant forms of offending them, there is a huge variety of behaviours that violate those values; so great that they can rarely be said to constitute the 'incarnation' of one precept only or the full completion of two or more.

So I reduced the problem of the «concursum» to its essential idea — unity or plurality of offenses committed by the same author — overcoming, on the other hand, the difficulties inherent to an offense based on the worthlessness of its result. When mingling the abstract world of the relationships between rules with the world of real cases to be judged, one other method to deal with the matter (simple, consistent and fair) comes to surface. Which is to integrate it into the normal scheme of the dogmatic of the «fact», identifying it with the task always resumed by the criminal judge: to individuate offenses.

Therefore, the «concursum» in criminal law finds its place in the overall and objective stage of the definition of the criminal anti-normativity, i.e., in the judgment of illegality. The guilt does not increase the number of violations of the rules set in this context. If anything, it removes its criminal relevancy — there is no crime without guilt. In fact, the dogmatic criteria for the judgment of guilt (the statement or denial of the censorship directed to the individual) remain unchanged by the tendering doubt occurring in the definition of the offense.

Therefore, this thesis's direction is no other than to redirect the «concursum» in criminal law to the definition of specific contents of personal illicit; the discovery, always resumed, of the correspondence between the personal-objective meaning of a case and the personal-objective meaning of the rule closest to it. In a word, unlike the outcoming of most constructions, the «concursum» in criminal law exhausts itself in a concrete and objective «concursum of illicit».

## ÍNDICE

<b>Siglas e abreviaturas .....</b>	<b>9</b>
<b>Considerações iniciais .....</b>	<b>11</b>
<b>PARTE PRIMEIRA .....</b>	<b>19</b>
<b>O concurso ideal como pedra de toque da doutrina do concurso.....</b>	<b>19</b>
I. Introdução .....	20
II. O conceito de unidade de acção na doutrina do concurso e na doutrina do crime: um esforço de clarificação .....	22
1. O conceito de acção da doutrina do crime e o problema da unidade de acção do concurso ideal.....	23
2. A acção em sentido naturalístico .....	25
3. A unidade típica de acção.....	29
4. A chamada «unidade natural de acção» .....	31
4.1. A «unidade natural de acção» enquanto elemento do concurso ideal: uma primeira aproximação .....	32
4.2. A «unidade natural de acção» como limite negativo do concurso .....	36
a) A realização iterativa ou reiterada de um tipo legal de crime: a opinião maioritária .....	38
b) A realização sucessiva ou progressiva do mesmo tipo de crime: a doutrina dominante .....	41
III. Uma interpretação diferente do sentido da «unidade natural de acção»: unidade natural de acção e «juízo (jurídico) de culpa global».....	46
1. A passagem de uma «culpa meramente social» à culpa jurídico-penal .....	46
2. O critério da «culpa jurídica global» aplicado ao chamado concurso ideal «homogéneo» .....	50
3. A «unidade natural de acção» no denominado concurso ideal «heterogéneo» .....	54
3.1. A jurisprudência e a doutrina maioritárias.....	55
3.2. Uma releitura (crítica) da jurisprudência e da doutrina. A «culpa global diminuída» .....	59
4. A «unidade natural de acção» ou «juízo de culpa global»: síntese do seu contributo para o problema do concurso .....	63

IV. A «unidade natural de acção» e a «fórmula» ( <i>die Formel</i> ) na jurisprudência alemã .....	68
1. A «unidade natural de acção» e a «Formel»: um só critério ou, pelo contrário, dois? A decisão do Reichsgericht de 28 de Abril de 1899 .....	70
2. A «Formel» como expressão dogmática da «unidade natural de acção» .....	79
3. A continuidade da jurisprudência alemã sobre o concurso ideal. ....	85
4. Apreciação crítica do concurso ideal tradicional.....	90
V. Ingeborg Puppe e a normativização do concurso ideal .....	99
VI. A mais recente doutrina portuguesa sobre o «concurso ideal».....	125
1. A tese de Duarte d’Almeida .....	128
2. A tese de Moutinho .....	146
3. A tese de Figueiredo Dias.....	159
VII. A valoração final do concurso ideal e a reposição do problema do concurso .....	184
<b>PARTE SEGUNDA .....</b>	<b>188</b>
<b>O concurso como momento de determinação do sentido de ilícito de um comportamento. Concretamente, do seu sentido unitário ou plural.....</b>	<b>188</b>
I. Considerações introdutórias.....	189
II. Do «concurso de crimes» ao «concurso de <i>ilícitos</i> ».....	193
1. Caracterização do ilícito pessoal que está na base deste estudo.....	193
2. A definitividade do dolo e da negligência determinados em sede de ilícito	201
2.1. Introdução .....	201
2.2. O problema da congruência entre dolo do tipo e dolo da culpa .....	204
a) Dolo eventual e negligência consciente .....	205
b) O erro sobre as «proibições legais» .....	209
c) O erro sobre os pressupostos fácticos de uma causa de justificação ..	213
d) Síntese conclusiva.....	216
III. A utilidade do «concurso de ilícitos <i>pessoais</i> » .....	217
1. Considerações gerais .....	217
2. O «concurso de ilícitos» e a postergação do chamado «concurso aparente» .....	221
3. A vexata quaestio do «efeito residual do preceito preterido» .....	234

3.1. Colocação do problema .....	234
3.2. O ressurgimento («Wiederaufleben») da norma preterida .....	237
3.3. A influência da norma afastada no sancionamento da conduta .....	244
IV. Outras utilidades dogmáticas do preceito preterido? As questões de E. Peñaranda Ramos .....	247
1. Apresentação do problema .....	247
2. O «concurso aparente» e a participação criminosa .....	253
3. O «concurso aparente» e certos casos de erro sobre a pessoa ou o objecto .....	255
3.1. O procedimento dogmático habitual e a perspectiva do ilícito pessoal não minimalista.....	255
3.2. Um quadro exemplificativo das constelações de error in persona vel objecto, de acordo com a perspectiva adoptada.....	257
4. O «concurso aparente» e a «Wiederaufleben» .....	268
V. O chamado «concurso aparente»: apreciação de diversas perspectivas dogmáticas.....	270
1. Um problema inicial: separação entre metodologia e dogmática.....	270
2. Diferentes opções que se assemelham no fundamental.....	273
3. Alguns autores em particular.....	283
3.1. A abordagem de Geerds.....	284
3.2. A tese de Herbert Wegscheider .....	289
3.3. O pensamento concursal de Eduardo Correia.....	294
VI. O critério dogmático-material do «concurso de <i>ilícitos</i> ».....	301
1. O ponto de partida .....	301
2. A individuação das concretas unidades de sentido de ilícito .....	303
2.1. Unidade do «facto» e significado intrínseco do tipo de ilícito .....	305
2.2. «Significado intrínseco do tipo de ilícito» e ‘normalidade do acontecer’ .....	308
2.3. «Significado intrínseco do tipo de ilícito» e princípio da insignificância .....	311
2.4. «Significado intrínseco do tipo de ilícito»: alguns casos limite e afinamento do critério.....	313
2.5. «Significado intrínseco do tipo de ilícito» também nas hipóteses de qualificação e privilegiamento.....	319



VII. O «concurso de ilícitos» e os critérios tradicionais do chamado «concurso aparente».....	322
1. Colocação do problema .....	322
2. A especialidade. O problema do critério lógico e a descoberta do critério normativo.....	325
3. A subsidiariedade expressa. Uma interpretação consonante com o sentido de ilícito do caso.....	334
4. Subsidiariedade e consunção. Duas categorias com um critério material, mas insuficiente .....	352
5. A reafirmação do critério dogmático-material proposto neste estudo.....	361
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>364</b>

## Siglas e abreviaturas

- ADPCP* – Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
- BFDUC* – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
- BGH* – Bundesgerichtshof
- BMJ* – Boletim do Ministério da Justiça
- CJ* – Colectânea de Jurisprudência
- CP* – Código Penal
- CPP* – Código de Processo Penal
- CRP* – Constituição da República Portuguesa
- DigDP* – Digesto delle Discipline Penalistiche
- EdD* – Enciclopedia del Diritto
- Estudos* – Estudos em/de homenagem a ...
- GA* – Goltdammer's Archiv für Strafrecht
- Hrsg.* – Herausgeber
- hrsgg.* – herausgegeben
- IP* – L'Indice Penale
- JR* – Juristische Rundschau
- JuS* – Juristische Schulung
- JZ* – Juristenzeitung
- LG* – Landesgericht
- LK* – Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar
- Materialien* – Materialien zur Strafrechtsreform
- MDR* – Monatschrift für deutsches Recht
- MKrim* – Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
- NJW* – Neue Juristische Wochenschrift
- NK* – Strafgesetzbuch. Nomos Kommentar
- NovissDI* – Novissimo Digesto Italiano
- NStZ* – Neue Zeitschrift für Strafrecht
- RDES* – Revista de Direito e de Estudos Sociais
- RFDL* – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa
- RG* – Reichsgericht
- RitDPP* – Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale
- RLJ* – Revista de Legislação e de Jurisprudência
- RPCC* – Revista Portuguesa de Ciência Criminal
- S/S/...* – A. SCHÖNKE/H. SCHRÖDER/..., Strafgesetzbuch. Kommentar

***ScIvr*** – Scientia Iuridica

***SK*** – Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch

***StPO*** – Strafprozeßordnung

***StGB*** – Strafgesetzbuch

***ZStW*** – Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

## Considerações iniciais

Estas considerações que dão começo à tese destinam-se a indicar o caminho andado ao longo das páginas que seguem, sublinhando do mesmo passo aquilo que constitui o 'miolo' — teórico e prático — do trabalho.

Se o mote da investigação veio da prática jurisprudencial, de tantos casos de pluralidade criminosa que melhor se enquadrariam na unidade de crime; se os tribunais adoptavam, na esmagadora maioria das decisões, o critério de Eduardo Correia para separar concurso efectivo e «concurso aparente»<sup>1</sup>; então, deveria rever-se o esquema deste autor.

Porém, a intuição de que alguma coisa não convencia no tratamento habitual das situações de concurso surgiu também em certos quadrantes da doutrina portuguesa. E as soluções por outros encontradas para superar o problema encaminharam-se no sentido do 'ressurgimento' — embora em moldes diferentes — do «concurso ideal»<sup>2</sup>. Tornou-se, assim, necessário, justificar por que motivo se não adere a esse modo de ultrapassar a questão.

É, pois, nestes dois campos — afinal unidos — que surgem os principais contributos aqui forjados. Importa apresentá-los.

1. O problema do concurso em direito penal traduz-se em duas questões fulcrais: no começo, a de saber se um sujeito cometeu um ou mais-do-que-um crime; depois, caso tenha praticado vários, a de estabelecer como deverá ser sancionado. O presente estudo centrar-se-á na primeira, como se a segunda inexistisse. Não, com certeza, por desprezo das consequências jurídicas do crime: afinal, toda a ciência do direito das penas se ordena a discernir, nas

---

<sup>1</sup> Tal critério será objecto de análise em vários pontos desta tese e corresponde às conclusões da própria dissertação de doutoramento do referido autor — *Unidade e pluralidade de infracções* —, publicada em 1945. Esta obra foi republicada, unida a um trabalho posterior sobre o mesmo tema, mas na sua dimensão processual penal — *Caso julgado e poderes de cognição do juiz*. Dessa junção resultou um livro único — EDUARDO CORREIA, *A teoria do concurso* —, para o qual remetem as citações da obra no presente estudo.

<sup>2</sup> No horizonte desta afirmação encontram-se as tomadas de posição de Luís Duarte d'Almeida, José Lobo Moutinho e Jorge de Figueiredo Dias, analisadas no capítulo VI da Parte Primeira deste estudo. (A ordem seguida corresponde à data de publicação das respectivas obras).

concretas relações comunitárias em juízo, se deve haver lugar a punição e, em caso afirmativo, qual; ou se, pelo contrário, o comportamento não chega a configurar uma ofensa a bens jurídicos relevante para a ordem sancionatória de *ultima ratio*. Não por desconsideração, dizia-se, das consequências jurídicas do delito, mas precisamente por se entender que as *consequências* são isso mesmo — efeitos, reacções adequadas à conduta criminosa — e que, portanto, a fixação desta última há-de constituir um *prius* da tarefa dogmática.

2. Como se tornará claro ao longo do texto, a marca de água — aquilo que singulariza este esquema concursal e o distingue de outros — passa sobretudo pela recusa em dar ao problema do concurso um estatuto de 'questão à parte', incapaz de conter-se nos quadros dogmático-materiais usados para a identificação das condutas delituosas. Por diferentes palavras: assume-se que, para separar a unidade e a pluralidade de crimes perpetrados pelo mesmo agente, não se torna necessário sair das formas *normais* de aparecimento da infracção e entrar — como tem sido a regra — nas chamadas «formas *especiais*».

3. Julga-se que a razão principal que levou à colocação do problema nesse 'capítulo' — a incapacidade dos sistemas clássico e neoclássico para misturar sempre, já em sede de ilícito, elementos subjectivos e objectivos, por outro lado inseparáveis na realidade da actuação humana — se encontra ultrapassada pela moderna doutrina do «ilícito pessoal». Hoje em dia, e para os adeptos dessa forma de entender a dogmática, o único obstáculo que impede ainda a visão das coisas que aqui se propõe encontra-se, porventura, naquilo que se designou por versão *minimalista* do ilícito pessoal<sup>3</sup>.

Procurando o sentido mais fundo das valorações penais e, assim, das suas normas — em sintonia com a concepção apresentada por A. M. Almeida Costa —, chega-se a superar o referido entendimento de «injusto» criminal. O

---

<sup>3</sup> Cfr., na Parte Segunda, II e III 1. O ilícito pessoal *minimalista* acaba por reduzir-se à admissão do dolo e da negligência como formas de ilícito (não apenas de culpa) e, por isso, de um tipo subjectivo ao lado de um tipo objectivo. Sem que exista uma unidade de sentido subjectivo-objectiva, mutuamente imbrincada; sem que o dolo do tipo passe de um dolo natural.

ilícito é pessoal, sim, facto ou obra de uma pessoa contrário a uma norma de determinação; e consubstancia, portanto, um conteúdo subjectivo-objectivo passível de ser censurado ao seu autor. Autor esse, porém, que só no plano dogmático da culpa aparece dotado das suas individuais características psicológico-emocionais. No juízo de ilicitude, o real agente do crime é avaliado «nas vestes de pessoa social», i.e., como detentor das capacidades do homem-médio da sua posição sócio-existencial.

Daí que a valoração do facto permaneça objectiva — não subjectiva —, sem que o substrato dessa valoração prescindia da sua índole pessoal. Pode, por isso, afirmar-se, com A. M. Almeida Costa, que o ilícito penal é «a culpa do homem-médio» — melhor, «a culpa do concreto agente enquanto 'presumível' detentor das características do homem médio» — e que o seu critério é «pessoal-objectivo»<sup>4</sup>.

4. A posse de semelhante noção de ilícito pessoal, não só torna o problema do concurso resolúvel no plano do ilícito, como permite, além disso, separá-lo do tratamento e da solução de certos temas (v.g., atinentes à matéria do erro ou da comparticipação) que alguma doutrina pretende 'colar' a um determinado enfoque da questão concursal<sup>5</sup>. Quer dizer: colocar o problema do concurso no plano do ilícito, ao mesmo tempo que o simplifica — inserindo-o na tarefa normal de qualificar um qualquer comportamento humano, naquilo que possui de penalmente relevante —, abre igualmente as portas à correcta decisão das referidas hipóteses controvertidas, sem necessidade de as misturar ou fazer depender de concretas opções concursais. A teoria do erro em direito penal não precisa do concurso para alcançar soluções justas. Tão-pouco dele carece a doutrina da comparticipação criminosa<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Sobre esta concepção de «ilícito pessoal», veja-se ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, Parte II, Tít. I, Capítulos I e III. Acerca da sua adopção neste estudo, leia-se, *infra*, o Cap. II da Parte Segunda.

<sup>5</sup> Analisa-se, em particular, na Parte Segunda, capítulo IV, a obra de PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes*. Nela, o autor espanhol expõe, de forma clara, a questão a que se alude.

<sup>6</sup> Veja-se, na Parte Segunda, IV 2. e 3.

5. A perspectiva do concurso de crimes que se propõe nestas páginas deveria receber o nome de «concurso de ilícitos»<sup>7</sup>. Não apenas por se entender que o lugar dogmático da questão é o do «ilícito» — e que o número de «factos» antijurídicos, uma vez encontrado, não pode aumentar —, mas sobretudo porque o problema da unidade e da pluralidade de crimes não é diferente do da identificação ou qualificação dos conteúdos ou sentidos pessoais-objectivos de antinormatividade presentes no comportamento de alguém<sup>8</sup>.

O que traz consigo a impossibilidade de o enquadrar como uma questão de relações abstractas entre normas incriminadoras. Os crimes cometem-se no 'mundo da vida'. No 'mundo das normas' há-de procurar-se, não todos os tipos legais que o comportamento formalmente preencha — para depois estabelecer uma hierarquia entre eles —, mas tão-só aquele tipo de ilícito (já conjugado com as pertinentes regras da parte geral) cujo sentido parece corresponder ao sentido do caso em análise<sup>9</sup>.

6. Convocado o tipo preponderante (ou no desenrolar dessa mesma tarefa), pode apresentar-se a dúvida sobre a sua capacidade para abranger sozinho, de um modo suficiente, todo o desvalor penal da situação. Essa dúvida — a que se chama, no presente estudo, «dúvida concursal»<sup>10</sup> — há-de resolver-se, não procurando conexões das normas entre si, mas antes perguntando ao caso se a função do direito penal em relação a ele está cumprida com aquela primeira qualificação ou se, pelo contrário, deverá seleccionar-se mais algum tipo de ilícito.

Dito de modo peremptório: o concurso não é um jogo de normas, mas um problema de individuação de ilícitos. A levar a cabo de acordo com os princípios que regem o direito das penas: além do da legalidade — que, nesta

---

<sup>7</sup> Sobre a concepção defendida no presente estudo, que reconduz o problema do concurso de crimes a um «concurso de ilícitos», *infra*, Parte Segunda, I e III.

<sup>8</sup> Cfr., sobretudo, na Parte Segunda, IV 1. (em especial 1.1. e 1.2.).

<sup>9</sup> Escreve-se no singular — aquele tipo de ilícito — para tornar mais simples o texto. Em rigor, deveria dizer-se *aquele ou aqueles tipos de ilícito*, uma vez que ao caso pode corresponder mais do que um tipo legal.

<sup>10</sup> Sobre ela, veja-se IV 1.2. da Parte Segunda.

tarifa, impede que se separe o ilícito do tipo<sup>11</sup> —, os critérios da dignidade penal e da necessidade de intervenção penal. Como convém, aliás, a um direito criminal do facto, presidido por uma ideia de tutela subsidiária de bens jurídicos e de proporcionalidade (art. 18º, nº 2 da CRP).

Não há portanto lugar, neste modo de enquadrar a questão, para o «concurso aparente», regulado pelo *ne bis in idem* substantivo, que se evidencia através das conexões de especialidade, subsidiariedade e consunção. E tão-pouco sobra espaço para a figura do «concurso ideal», seja qual for a designação por que se conheça a realidade normativa formada por mais de um delito, mas menos de dois. Quer dizer: julga-se que no direito dos crimes não existe qualquer mandamento que imponha *esgotar* todo o conteúdo de ilícito e de culpa de um comportamento. Tal ideia de *esgotar* parece provir de uma visão retribucionista (ainda que não professada) dos fins das penas e de um entendimento formal do princípio da legalidade. Este não pode funcionar como um colete-de-forças, que obriga a que cada tipo legal 'preenchido' pela conduta do agente deva reflectir-se na qualificação final da mesma<sup>12</sup>.

6. O próprio «concurso aparente» — há-de reconhecer-se — mostra à evidência a preocupação de evitar sobreposições valorativas. A crítica que o presente estudo lhe dirige ultrapassa, porém, esse plano. E afirma que, mesmo quando não é evidente — numa análise de enunciados abstractos — uma dupla valoração do mesmo 'troço' de conduta, pode acontecer que o concreto juízo de ilicitude conclua pela desnecessidade de convocar um preceito (e a respectiva sanção). Porquê? Porque o sentido de antijuridicidade do comportamento em causa corresponde sem resto ao conteúdo de ilícito proibido (ou mandado) pela norma de determinação que mais de perto o agarra. Ou, observando o problema de outro ângulo, porque a aplicação deste tipo se mostra suficiente para cobrir as necessidades de tutela do bem ou bens jurídicos ofendidos na situação.

---

<sup>11</sup> Problema que se julga afectar a ideia de unidade social de ilícito, proposta por Figueiredo Dias e já estudada em VI 3. da Parte Primeira.

<sup>12</sup> O sentido do que se afirma encontra-se explicado na Parte Primeira, Cap. V, a propósito do pensamento concursal de Ingeborg Puppe. Aliás, o problema de *esgotar* ou não todo o conteúdo de ilícito do comportamento acompanha também a análise dos autores portugueses defensores do 'concurso ideal' (Cap. VI, igualmente da Parte Primeira).



Se, *no caso*, um conteúdo pessoal-objectivo de ilícito pertence a outro, está nele incluído — independentemente de assim acontecer sempre, com carácter de necessidade e de, por isso, tal pertença não poder afirmar-se já em abstracto —, então a reafirmação prospectiva deste outro previne igualmente a repetição do primeiro no futuro<sup>13</sup>.

7. A primeira parte da tese ocupa-se de explicar por que razão o concurso ideal não parece necessário à doutrina do concurso. O próprio Código português, ao contrário do que acontece, por exemplo, na lei alemã, não o impõe. Apesar dos intentos recentes de nele encontrar indícios de uma figura de conexão de crimes subtraída ao regime sancionatório do concurso efectivo, nada obriga — assim se entende — a seguir tais interpretações. E, sobretudo, na ausência de uma norma semelhante à do § 52 do *StGB*, torna-se difícil aderir ao recurso que alguns autores fazem à moldura penal do crime continuado<sup>14</sup>, tal como difícil se torna aplicar um regime análogo apoiado na pura e simples lógica sancionatória, sem qualquer apoio legal<sup>15</sup>.

8. Mesmo na perspectiva do direito a constituir, julga-se que a figura deste concurso ideal «normativo» — alheio a considerações, tão vagas quanto difíceis, de unidade ou pluralidade de acções — não será de implantar. Por um lado, por absorver no seu perímetro condutas que mais correctamente se apreciariam como simples unidades de crime. Por outro e inversamente, porque acaba por retirar do clássico concurso efectivo actuações que de lá não deveriam sair<sup>16</sup>.

Não há, pois, outro concurso senão o efectivo. Para além dele, abre-se todo o campo da unidade criminosa. Aquela que o é materialmente e uma outra que, por força da lei actual, se denomina crime continuado. Esta derradeira figura não será tratada, uma vez que não se torna impeditiva de tudo quanto se

---

<sup>13</sup> O desenvolvimento argumentativo deste critério ocupa os n.ºs 1 e 2 do Cap. VI da Parte Segunda. E é retomado no cotejo deste padrão decisório com as categorias tradicionais do chamado «concurso aparente» (Cap. VII da mesma Parte).

<sup>14</sup> Pensa-se em José Moutinho e Luís Duarte d'Almeida (ver, na Parte Primeira, VI 2. e VI 1., respectivamente).

<sup>15</sup> Esta é, actualmente, a ideia de Figueiredo Dias (cfr. VI 3., ainda na Parte Primeira).

<sup>16</sup> Para o desenvolvimento destas razões, veja-se o VII e último Cap. da Parte Primeira deste estudo, assim como os textos para que remetem as notas que aí se encontram.

avançou: a mesma lei que a criou pode, de um golpe, desfazê-la, sem que tal venha bulir com a fronteira aqui proposta para a distinção entre unidade e pluralidade de ilícitos penais.

9. Em suma: a qualificação jurídico-penal de um comportamento protagonizado por um só agente oferece dúvidas (ao menos uma «dúvida metódica») ao julgador. Nomeadamente quanto ao número de crimes que integra.

E saber *quantos* delitos alberga não pode deixar de passar pela identificação dos mesmos. Saber *quantos*, diz-se na tese, é saber *quais*. O problema do concurso consiste, pois, na individuação dos «factos» penalmente relevantes nela contidos.

Ora, é essa individuação que não deve assentar na contagem das normas incriminadoras formalmente preenchidas. Tradicionalmente assim se faz, ainda que, em momento posterior a essa contagem, a soma possa ser corrigida, por se concluir que alguns desses tipos legais se encontram em relação hierárquica, de tal modo que a aplicação de um afasta a aplicação de outro. O que equivale a dizer: sob pena de se sancionar duas vezes o mesmo desvalor criminal.

A ideia que aqui se propõe passa por uma inversão dessa maneira de pensar o concurso. Se é certo que os tipos constituem concretizações dos valores protegidos pelo direito das penas e das formas relevantes de os ofender, as condutas que atentam contra esses bens apresentam uma enorme variedade; tão grande que raramente pode afirmar-se que constituam a 'encarnação' de um só preceito ou a completa realização de dois ou mais.

Ora, reduzida a problemática do concurso ao seu núcleo essencial — unidade ou pluralidade de delitos de um mesmo autor —, ultrapassadas, de outra parte, as dificuldades próprias de um ilícito assente no desvalor do resultado, e trazendo a questão do mundo abstracto das relações entre normas para o mundo dos concretos casos a julgar, fica muito perto um outro modo (simples, coerente e justo) de lidar com a matéria. Qual seja o de integrá-la no esquema normal da dogmática do «facto», identificando-a com a tarefa do juiz penal: a de individuar infracções.

O concurso encontra assim o seu lugar na fase geral e objectiva (ainda não inapelavelmente singular) do processo de definição da antinormatividade criminal; ou seja, no juízo de ilicitude. A culpa não aumenta o número de violações das normas de determinação fixadas nesse contexto. Quando muito, retirar-lhes-á a relevância penal — não há crime sem culpa<sup>17</sup>. Na verdade, os critérios dogmáticos do juízo de culpa (da afirmação ou negação da censura definitiva dirigida ao indivíduo-agente) não se alteram pela circunstância de na definição do ilícito ter existido uma dúvida concursal.

Conclua-se. Não é outro o sentido da tese adoptada, quando reconduz o problema do concurso à definição de particulares conteúdos de ilícito pessoal; à descoberta, sempre recomeçada, da correspondência entre o *significado* pessoal-objectivo de um caso e o *significado* pessoal-objectivo da norma que mais de perto o agarre. Numa palavra: ao contrário do que resulta da generalidade das construções, o concurso de crimes esgota-se num concreto e situado «concurso de *ilícitos*».

---

<sup>17</sup> Note-se que se a culpa determinar a pertença desse facto a um tipo legal com moldura diferente, o ilícito permanece o mesmo, mudando apenas a gravidade subjectiva do comportamento. É o que acontece, por exemplo, com o homicídio privilegiado do art. 133º CP.

## **PARTE PRIMEIRA**

### **O concurso ideal como pedra de toque da doutrina do concurso**

## I. Introdução

Chama-se tradicionalmente concurso ideal à forma de aparecimento do crime na qual a conduta do agente preenche, com uma só acção, várias normas incriminadoras (ou várias vezes a mesma), sempre que estas não se encontrem entre si em relação tal que uma delas afaste a outra ou as outras<sup>18</sup>. Por esta última característica, o concurso ideal distingue-se do concurso aparente<sup>19</sup>. Pela circunstância da unidade de acção, diferencia-se do concurso real onde, à pluralidade de normas violadas (ou de violações da mesma norma) corresponde uma actividade igualmente plural do agente. No que ao regime das consequências jurídicas diz respeito, o concurso ideal caracteriza-se por uma rejeição da acumulação de penas — que de um modo ou de outro aflora no concurso real — para em seu lugar aparecer um sistema de pena única, directamente determinada a partir da moldura penal do mais grave dos tipos violados pela conduta do agente.

A descrição que vem de ser feita pretende tão-só introduzir uma matéria a estudar; constitui o princípio de um percurso e não a expressão de uma acabada compreensão das coisas.

Como pano de fundo do que se segue estará sempre a preocupação de encontrar a ideia de ilícito que subjaz ao modo de conceber o concurso ideal e, simultaneamente, a razão político-criminal (ou razão material) a que obedece o regime punitivo proposto. Procura ajuizar-se, afinal, se faz sentido a autonomização da figura.

O concurso ideal, com a sua exigência de definir uma precisa separação entre unidade e pluralidade de acções, foi historicamente responsável por uma inversão metodológica no problema do concurso, visto agora no seu todo. A

---

<sup>18</sup> Cfr., por todos, EDUARDO CORREIA, *A teoria do concurso*, p. 17; ROXIN, *Strafrecht II*, § 33, Rn. 2.

<sup>19</sup> Ao utilizar a expressão «concurso aparente» não temos qualquer pretensão de fixar terminologia ou de excluir uma designação diferente da mesma figura. Concurso aparente, concurso aparente de normas, unidade de norma, concurso de normas ou de leis penais, etc., por ora equivalem-se e significam tão-só hipóteses em que finalmente apenas uma norma se aplica ao caso, depois de mais uma, pelo menos, ter parecido igualmente aplicável.

construção da doutrina do concurso, em princípio destinada a separar os casos de unidade dos de pluralidade de crimes — e a fixar as respectivas regras de punição — viu-se prioritariamente absorvida pelo encargo de traçar uma fronteira nítida entre o comportamento do agente que constitui uma só acção e aquele outro que integra várias acções.

Em certos ordenamentos jurídicos — de que é protótipo o alemão — era e continua a ser a própria lei a forçar a jurisprudência a tal tarefa<sup>20</sup>. Com efeito, ao diferenciar os regimes de punição do concurso, consoante a multiplicidade de realizações típicas resulte de uma ou de mais acções do mesmo agente, o legislador obriga à distinção e anima à descoberta de critérios uniformes.

Mais ainda: sendo clara a diferença entre as consequências jurídicas do concurso ideal e do concurso real e menos clara a distinção entre os pressupostos de ambos, fica próxima a tentação de classificar o caso concreto de acordo com a imagem global que imprima na mente do julgador<sup>21</sup>. Jakobs chega a duvidar da constitucionalidade da distinção, dada a arbitrariedade da linha fronteira que separa uma modalidade de concurso da outra, quando precisamente a ela vai unida uma acentuada diferenciação sancionatória<sup>22</sup>.

A necessidade de encontrar um conceito de acção operativo no plano do concurso ideal, tão estreitamente vinculado a precisos resultados punitivos, levou a jurisprudência e a doutrina a forjarem conceitos de acção não

---

<sup>20</sup> Desde o início da vigência do Código penal alemão e até à revisão de 1975, a matéria era regulada nos §§ 73 s. Actualmente, o Código penal alemão (*StGB*) dispõe sobre o concurso nos §§ 52 s, estabelecendo um regime diferente do que é aplicável ao concurso real, sempre que se der, no caso, *unidade de acção*: «*Verletzt dieselbe Handlung...*» (§ 52: *Tateinheit*, concurso ideal). A mudança de § foi acompanhada de uma pequena alteração no que ao concurso ideal diz respeito: acrescentou-se a possibilidade de a figura abranger a plural violação da mesma norma e não apenas a violação de várias normas — «*Verletzt dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze oder dasselbe Strafgesetz mehrmals, so wird nur eine Strafe erkannt*» (sublinhado nosso).

<sup>21</sup> Segundo alguns adeptos da chamada «pena unitária», mesmo no concurso real — em que os juízes devem fixar uma pena para cada crime em concurso e proceder depois à determinação de uma pena conjunta —, os tribunais trabalhariam, na prática, ao invés: apontariam para a pena final e determinariam, a seguir, as penas parciais que pudessem justificá-la. Na decisão sobre a classificação do caso como concurso ideal ou real, as coisas passar-se-iam de maneira parecida: o juiz optaria primeiro pela pena (única ou conjunta) que lhe parecesse adequada, partindo daí para a sua justificação.

<sup>22</sup> Veja-se JAKOBS, *Strafrecht* § 32, Rn. 5.

coincidentes com os da dogmática geral do crime. Ou seja: nem sempre a acção para o concurso significa o mesmo que a acção que está na base da construção da doutrina da infracção, apesar de ambas terem evoluído. Por palavras diferentes: a história dogmática do conceito de acção, correspondente à sucessão de várias escolas do pensamento criminal, não coincide necessariamente com a história da acção para efeitos de concurso.

O desencontro da dogmática do concurso com a da infracção penal em geral não pode deixar de ligar-se ao predomínio do ilícito objectivo e à consequente incapacidade da gramática deste para absorver as chamadas «formas especiais de aparecimento do crime». O concurso de infracções não poderia ser excepção.

## **II. O conceito de unidade de acção na doutrina do concurso e na doutrina do crime: um esforço de clarificação**

A doutrina do concurso ideal — tomando como ponto de partida o caso alemão — repousa sobre dois conceitos. O de «acção» e o de «violação de lei penal» ou «realização típica». Os §§ 52 e 53 do *StGB* fazem assentar a distinção entre *Tateinheit* e *Tatmehrheit* na circunstância de terem sido realizados vários tipos legais de crime (ou várias vezes o mesmo) em unidade de acção ou em pluralidade de acções, respectivamente<sup>23</sup>.

Assim sendo, «violação de norma incriminadora» e «acção» deveriam constituir noções de conteúdo e significado claros. Só essa clareza essencial permitiria *contar* as violações de leis penais, por um lado e, por outro, as acções presentes no comportamento complexo de determinado sujeito. Ora, foi precisamente essa nitidez que faltou, sobretudo do lado do conceito de acção.

---

<sup>23</sup> Ver, *supra*, nota 20.

### ***1. O conceito de acção da doutrina do crime e o problema da unidade de acção do concurso ideal***

Uma primeira observação: o conceito de acção da dogmática do crime está vinculado aos pressupostos últimos de cada sistema; o conceito de acção da dogmática do concurso forja-se para responder a uma necessidade prática de distinguir duas modalidades concursais a que a lei (ou simplesmente a doutrina) associa regimes sancionatórios diversos.

Dito de outro modo.

Do lado da doutrina do crime, os conceitos de acção correspondem a grandes opções sobre a própria natureza do delito e da pena. A acção da doutrina do crime faz referência a qualidades ou predicados de comportamentos; a sua não verificação determina a exclusão desses mesmos comportamentos de qualquer ulterior indagação jurídico-penalmente relevante. A acção representa pois o primeiro crivo de uma conduta possivelmente criminosa<sup>24</sup>.

Para a doutrina do concurso, o interesse pelo conceito de acção situa-se, por assim dizer, no plano da quantidade. Importa apenas, mas com necessidade imperiosa, contar acções dentro do fluir contínuo da actividade humana. Como é natural, nas adições — o concurso não requer outras operações aritméticas — basta identificar a unidade de conta. Não importa tanto definir acção como determinar a unidade de acção. Saber onde acaba uma acção e começa outra.

De algum modo, a acção do concurso é já acção, do ponto de vista da doutrina do crime. Por isso pode dizer-se com razão que tão-pouco podem

---

<sup>24</sup> Não importa, neste contexto, tratar do conceito de acção utilizado por cada um dos grandes sistemas construídos pelo pensamento penal. Tão-pouco indagar sobre a eventual desnecessidade de uma tal noção, considerando-se o tipo como primeiro degrau da doutrina do crime. Menos ainda interessa determinar todas as funções do conceito de acção. Para o que se intenta dizer, basta considerar que as doutrinas que se servem do conceito de acção como plano dogmático de partida, confiam-lhe, entre outras funções, a de primeira delimitação das condutas que podem chegar a ser crime, deixando logo de fora algumas delas. Sobre o lugar da «acção» na construção dogmática da infracção penal, vejam-se, por todos: FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal I*, Cap. 10º, §§ 4, 27-41; FARIA COSTA, *Noções fundamentais*, Cap. 7º, §§ 51-55 e, em geral, todo o capítulo; JESCHECK/ WEIGEND, *Lehrbuch*, § 23, I-VI.



relevar para o concurso comportamentos reflexos ou praticados sob *vis absoluta*<sup>25</sup>.

Em suma: na doutrina do crime, à acção contrapõe-se a 'não-acção'<sup>26</sup> — aquela actividade que não é *humana* e nunca interessará ao direito penal; na doutrina do concurso, à acção uma contrapõe-se a pluralidade de acções, não estando em dúvida a natureza criminalmente relevante do comportamento enquanto tal.

O que vem de dizer-se não autoriza a concluir que os dois conceitos nunca se encontram. Que o conceito de acção da doutrina do crime não sirva ou jamais tenha servido para separar a unidade da pluralidade de acções, indo ao encontro do que necessita a doutrina do concurso (ideal). E sobretudo que a dogmática geral do delito — que começa no plano da acção — não influencie a compreensão do problema do concurso, também no que à sua localização sistemática diz respeito.

Baste por ora um exemplo: o conceito de acção de von Liszt, da escola clássica, naturalista serve de base à sua doutrina do crime e presta-se a contar acções, a fixar a unidade ou a pluralidade das mesmas para efeitos de concurso<sup>27</sup>. Para o autor, unidade de acção e unidade criminosa identificam-se. «Crime é acção» (*Verbrechen ist Handlung*), afirma; o delito é uma espécie do

<sup>25</sup> MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 64.

<sup>26</sup> Como se disse, «acção» está aqui tomada no sentido da doutrina do crime, enquanto abrangente de todo o comportamento — activo ou omissivo — do qual se possa predicar a tipicidade, a ilicitude, etc. Por conseguinte, neste contexto, 'não-acção' não se refere a omissão mas, simplesmente, a movimento reflexo ou, de qualquer modo, não reconduzível à intencionalidade (ver, sobre este conceito, a nota 319) que caracteriza a conduta humana.

<sup>27</sup> Há quem diga até que a actual compreensão do concurso ideal é devedora dessa doutrina naturalista, já centenária (cfr. PUPPE, *NK*, § 52, Rn. 5).

Não deve deixar-se a acção naturalística sem chamar a atenção para uma queixa de Liszt: «A teoria da unidade e pluralidade de crimes deve construir-se sobre o conceito de acção. Mas o princípio segundo o qual a unidade de acção tem como resultado a unidade de crime — e a pluralidade de crimes pressupõe pluralidade de acções — está fortemente modificado pelas disposições do direito vigente». A lei positiva (sobretudo com o concurso ideal) distorce a pura equivalência entre unidade/pluralidade de acção e unidade/pluralidade de crime. Quando explica, porém, as necessárias distorções, já a propósito do problema do concurso, não fica claro se o problema vem apenas da lei ou se o próprio critério da acção naturalística se revela afinal incapaz de captar certos casos de unidade criminosa indiscutível (LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 26ª ed., § 31 III e §§ 52 e 53).

género acção; logo, haverá tantos delitos quantas as acções praticadas. Mesmo quando vier a pergunta «com essa acção, quantos tipos legais de crime foram preenchidos?», a resposta não alterará o carácter unitário da infracção: se apenas um, estaremos em presença de um crime simples; se mais de um, tratar-se-á igualmente de um só delito, mas que viola vários tipos, *i.e.*: um concurso ideal. Uma só acção, um só crime, uma só pena.

Deve agora prosseguir-se, procurando descobrir e esclarecer os vários conceitos de acção de que a jurisprudência e a doutrina se foram servindo na tarefa de fixar um critério uniforme de apreciação do concurso ideal. Sempre com a preocupação acrescida de os inserir nas respectivas construções gerais do delito. E sem perder de vista a correspondência (ou a ausência dela) entre unidade de acção, unidade de crime e unidade de pena.

Talvez confessando desde já a suspeita de que provavelmente a unidade de acção, o concurso ideal se afastam do rigor e da precisão dogmáticos e se regem antes por uma ideia de unificação em função da pena. A unidade não será fundada na unidade normativa por antonomásia — a unidade criminosa —, antes dependerá de uma ponderação global do «pedaço de vida» *sub iudice* em função da sanção (única ou conjunta) a aplicar.

## ***2. A acção em sentido naturalístico***

O conceito naturalístico de acção define-a como a manifestação de vontade (*Willensbetätigung*) que muda a realidade exterior ao sujeito. É a vontade objectivada numa alteração do estado de coisas. Quer consista na realização de um movimento corpóreo — que causa o resultado. Quer se traduza na omissão do mesmo — que deixa ocorrer o evento.

Esta manifestação de vontade nada tem a ver com uma decisão de liberdade, com a volição de um resultado cujo sentido se captou. A acção naturalística diz-se voluntária tão-só por provir de um impulso da vontade (*Willensimpuls*). Este traduz-se, no plano físico, na inervação muscular e,

psicologicamente, naquele fenómeno da consciência pelo qual estabelecemos as causas<sup>28</sup>. Por diferentes palavras: fala-se de manifestação de vontade por ser esta a imperar o movimento corpóreo (ou a sua omissão), *i.e.*, por não haver qualquer força a impor-lho irresistivelmente, por não se tratar de um fenómeno em que o próprio corpo ‘*actue sem dono*’, como no caso de um ataque de epilepsia ou de um desmaio.

Uma acção reduz-se, afinal, à maneira humana de reagir a um estímulo proveniente do mundo exterior e que neste mesmo mundo deixará a sua marca. O agente actua segundo as suas representações da realidade e o sentimento de prazer ou desprazer a elas associado.

Manifestação de vontade e resultado formam, em conjunto, a acção naturalística.

Deixando de lado o problema de saber se a «acção causal» serve ou não os propósitos do direito das penas, tome-se apenas o critério de unidade de acção que apresenta. Se acção é movimento corpóreo voluntário e resultado causalmente ligado a ele, devem contar-se num comportamento tantas acções quantas as manifestações de vontade, no preciso sentido de *Willensimpuls*. Em princípio, a cada inervação muscular ordenada pela potência que comanda o próprio corpo corresponderá um resultado na realidade externa. Repare-se que o resultado se entende de modo igualmente naturalístico: a quantidade de mudanças no mundo exterior não se mede pelo número de normas violadas, ou de bens jurídicos afectados. Seria desconhecer a índole da acção naturalística pretender que se desdobraria por a modificação causada no mundo exterior se apresentar como plural aos olhos do direito. O número de resultados mede-se ainda e sempre num plano pré-valorativo<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> Cfr. LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 26<sup>a</sup> ed., § 28 I 1.

<sup>29</sup> E. SCHMIDT, na 26<sup>a</sup> ed. do *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, corrige duas coisas. Por um lado, reconhece que o facto de Liszt admitir que a modificação do mundo exterior pode consistir apenas numa mudança na vida psíquica de outra pessoa desautoriza a afirmação de que o resultado é sempre perceptível pelos sentidos (p. 157, nota 5). Por outro lado, condescende ainda em que há casos em que a unidade da acção resulta da unidade típica do

Se a pluralidade de resultados não afecta a unidade de acção, havendo unidade de manifestação de vontade, tão-pouco a pluralidade de manifestações de vontade a desfaz em casos de unidade de resultado final. Não haverá pluralidade de acções — o exemplo é do próprio Liszt — se *A* matar *B* com um série de machadadas ou se o injuriar com uma torrente de insultos<sup>30</sup>. Note-se que Liszt tende a julgar como uno um resultado homogéneo. Não pretende considerar como pluralidade de acções os maus tratos ou a contrafacção de moeda, apesar de requererem vários movimentos corpóreos e várias consequências dos mesmos. E recusa-se a admitir que a unidade vem a estes casos da lei, do tipo legal de crime, tendo deixado, portanto, de ser natural. Critica explicitamente von Buri por falar aqui de unidade legal.

De notar que, habitualmente, quando a doutrina se refere à unidade naturalística (e não natural<sup>31</sup>) de acção, acentua a unidade de manifestação de vontade, i.e., o movimento corpóreo sustentado num *Willensimpuls* (impulso da vontade), deixando de lado a hipótese de unidade de resultado naturalístico. Provavelmente por não reinar perfeita unanimidade entre os defensores da acção naturalística. O presente texto toma von Liszt como referência e acaba de assinalar-se uma discrepância deste autor com outro positivista, von Buri. Deixar constância pormenorizada de cada um dos teóricos da acção naturalística não se afigura necessário neste contexto. Tanto menos quanto a referência explícita ao movimento corpóreo acompanha a jurisprudência e a doutrina na discussão sobre o concurso ideal e é essa querela que importa acompanhar.

---

resultado; logo, de uma consideração jurídico-penal e não naturalística do mesmo (p. 349, nota 1).

<sup>30</sup> LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, § 52, III 2. a).

<sup>31</sup> Em rigor, dever-se-ia falar de unidade naturalística de acção, diferenciando-a de unidade natural de acção. A primeira expressão designa a acção ou a unidade de acção compreendida à luz de esquemas naturalísticos ou naturalistas, próprios da concepção positivista, monista, que analisa toda a realidade segundo métodos e conceitos próprios das ciências da natureza. A segunda expressão refere-se à acção ou à unidade de acção tal como a compreende um observador comum, alheio às categorias e divisões, ao modo de valorar próprio do direito penal. Nem sempre os autores alemães reservam o adjectivo *natürlich* para esta última noção, aplicando-o também à acção naturalística; contudo, a destriça faz-se bem: *Handlung in natürlichen Sinn* e *natürliche Handlungseinheit* designam, respectivamente, a acção em sentido naturalístico e a unidade natural de acção.

Na sua monografia sobre o concurso, Eduardo Correia assume a crítica à unidade de acção naturalística como crítica a todo um sistema de construção da infracção criminal. Começa assim a investigação: «Para muitos, a unidade da conduta naturalística, ou seja da conduta entendida como puro acontecimento psicofísico, estranha a toda a significação jurídica ou de valor, seria a medida decisiva para — ao menos em princípio — determinar a unidade do crime»<sup>32</sup>. Para este autor, não se punha a questão da diferença entre o conceito de acção da doutrina do crime e o conceito de acção da doutrina do concurso. O problema do concurso consistia em distinguir unidade e pluralidade de infracções e era esse problema que a teoria naturalística resolvia mal, por partir de um conceito de acção desajustado. Dito de outro modo: as soluções naturalísticas dos casos de concurso não convenciam, porque não servia o modo como os seus defensores compreendiam e construía o crime. Por isso os esforços de Eduardo Correia visam, não apenas desmontar uma unidade de acção imprestável para o concurso, mas pôr a descoberto o erro que mina todo o sistema penal que defina conduta como pura modificação do mundo exterior, causalmente ligada a uma vontade<sup>33</sup>.

Tenha-se em conta que, para Eduardo Correia, «natural» abrangia tudo o que se apresentasse como estranho a valores. Neo-kantiano coerente, desprezava toda a visão monista da realidade, toda a doutrina que não assentasse na clara distinção entre o mundo da natureza e o mundo dos valores, que não entendesse a acção humana como diferente do seu mero conteúdo físico e psicológico, como referenciada a valores. Acção natural será todo o conceito de acção no qual não entrem valorações; o mesmo é dizer, definido à margem de pontos de vista que transcendam o domínio puramente fáctico.

Não havia lugar na sua crítica para uma consideração à parte da chamada unidade natural de acção, bem diferente na sua concepção e abrangência da unidade fisiológica de acção.

---

<sup>32</sup> EDUARDO CORREIA, *A teoria do concurso*, p. 15.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 15 s.

Longe, porventura, do conceito de acção de cariz naturalístico, tal como o defendia a escola positivista, persiste todavia uma noção do que constitui a mais ínfima unidade do agir humano. Afinal, um conceito que pode considerar-se ainda natural, no exacto sentido de não jurídico-penalmente conformado. Um conceito natural (ôntico) e não normativo *hoc sensu*.

Ao fim e ao cabo, uma ideia quase empírica de acção, despida de controvérsias doutrinárias, que aparece como suporte da *Formel*<sup>34</sup>. Embora a exacta compreensão deste aspecto requeira dados ainda não disponíveis em texto, pode adiantar-se que se trata apenas de um bocado de actividade humana na qual se encontram actos de execução de dois ou mais tipos legais que se consideram, por isso, em concurso ideal.

### **3. A unidade típica de acção**

A acção naturalística, com o seu estreito critério de unidade, forçou a jurisprudência e a doutrina a corrigi-la. Em duas direcções diferentes. Por um lado, a lei, a correcta interpretação do tipo legal, transforma em unidade certos conjuntos de movimentos corpóreos, unifica o que, na contagem dos *Willensimpulse*, se revelaria certamente plural; é a «unidade típica de acção». Por outro, uma consideração natural das coisas — no sentido do que aparece a um observador despido de pré-compreensões jurídicas — captaria tantas vezes como um só acontecimento toda uma série de acções naturalísticas; trata-se da «unidade natural de acção».

Aquilo a que a doutrina chama «unidade típica de acção»<sup>35</sup> retira o seu interesse tão-só do facto de corrigir a acção naturalística.

---

<sup>34</sup> Sobre a *Formel*, *i.e.*, a fórmula adoptada pela jurisprudência para delimitar os casos de concurso ideal, ver, *infra*, IV 1. e 2.

<sup>35</sup> A jurisprudência usa por vezes, como equivalente, a expressão *tatbestandliche Bewertungseinheit* (cfr. ROXIN, *Strafrecht* II, § 33, Rn. 19).

Explicitando: como o nome indica, há uma unidade de acção que encontra o seu critério no próprio teor do tipo legal de crime, nasce directamente da pena do legislador. A lei por vezes cria uma acção criminosa que indubitavelmente reúne uma pluralidade (homogénea ou não) de acções naturalísticas. Pense-se na rixa, na contrafacção de moeda, na ofensa à integridade física, no roubo. Lançando mão das unidades naturalísticas, do critério dos movimentos corpóreos, cada um desses comportamentos típicos envolve sem dúvida uma multiplicidade de acções. E, contudo, o tipo funde-as, valorando-as como um todo indissociável, mostrando que, por exemplo, tanto constitui uma ofensa à integridade física um único soco como uma «sova». Ilustrando agora com o roubo: os movimentos corpóreos, em si mesmos diversos, de coagir e subtrair formam uma nova acção típica unitária<sup>36</sup>.

A doutrina distingue dois grupos de unidade típica de acção<sup>37</sup>, consoante a descrição da conduta proibida envolva, por necessidade conceptual, um comportamento formado por mais de uma acção singular (exemplifica com a subtracção e a apropriação no furto<sup>38</sup>), ou essa pluralidade de acções singulares aconteça apenas de facto ou na normalidade dos casos em que o tipo se realiza (serve a hipótese já enunciada da «sova», relativa ao tipo das ofensas corporais).

Ainda que possa discutir-se se o problema não ultrapassará a mera unidade de acção, para tomar o seu verdadeiro lugar na unidade de crime, o certo é que, à luz do tipo, consegue apreciar-se como acção unitária a ele subjacente um autêntico feixe de movimentos corpóreos.

A acção moldada pelo tipo não tem relevo positivo para o problema do concurso ideal. Terá quando muito relevo negativo: o que couber na unidade típica de acção não pode, por definição, integrar efectivamente uma pluralidade

---

<sup>36</sup> Note-se que o tipo do roubo pode servir de exemplo, também, para os chamados crimes complexos: o legislador junta numa só norma incriminadora duas acções que, tomadas separadamente, constituíam já outros tipos legais de crime. Mas aqui interessa apenas frisar que, sendo o roubo um só tipo, a sua realização comporta sempre uma pluralidade de acções naturalísticas.

<sup>37</sup> Veja-se, por exemplo, ROXIN, *Strafrecht II*, § 33, Rn. 20 s.

<sup>38</sup> O exemplo pode não servir na ordem jurídica portuguesa, uma vez que a apropriação não passa de uma intenção para além do dolo. Satisfaz, contudo, enquanto exemplo.

de realizações típicas. Por diferentes palavras: a «unidade típica de acção» constitui critério seguro e lógico, já jurídico-penalmente cunhado, de uma unidade criminosa; contudo, uma unidade delimitada pelas ‘paredes’ do tipo legal coincide necessariamente com esse tipo legal; logo, não pode por si mesma unir diferentes realizações típicas, como exige o concurso ideal<sup>39</sup>.

Com certeza que diversas unidades típicas de acção se podem entrecruzar, formando uma zona comum; e que essa intersecção bastará eventualmente para inserir todo o comportamento no âmbito do concurso ideal. Mas a unidade que nesse caso decide o concurso não é a unidade típica de acção, antes a unidade definida pela coincidência, ao menos parcial, dos actos de execução dos vários tipos violados<sup>40</sup>.

#### 4. A chamada «unidade natural de acção»

A tarefa de correcção da unidade de acção naturalística tomou ainda — dizia-se — um segundo rumo: o da «unidade natural de acção» (*natürliche Handlungseinheit*). Trata-se de um conceito de elaboração jurisprudencial, que a doutrina foi procurando limar dogmaticamente. Convém adiantar que a sua análise irá revelar-se longa e de alguma minúcia. Na verdade, o referido conceito convoca aspectos de grande importância para o tema mais vasto do concurso ideal e do concurso em geral; além de que permite captar o fundo do pensamento da doutrina maioritária.

Ao começar esse estudo, deve esclarecer-se ainda que o esforço de penetração nos meandros da figura representa tão-só isso mesmo: uma tentativa de discernimento de como e com que base decidem jurisprudência e doutrina quando a invocam. O que esta tarefa que se inicia tem de próprio é o desfazer

---

<sup>39</sup> Puppe rejeita este raciocínio, na medida em que entende poder partir-se da unidade típica de acção para a descoberta daqueles outros tipos que com ele (e entre si) se encontram em parentesco de ilícito. Quando se juntam no caso, está descoberta a unidade de crime singular que deve ser punida recorrendo ao regime proposto pelo § 52 do *StGB*. Sobre a construção de Puppe veja-se, *infra*, V.

<sup>40</sup> Alude-se aqui ao critério da *Formel*, adoptado pela jurisprudência e doutrina maioritárias como critério do concurso ideal e que pode descrever-se como a intersecção, ao menos parcial, dos actos de execução de vários tipos. Extensamente sobre o ponto, *infra*, IV.



dos nós, a destriça dos fios com que se tece o conceito: pôr, afinal, de manifesto, os aspectos implícitos da «unidade natural de acção».

Numa palavra: ao longo das páginas que se seguem, depois de uma desconstrução do discurso de outros, propor-se-á uma reconstrução desse mesmo discurso; ou seja, apresentar-se-á uma nova interpretação do pensamento e da prática jurisprudencial alemãs em matéria de concurso ideal. Diga-se de novo: interpretar-se-á o que outros dizem e fazem convictamente. Sem os acompanhar nessa convicção. A posição defendida virá mais tarde e — não importa adiantar — rejeitará não apenas a unidade natural de acção, seja qual for a maneira de a entender, como também a própria admissibilidade da figura do concurso ideal.

#### ***4.1. A «unidade natural de acção» enquanto elemento do concurso ideal: uma primeira aproximação***

Por ser figura complexa — fugidia nos seus contornos — convém, numa primeira aproximação, abordar a «unidade natural de acção» em duplo contraponto: com a unidade de acção em sentido naturalístico, por um lado, e com a unidade típica de acção, por outro.

Concedendo de momento que a *natürliche Handlungseinheit* tem em comum com a acção naturalística a sua natureza pré-jurídico-penal — independência dos tipos incriminadores e das valorações próprias da ilicitude e da culpa criminais —, desta se distingue claramente por se afirmar à margem e para além dos movimentos corpóreos e dos impulsos da vontade que os sustentam. Enquanto a acção naturalística divide, procura exprimir a parcela mais elementar da actividade do sujeito, a «unidade natural de acção» congrega, ou seja, despreza uma visão fraccionada e vazia de conteúdo para fixar o olhar no todo, no conjunto, no comportamento que possui afinal um significado social englobante. Quantos movimentos materiais integra? Quantas manifestações de vontade, mecanicamente considerada? Na perspectiva que se expõe, a pergunta pelo número de acções em sentido naturalístico deixa de

importar. Dá-se, por assim dizer, uma libertação do espartilho que a acção causal representa.

A unidade natural de acção liberta-se também (segunda parte do contraponto que se vem fazendo) da linha ‘artificial’ que desenha os tipos legais de crime, as acções típicas. ‘Artificial’ porque afastada do ‘mundo da vida’, onde os desvalores que ela cuidadosamente separa se misturam nos concretos comportamentos humanos — os únicos, aliás, com existência real.

A unidade natural de acção foge, assim, tanto do monismo do positivismo naturalista, como da rigidez do positivismo formal ou legalista. Recusa um molde imposto pela assimilação da racionalidade prática aos critérios das ciências da matéria; do mesmo modo que se afasta da absolutização dos *Tatbestände* e devolve ao poder jurisdicional a relativa ‘criatividade’ que lhe fora subtraída.

A dupla libertação que caracteriza a unidade natural de acção torna-a porventura atraente. Parece conduzir sem mais à contagem de acções tal como elas se apresentam a um «observador imparcial»<sup>41</sup>, descomprometido com o metro do direito penal e dos seus tipos legais. Será uma a acção que corresponda a um só comportamento, segundo as representações correntes ou do senso comum<sup>42</sup>. Habitualmente, a acção realizada na mesma moldura de espaço, de tempo, de situação e de motivação considerar-se-á unitária, suposta a identidade do agente. Um só plano; uma série de actos concatenados que lhe dão cumprimento.

---

<sup>41</sup> É esta a expressão cunhada pela jurisprudência: *einem dritten Beobachter* (cfr., por todos, ROXIN, *Strafrecht* II, § 33, Rn. 48). Ver também a segunda citação da nota seguinte.

<sup>42</sup> O critério foi assim formulado pelo *RG* e pelo *BGH*: «daß sie nach der Auffassung des Lebens eine Handlung bilden» (*BGH* 10, 230 [231]); ou: «das Tätigwerden auch für einen Dritten als ein einheitliches zusammengehöriges Tun bei natürlicher Betrachtungsweise erkennbar macht» (*BGH* 4, 219 [229]). As citações foram colhidas em ROXIN, *Strafrecht* II, § 33, Rn. 30).

A pergunta soa desta ou de parecida forma: «que quis fazer esta pessoa? que fez realmente?». A resposta pode consistir, por exemplo, no seguinte: esta pessoa fugiu da polícia.

Usa-se conscientemente, para ilustrar o conceito, uma decisão-limite da jurisprudência alemã, talvez a mais criticada pela doutrina nesta matéria. O caso *Polizeiflucht* (fuga da polícia) inscreve-se já no rol dos clássicos — fez escola no Supremo Tribunal — e descreve-se como segue: um condutor implicado num acidente, querendo evitar que a polícia aproveite o ensejo para o deter por crime perpetrado anteriormente, foge, abandonando o local do desastre, danificando no seu caminho várias coisas, resistindo a um agente da ordem, lesando a integridade física de um transeunte<sup>43</sup>.

Apenas duas observações:

Nessa fuga, a conexão objectiva, espaço-temporal e contextual, não anula a evidente pluralidade de movimentos corpóreos voluntários: sobrepõe-se a ela, formando uma imagem social unitária<sup>44</sup>.

Nessa fuga — presidida em todos os seus passos por uma indesmentível unidade de propósito, de motivação — o direito penal consegue identificar vários segmentos desvaliosos de comportamento, o mesmo é dizer, várias realizações típicas.

Levando estas considerações a uma linguagem precisa, dir-se-á que existe «unidade natural de acção» sempre que se dêem dois elementos. Por um lado, uma voluntariedade unitária — voluntariedade pura, no sentido de independente de ligações a concretos tipos legais de crime; por isso uma voluntariedade que não se confunde com o dolo, na sua acepção técnico-dogmática; antes uma unidade natural de resolução, um plano não abandonado,

---

<sup>43</sup> Vejam-se as decisões do Supremo Tribunal alemão sobre esta precisa questão e a crítica das mesmas em ROXIN, *Strafrecht* II, § 33, Rn. 51 s.

<sup>44</sup> Sempre poderá dizer-se, claro está, que também é possível ver-se uma unidade de significado social em cada uma das acções praticadas durante a fuga. Sem dúvida. E essa constitui precisamente uma das críticas dirigidas ao conceito da unidade natural de acção: a sua medida não é constante, uniforme. Unidades naturais de acção haverá tantas quantos os planos — mais ou menos abrangentes — em que o «observador imparcial» detiver a sua atenção.

não alterado, nem sequer renovado (pela simples razão de não ter chegado a decair); uma voluntariedade que tão-pouco se reduz a mero impulso de movimento corpóreo singular. Por outro lado, um sentido social unitário do comportamento, ainda que porventura complexo, polifacético. Repisando: ao conceito que se analisa não basta o estrito ponto de vista pessoal-subjectivo, a unidade de actuação na mente do seu autor; faz ainda falta que lhe correspondam efectivas conexões '*naturais*' entre os bocados de actuação, o mesmo é dizer, efectivas conexões de sentido referidas à vida comunitária — as tais que ressaltam a uma observação imparcial do acontecimento. Interessa, pois, o conteúdo de sentido *social* da actuação, independentemente do seu conteúdo típico.

Não pode dizer-se da unidade natural de acção, ao contrário do que se afirma com acerto da acção em sentido naturalístico, que desconheça dimensões valorativas ou normativas. Estas estão lá, embora os valores ou as normas de referência possuam natureza estritamente social, *pré-jurídico-penal*. Por essa diferença de critérios, a quantidade de unidades de sentido natural/social encontradas pode não coincidir com o número de realizações típicas supostas pelo ordenamento criminal.

Precisamente pela enorme liberdade de valoração que este conceito de acção permite ao juiz, a doutrina desconfia dele. Na sua maioria, censura a pouca fiabilidade de um critério tão vago e impreciso. Suficientemente flexível para poder invocar-se a favor de uma decisão que se antevê justa, mas por isso mesmo incapaz de assegurar a necessária certeza do direito penal<sup>45</sup>.

Aos olhos da doutrina maioritária, pois, as unidades de sentido social não parecem dotadas da consistência necessária para servirem de medida (em certo modo) alternativa aos tipos legais. Tais unidades não devem valer como critério, nem para contar crimes, nem para formar substratos autónomos de uma determinação da pena. Quer se encarem do estrito ponto de vista do plano

---

<sup>45</sup> JAKOBS, *Strafrecht*, § 32, Rn. 35-37; ROXIN, *Strafrecht II*, § 33, Rn. 54; STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht*, 6<sup>a</sup> ed., § 17, Rn. 10.

do autor; quer se vejam a partir das relações objectivas de sentido da vida social.

#### **4.2. A «unidade natural de acção» como limite negativo do concurso**

O horizonte de análise do conceito de *natürliche Handlungseinheit* foi, até agora, o concurso ideal. Procurava-se delimitar a expressão normativa *dieselbe Handlung* (a mesma acção) para efeitos de aplicação do regime sancionatório do § 52 do CP alemão<sup>46</sup>; o mesmo é dizer, para ver em que casos uma só acção acompanhava uma pluralidade de realizações típicas. Assim, a unidade natural de acção aparecia como unidade de sentido social em si mesma desligada das unidades de sentido típicas. Explica-se: o significado da acção, ele próprio, nada iria buscar ao significado do tipo. As chaves interpretativas provinham de fontes distintas: do lado da acção, o isento observador; do lado do tipo, o legislador penal. Daí a pluralidade na unidade que caracterizaria o concurso ideal: várias realizações típicas numa só acção social.

Importa agora, neste passo da exposição, pôr a descoberto que o conceito de unidade natural de acção desempenha realmente, na economia das matérias em análise, não apenas uma, mas duas funções diferenciadas. Na verdade, jurisprudência e doutrina<sup>47</sup> servem-se da figura tanto para identificar situações de concurso ideal — foi esse o objecto das últimas páginas — como para dilucidar um problema que nada tem a ver com tal questão. Este segundo papel da *natürliche Handlungseinheit* prende-se com a necessidade dogmática de saber se determinados comportamentos que preenchem reiteradamente um mesmo tipo incriminador consubstanciam um autêntico concurso (real) ou,

---

<sup>46</sup> Recorde-se que aquilo que hoje é matéria do § 52 do *StGB* e inclui o chamado concurso ideal homogéneo, era ao princípio (até 1975) tratado no § 73 do mesmo Código, que previa apenas o concurso ideal heterogéneo.

<sup>47</sup> Mais a jurisprudência, que aliás cunhou a expressão, do que a doutrina. Esta rejeita maioritariamente construir o concurso ideal com base em conceito tão inconsistente. Dito pela positiva: a doutrina maioritária aceita o conceito de unidade natural de acção apenas para a definição da unidade criminosa, em caso de realização iterativa ou sucessiva de um tipo de crime. Já não para definir o concurso ideal, para o subtrair ao concurso real e à sua pena conjunta (*Gesamtstrafe*). Trata aturadamente o tema: WARDA, *JS*, März 1964, Heft 3, p. 81-93.

pelo contrário, um crime *simples*, quer dizer, uma hipótese de «não-concurso». A unidade natural de acção traçaria, desta feita, a fronteira negativa do concurso: aquilo que parecia uma infracção inteira ao lado de outras, inteiras também, mostra-se afinal, atento o sentido do ilícito-típico<sup>48</sup>, como um bocado de um único delito.

Talvez caiba a Maiwald o mérito de ter esclarecido aturadamente as duas funções da *natürliche Handlungseinheit*, ao mesmo tempo que procurava pôr a descoberto as características essenciais da figura, numa e noutra circunstância<sup>49</sup>.

O texto que se segue deve-lhe o fio condutor, na procura de um pouco mais de luz para os casos em que a unidade natural de acção desfaz o que pareceria constituir um concurso real homogéneo, detectando em seu lugar uma unidade de realização típica<sup>50</sup>. Olhar-se-á pois e apenas para o aludido conceito de unidade natural de acção, enquanto critério negativo do concurso, *i.e.*, na sua segunda função, de acordo com o que acima foi dito.

Neste plano — onde o ponto de referência é sempre um e apenas um tipo legal de crime —, a doutrina recorre à unidade natural de acção em duas hipóteses: a da realização iterativa ou reiterada desse tipo legal; a da sua realização sucessiva ou progressiva.

A primeira hipótese pode enunciar-se, de modo esquemático e sincopado, desta forma: acções homogéneas, por violarem o mesmo tipo legal; repetidas, se o ponto de referência for naturalístico.

A segunda traduz-se no problema da tentativa separável da consumação, *i.e.*, da realização tentada de um tipo de crime seguida da realização consumada

---

<sup>48</sup> Ver-se-á mais tarde que, por esta razão, uma parte da doutrina pretende assimilar a unidade natural de acção, nesta sua função, a uma espécie da unidade típica de acção. Por todos, RISSING-VAN-SAAN, *LK, Vor § 52*, Rn. 19.

<sup>49</sup> Veja-se MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 113-115. Reconhecendo-o, GARCÍA ALBERO, "*Non bis in idem*" material, p. 120 e s; SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, p. 130-131; e ainda RISSING-VAN-SAAN, *LK, Vor § 52*, Rn. 18-19.

<sup>50</sup> Deixa-se para o seu lugar próprio a pergunta sobre se, na verdade, estes casos não deveriam resolver-se segundo as regras do 'concurso aparente', sem outra especificidade.

do mesmo tipo. Em terminologia naturalística: acção tentada seguida de nova acção, desta feita consumada.

A pergunta é comum. Um ou vários crimes? Concurso ou não-concurso? Um ou vários substratos fácticos para efeitos de determinação da pena?

***a) A realização iterativa ou reiterada de um tipo legal de crime: a opinião maioritária***

Uma vez mais, a *natürliche Handlungseinheit* surge na sua tarefa de corrigir ou ultrapassar o preconceito da acção naturalística. Pelo menos em certos contextos fáctico-normativos, um crime não corresponderá a uma acção, se por esta se entender a singular manifestação de uma vontade causal. Dito de outro modo: a multiplicidade de movimentos corpóreos não pode obstar a que se reconheça em determinada situação um único delito, quando tal unicidade resultar da interpretação conjunta do tipo violado e da conduta que o infringe.

Certos tipos legais de crime consumam-se tanto através de uma só acção causal como de um punhado delas, por assim dizer. Um golpe não é menos delito contra a integridade física do que dez. E ao contrário. Dez golpes podem representar, *coeteris paribus*, um crime mais grave (maior ‘quantidade’ de crime), mas não — sobretudo não necessariamente — dez crimes (maior número de crimes). O mesmo se deve afirmar para a torrente de palavras injuriosas dirigidas a uma pessoa, para os maços de notas contrafeitas, para várias coisas furtadas.

São tipos que admitem — pela própria natureza do bem jurídico que acautelam — ataques de intensidade variável, uma gama de violações muito ampla e a possibilidade de execução fraccionada, através de actos homogéneos repetidos que, todavia, poderiam reivindicar cada um deles o estatuto de ‘crime perfeito’. Consuma-os um acto mínimo, tanto como outro de grandeza superior ou vários de qualquer ‘tamanho’ em certa unidade contextual. É precisamente esta conexão, capaz de reduzir a cadeia de actos típicos ao crime simples, que a jurisprudência vai buscar à unidade natural de acção.

As decisões convocam a imagem global do facto e fazem depender a unidade do mesmo do juízo de um suposto observador que encarna os critérios «naturalmente» utilizados para a valoração de acontecimentos sociais. Uma apreciação subjectivo-objectiva, na medida em que conhece o concreto pedaço de vida, tanto no seu aspecto interno — o plano do agente — como na sua exterioridade — o desenrolar situado das acções.

Maiwald analisa-a dogmaticamente, fazendo-a assentar em dois elementos: o normativo e o pessoal. Dar-se-á *natürliche Handlungseinheit* — diz — e, portanto, um só crime quando, em unidade de situação concreta, *i.e.*, em estreita relação espaço-temporal, existir apenas um aumento quantitativo da agressão ao mesmo bem jurídico (elemento normativo)<sup>51</sup>, a que corresponda uma única «situação de motivação» por parte do agente (elemento pessoal)<sup>52</sup>. Afinal, uma perspectiva que aborda o facto na sua objectividade desvaliosa e na subjectividade que a acompanha. Que faz depender a unidade do ilícito da unicidade do bem jurídico atacado e da homogeneidade dos actos que compõem esse ataque; e a culpa única da ausência de quebra na vontade de delinquir, no sentido de que todos os actos realizados mais não são do que a consciente exteriorização de um plano nunca negado.

Já Binding afirmava que, nos casos que se analisam, o fundamento da unidade não devia procurar-se na proximidade temporal dos diversos actos de execução, mas sim na possibilidade — concedida pelo tipo — de estender quantitativamente o resultado. Suposta sempre a unidade de resolução<sup>53</sup>.

E Sauer defendia que haveria unidade, ou seja, acções não-independentes quando, do ponto de vista da norma incriminadora, essa

---

<sup>51</sup> A pluralidade de vítimas desfaria a unidade natural de acção e, do mesmo passo, a unidade criminosa, dado que o bem jurídico em causa é altamente pessoal, multiplicando-se portanto pelo número de portadores atingidos.

<sup>52</sup> MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 75-76. Concordando, GARCÍA ALBERO, "Non bis in idem" material, p. 127.

<sup>53</sup> BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, p. 544-546.



pluralidade de actos naturais pudesse ser substituída por um só deles sem que, com isso, o desvalor global do comportamento sofresse alteração sensível<sup>54</sup>.

Note-se que todos estes autores escreviam na base da antiga disciplina do concurso, prevista nos §§ 73 e 74 do *StGB*. O § 74 de então definia o concurso real homogéneo como a plural violação da mesma norma através de várias acções independentes. Daí que o desfazer de uma aparente situação de concurso real passasse por reconhecer no caso diversas acções sim, mas não-independentes, *i.e.*, não-portadoras de um autónomo desvalor<sup>55</sup>. Explicitando: pluralidade de acções causais, mas unidade de acção com significado para a valoração do comportamento global. A modificação do texto legal não parece, todavia, bulir com a validade das construções doutrinárias.

Em suma: a ideia base do que fica dito pode traduzir-se livremente deste modo: ‘mais do mesmo’ — em primeiro lugar, mais do mesmo ilícito-típico — pode não equivaler a vários significados autónomos. Indo à raiz: se o direito penal realiza a função de proteger bens jurídicos, não tem necessariamente de punir várias vezes quando a actividade reiterada do agente não excede a ofensa ao mesmo bem jurídico. Correndo o risco de repetição: maior intensidade não significa necessariamente pluralidade de ilícitos e de penas. A diferença de intensidade reflectir-se-á, em princípio, na medida da única pena. A um ‘mais’ na gravidade do crime corresponderá tão-só um ‘mais’ na gravidade da sanção.

E ‘mais do mesmo’ — em segundo lugar — também do ponto de vista da culpa. Enquanto, na situação concreta, todos os actos singulares provierem do mesmo e único estado de motivação do seu autor, *i.e.*, enquanto cada novo acto significar apenas a continuação de uma só ‘má vontade’, o aproveitamento

---

<sup>54</sup> SAUER, *Grundlagen des Strafrechts*, p. 490 (*apud* MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 75).

<sup>55</sup> GARCÍA ALBERO, "*Non bis in idem*" material, p. 122 s.

de uma mesma oportunidade de delinquir<sup>56</sup>, a culpa permanece unitária. Mais intensa, nalguns casos; mas unitária.

Assim definida, a unidade natural de acção fornece o quadro dentro do qual a violação aparentemente repetida do tipo legal não ultrapassa a fronteira do crime simples.

Mas, assim definida — alerta Maiwald —, a *natürliche Handlungseinheit* mostra que nada possui, afinal, de natural: rege-se por critérios estritamente jurídico-penais de ilícito e de culpa; critérios que procuram identificar os casos em que os actos que realizam o tipo merecem ser considerados como um todo a que se aplica uma só vez a consequência jurídica prevista na lei, separando-os das hipóteses de autêntico concurso (real). Um ilícito; uma culpa; um objecto unitário de punição. A este reparo — importante reparo — voltar-se-á mais tarde<sup>57</sup>.

***b) A realização sucessiva ou progressiva do mesmo tipo de crime: a doutrina dominante***

Por vezes, apenas conceptualmente se pode separar a tentativa da respectiva consumação. Outras, por se desdobrarem no tempo os actos de execução não coroados de êxito e os novos actos que consomem o crime, torna-se difícil saber quando deve afirmar-se um só delito ou, pelo contrário, uma pluralidade criminosa (delito tentado e delito consumado).

Dizendo o mesmo de outra forma: dúvidas não há de que, num processo que se desenrola sem interrupção do início ao fim do *iter criminis*, a agressão voluntária ao bem jurídico permanece uma só, crescendo em perigosidade até desembocar na lesão<sup>58</sup>. O problema surge quando, após uma tentativa, a

---

<sup>56</sup> Ver MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 76-77, onde o autor se esforça por distinguir crime simples e crime continuado no plano da culpa. Porque, do ponto de vista do ilícito, da violação do bem jurídico, os dois equivalem-se. Afirma, pois, que, no crime continuado, a vontade de delinquir se renova em cada oportunidade que surge; ou seja, nessa figura delituosa, o autor utiliza nova energia em cada mudança de situação.

<sup>57</sup> *Infra*, III 1.

<sup>58</sup> Por facilidade de expressão, toma-se a parte pelo todo: referem-se explicitamente apenas os crimes de dano, sem com isso pretender excluir os crimes de perigo daquilo que se afirma.

actividade do agente cessa, sendo retomada depois na prossecução de idêntico resultado.

Indo aos casos da vida. Deverá considerar-se uma só acção a de alguém que durante anos persegue outra pessoa com o objectivo de a matar, vai de tentativa em tentativa, até que por fim alcança o seu propósito? Ou a conduta daquele que sucessivamente muda de método de contrafacção, até conseguir uma moeda que passe por autêntica? Ou ainda a hipótese de *A* que tenta matar *B* em certa data, provocando-lhe apenas um ferimento, e renova o intento, desta vez com êxito, dez dias depois?

A jurisprudência faz depender a unicidade do delito da verificação de uma unidade natural de acção. Uma vez mais apela à capacidade correctora deste conceito, enquanto aglutinador de várias acções causais que se mostrem, a um observador imparcial, como meras partes de um comportamento de sentido global unitário. Tal como se viu acontecer na realização iterativa de um tipo legal, também aqui a jurisprudência reconduz à unidade de acção — e, por isso, de delito e de pena — as acções tentada e consumada que, além de externamente concatenadas, pareçam obedecer a uma única decisão do seu autor. Deve acrescentar-se que, na linha do carácter natural dessa unidade de acção, os tribunais tendem a encontrar o critério da resolução única na proximidade espaço-temporal dos singulares actos praticados. O afastamento, o intervalo entre o delito tentado e o consumado denunciariam uma duplicação de vontades e, portanto, duas acções, duas infracções a punir separadamente.

Na procura da razão mais funda deste tratamento jurisprudencial do problema, Maiwald aponta de novo o dedo para uma confusão entre o plano fáctico e o plano normativo: os juízes estariam com efeito convictos de que a intensidade da culpa pela primeira tentativa é diferente consoante o acto de consumação se siga ainda dentro da mesma situação de facto criada ou, pelo contrário, já fora dela. Dito de outro modo: apesar de invocarem um critério «natural», a decisão do caso viria afinal ditada por um autêntico critério «valorativo» — o da culpa criminal. Não fora assim e a distância temporal

constituiria um critério vago e, acima de tudo, ilegítimo para determinar consequências jurídicas tão díspares<sup>59</sup>. Dever-se-ia equiparar a tentativa de homicídio inconsequente, seguida, semanas depois, por nova acção, desta vez consumada, ao caso de envenenamento fatal, mas intencionalmente desdobrado em várias aplicações da substância tóxica, com semanas de intervalo entre elas?

Na fundamentação dogmática, alguns autores encontram uma enorme semelhança entre estes casos e os de realização iterativa de um tipo legal<sup>60</sup>. Também aqui se daria apenas uma intensificação, um aumento quantitativo do ilícito. Ao menos da perspectiva do bem jurídico protegido, que representa a sucessão de tentativas senão um adensar do mesmo perigo que, a seu tempo, desembocará na consumação? E exigir-se-ia igualmente a unidade de «situação de motivação», que torna único o inteiro comportamento, sublinhando a dimensão subjectiva que o define como tal<sup>61</sup>.

Autores como Maiwald enfatizam, contudo, a distinção «estrutural» entre a iteratividade e a sucessão. Naquela assiste-se a uma «aparente multiplicação de um mesmo tipo legal»<sup>62</sup>, através da prática de singulares actos causais homogéneos, todos eles capazes de consumir o delito e por isso igualmente desvaliosos. Nesta, de modo diverso, os actos tentados podem até preencher a factualidade típica de um crime diferente daquele que, por último, se consumará. Pense-se nas ofensas à integridade física que antecedam a produção da morte, fim realmente procurado em cada um dos intentos. Aquilo que torna estes actos individuais homogéneos ou equivalentes é a sua relação com o objectivo perseguido pelo agente. Ora, continua Maiwald, essa relação

<sup>59</sup> MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 90 s.

<sup>60</sup> Cfr. GARCÍA ALBERO, "Non bis in idem" material, p. 130 s.

<sup>61</sup> Não se precisa aqui, propositadamente, se essa dimensão subjectiva se reporta ao lado subjectivo do ilícito ou já à categoria da culpa. Para não acrescentar neste ponto um outro nível de análise, que iria em prejuízo da clareza do discurso.

Curtas interrupções da execução não quebram a unidade de acção. Tal como não a quebram pequenas interrupções do propósito criminoso.

<sup>62</sup> A expressão — «molteplicazione della stessa fattispecie legale» — é utilizada por alguma doutrina italiana. Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. PG*, p. 408. Usa-a também GARCÍA ALBERO, "Non bis in idem" material, p. 121-122.

existe sempre, em qualquer sequência de tentativas e consumação, *i.e.*, em todas as hipóteses de realização sucessiva de um tipo legal. Logo, conclui, neste âmbito, o elemento normativo — a vertente do ilícito — não possui em si mesmo qualquer aptidão para separar dos restantes os verdadeiros casos de unidade de acção. Tudo deveria, pois, ser deixado ao elemento pessoal<sup>63</sup>.

Em suma — e dando solução aos casos deixados em aberto —, nas hipóteses de realização sucessiva de um tipo legal, haveria unidade natural de acção e apenas um crime *simples* sempre que tentativa (ou tentativas) e consumação pudessem reconduzir-se a um só acto de ‘vontade culpável’, nos termos expostos.

Deve acompanhar-se Maiwald na crítica reiterada ao falso «naturalismo» da jurisprudência<sup>64</sup>. A solução há-de ser normativa e isso se dirá de seguida.

O mesmo não acontece, porém, no que à construção dogmática proposta diz respeito. Porquê dispensar tratamento diverso aos casos de realização iterativa do tipo e às hipóteses de realização sucessiva do mesmo? Por que razão deve o último assentar no elemento pessoal, como critério exclusivo capaz de delimitar a unidade de acção criminosa, e o primeiro necessitar ademais de um momento objectivo ou normativo, para usar a terminologia do penalista alemão?

Discorde-se ou não de Maiwald quanto ao fundo da questão, não se vê como possa sustentar, partindo da sua própria visão das coisas, tal disparidade de apreciação. Afirma com clarividência que o cimento agregador da cadeia de actos sucessivos — tentativas e consumação — consiste na sua relação com o fim pretendido pelo agente. Ora não será esse mesmo fim ou plano subjectivo que determina a unidade criminosa, ou a falta dela, nas hipóteses de iteração? Estará ao alcance do tipo objectivo unir ou dividir acções que o violam, quando cada uma delas, por si só, o ‘satisfaz’, e de igual modo o ‘satisfazem’ todas

---

<sup>63</sup> Cfr. MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 85 e s, sobretudo p. 88.

<sup>64</sup> Ver o que se disse, a propósito da solução jurisprudencial para os casos de iteração criminosa, na Parte Primeira, III 1.

juntas? Um tipo legal iterativo, precisamente por deixar indeterminada a ‘quantidade de matéria’ que o consuma, não fornece dados de conduta externa que infalivelmente guiem o intérprete para uma individuação de delitos.

Crítica parecida se pode formular do ângulo oposto. Maiwald compreende que o que congrega as acções sucessivas e as torna homogéneas não é a pertença exteriormente evidente a uma só descrição típica, mas antes o facto de convergirem para uma mesma consumação. Ao conceder isto, está do mesmo passo a ultrapassar a dificuldade de alguns em encontrar progressão criminosa<sup>65</sup> entre tentativa e consumação, quando a tentativa preencher também, de passagem, um outro tipo legal; volte-se ao exemplo das ofensas corporais consumadas nos vários intentos falhados de matar alguém. Porque não aceita então assimilar o desvalor objectivo — o elemento normativo, como prefere chamar-lhe — da iteração criminosa ao da realização sucessiva do tipo? Porquê, se em ambos ocorre um aumento quantitativo da agressão ao mesmo bem jurídico?

Vendo as coisas do estrito ponto de vista da sua lógica interna, parece que a solução de Maiwald para o problema da unidade natural de acção não deveria assentar num duplo critério (normativo e pessoal) para as hipóteses de iteração criminosa e, ao invés, num só deles (o pessoal) nas situações de sucessão de actos tentados e consumados. Continuando a manter de lado a discussão dos pressupostos doutrinários deste autor, terá de levar-se mais longe o reparo: para ser coerente, o seu discurso deveria privilegiar, nos dois casos, o elemento pessoal.

---

<sup>65</sup> Fala-se de progressão criminosa em sentido amplo, não na precisa acepção adoptada por alguma doutrina italiana, a partir de Ranieri, que distingue a progressão criminosa do crime progressivo e chega a fazer da primeira uma categoria do concurso aparente. Cfr., ALDO MORO, *Unità e pluralità di reati*, p. 97 s; e VASSALI, *Enc. Diritto* XXXVI, p. 1153 s. Veja-se também, quanto à sucessão criminosa de que se fala em texto, GARCÍA ALBERO, "*Non bis in idem*" material, p. 129 s.

### III. Uma interpretação diferente do sentido da «unidade natural de acção»: unidade natural de acção e «juízo (jurídico) de culpa global»

#### 1. A passagem de uma «culpa meramente social» à culpa jurídico-penal

Neste momento da exposição, torna-se conveniente voltar à crítica feita pela doutrina à unidade natural de acção, no exacto ponto em que lhe chama enganadora. Com efeito, onde se espera encontrar (dada a expressão utilizada) um critério natural, descobre-se uma valoração das coisas jurídico-penalmente cunhada.

A jurisprudência fala de sentido global unitário de uma conduta, medido por um observador imparcial, objectivo; usa como argumento decisivo para a unidade de acção a proximidade espaço-temporal dos singulares actos praticados, que indicia uma vontade una. E, contudo, a doutrina detecta, por trás desse esquema argumentativo, uma apreciação do caso fundada em critérios dependentes do tipo legal de crime, nomeadamente de culpa<sup>66</sup>.

Está bem de ver que uma decisão jurisprudencial jamais pode assentar na pura facticidade. Convém, no entanto, para situar a questão, lembrar que a doutrina da unidade natural de acção aparece para fazer face a uma dificuldade de carácter concursal: para identificar a unidade ou a pluralidade de acções em determinado comportamento complexo que realiza um tipo legal; para esclarecer se existe um verdadeiro concurso real homogéneo ou uma hipótese de não-concurso, de delito simples; para desfazer, enfim, uma dúvida sobre o número de crimes a imputar a um agente, tendo em vista sobretudo o regime de punição.

Sistematicamente, o problema do concurso costuma colocar-se entre as questões últimas. Depois, por conseguinte, da indagação do conteúdo de ilícito e de culpa de cada acto isolado; ou seja, depois de um juízo baseado em inequívocos critérios de natureza jurídico-penal.

O que se espera da figura da unidade natural de acção é, pois, uma valoração de conjunto, englobante. Um juízo compreensivo, de síntese.

---

<sup>66</sup> Cfr. MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 88 s.

E o que seria, neste caso, uma síntese «natural»?

Viu-se já que a jurisprudência apoia a unidade natural de acção, em definitivo, na unidade de resolução. Quer na iteratividade, quer na sucessão de actos tentados e consumados, suposta a identidade do tipo violado, o único factor capaz de desdobrar a realização típica é o pessoal, quer dizer, a convicção de que cada acto singular não constitui parcela de um todo, mas antes manifestação cabal de uma vontade sempre mantida.

Viu-se ainda que o elemento pessoal —a culpa, para os quadros de Maiwald— decide, também doutrinalmente, a unidade de acção ou a sua ausência.

Como equacionar a diversa — ao menos aparentemente diversa — compreensão desse critério?

Comece-se pela jurisprudência. A unidade de resolução de que fala nunca pode coincidir com o número de manifestações de vontade naturalística: foi precisamente para romper os estreitos quadros positivistas que se forjou o conceito de unidade natural de acção. A linguagem utilizada parece indiciar uma fuga à abordagem técnico-dogmática própria do direito penal, sem renunciar, contudo, a um juízo de valor. Talvez se pudesse pensar — e desse modo conseguir alguma clareza — que a jurisprudência procura situar o seu conceito de unidade de resolução e, sobretudo, de unidade natural de acção no plano normativo-social. O que tenta obter, através do «observador imparcial», é a valoração definitiva de todo o facto pela comunidade; a censura global que a sociedade dirige ao autor de tais actos.

Superando a bipartição dogmática, categorial, entre ilícito e culpa, a unidade natural de acção traduziria assim um juízo compreensivo sobre o inteiro comportamento do agente, numa síntese valorativa de carácter social. Numa palavra: a unidade de resolução, critério decisivo de uma tal unidade subjectivo-objectiva, corresponderia em último termo ao que poderia denominar-se ‘culpa social’.

Como atrás se disse, a unidade natural de acção insere-se, não num momento inicial da análise da conduta criminosa, que percorre, um por um, os



degraus da doutrina geral do crime, mas no instante derradeiro de decisão sobre a questão concursal, *i.e.*, sobre o carácter unitário ou plural do comportamento. A ‘culpa social’ apareceria pois como um conceito totalizante, consubstanciador do inteiro conteúdo desvalioso do facto, olhado da perspectiva dos membros da comunidade.

À semelhança da jurisprudência, também a doutrina tradicional dá preferência ao elemento pessoal na descoberta de uma eventual unidade de acção em casos de realização iterativa ou sucessiva de um tipo legal de crime. Fala de «unidade de resolução»<sup>67</sup>; de «unidade de situação de motivação»<sup>68</sup>; de «decisão única contra o direito»<sup>69</sup>. Mais uma vez, um critério de culpa<sup>70</sup>.

Contudo, a doutrina tem consciência de que a unidade natural de acção não assenta em qualquer juízo natural, na «culpa social» da jurisprudência. Está disposta a aceitar o papel individualizador da figura na concretização de tipos legais iterativos ou sucessivos, mas com base num autêntico critério de «culpa jurídico-penal», ainda que de conteúdo alargado.

Com efeito — e pretendendo tão-só interpretar pensamento alheio —, a noção de culpa aqui presente é muito ampla. Tão ampla que chega a identificar-se, nas chamadas «formas do crime» e em particular no concurso, com o próprio delito no seu todo. Um pouco à maneira da dogmática do séc. XIX, onde a imputação do facto à pessoa do agente — a afirmação de uma

---

<sup>67</sup> Ver, por todos, EDUARDO CORREIA, *A teoria do concurso*, p. 91 s, especialmente p. 94 s, e *Direito criminal II*, p. 201-202.

<sup>68</sup> MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 90 s. Concordando com o autor alemão, GARCÍA ALBERO, *"Non bis in idem" material*, p. 127.

<sup>69</sup> L. VON BAR, *Gesetz und Schuld III*, p. 563-364: haverá nova decisão apenas quando o agente tiver de ultrapassar uma situação de «dissuasão ética profunda» (*eine tiefgreifende ethische Abmahnung*); MAURACH, R., *Deutsches Strafrecht. AT*, 3ª ed., p. 657: serão duas as acções quando houver uma «completa regeneração da vontade» entre a primeira e a segunda (tentativas, por exemplo).

<sup>70</sup> Deve observar-se que todo este ponto se faz em diálogo com autores que se inserem nas escolas clássica e neoclássica, perfilhando uma concepção do ilícito penal como ilícito objectivo. Como se explicará em texto, já a seguir, tal posição interfere, como é óbvio, nesta matéria e explica a afirmação de que a unidade de resolução e os demais critérios apontados pertencem à categoria dogmática da culpa. Curiosamente, nota-se alguma impermeabilidade desta matéria — do modo como é tratada — à influência dos novos quadros dogmáticos do ilícito pessoal. Esta questão será amplamente discutida mais adiante.

responsabilidade penal individual — não se fazia acompanhar da necessária distinção entre ilícito e culpa<sup>71</sup>.

A raiz, porém, do que hoje se observa situa-se talvez nos antípodas desta doutrina. Na verdade, os autores até agora citados revêem-se, maioritariamente, nos quadros do «ilícito objectivo». E esse modo de conceber o crime encontra na categoria da culpa o lugar sistemático adequado (quase exclusivo) para a apreciação do elemento pessoal. Ora, em juízos de índole compreensiva, onde o delito deve entrar com a sua natureza subjectivo-objectiva, o intérprete objectivista vê-se obrigado a antepor o plano da culpa ao do ilícito-típico. Dito de outro modo: a ordem metodológica dos sistemas clássico e neoclássico — acção, tipo, ilícito, culpa — falha quando aplicada à decisão sobre a unidade ou pluralidade de acções criminosas. Falha e exige um novo juízo, ulterior, global, capaz de valorar na totalidade dos seus aspectos o comportamento em causa. Em termos definitivos: o juízo de culpa global torna-se necessário para a correcta apreensão do delito concreto no seu todo; e mais ainda: apresenta-se como imprescindível para a delimitação do próprio ilícito-típico, na sua objectividade<sup>72</sup>.

---

<sup>71</sup> É a primeira vez que, em texto, aparece a referência à dogmática do séc. XIX. Mais adiante, ao analisar a jurisprudência do *Reichsgericht*, ver-se-á como as suas decisões nesta matéria parecem devedoras desses mesmos quadros. Sobre o conceito de imputação subjacente à literatura alemã e francesa do séc. XIX, reportando-se, nesse contexto, à contraposição entre *imputatio physica* e *imputatio moralis* e, no âmbito da última, à destriça entre *imputatio facti* (*Zurechnung zur Tat*) e *imputatio iuris* (*Zurechnung zur Schuld*), afirmando que na segunda se estava perante o juízo global de culpa a que a doutrina maioritária reconduzia o conteúdo do tipo (*Tatbestand, corpus delicti*), cfr. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, Parte I, Tít. I, Cap. I (notas 37, 47 e texto correspondente), e Tít. II, Cap. I (texto de notas 16 e s, especialmente a nota 21) e Cap. II (texto de notas 77 e s). Sem prejuízo do que acaba de referir-se, vendo na *imputatio iuris* e, assim, na *Zurechnung zur Schuld* alemã e na *coupabilité abstraite* francesa uma antecipação do moderno ilícito pessoal (se bem que num sentido radicalmente distinto do referido em KARL LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, p. 60 s e 68 s), ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, Parte I, Título II, Cap. I, texto correspondente às notas 18 s e 77 s.

Sem esquecer o que vem de dizer-se, ao longo da exposição continuará a privilegiar-se o diálogo com a doutrina dominante e, por conseguinte, com o pensamento do ilícito objectivo. Não se pretende catalogar autores, apenas dizer que, neste ponto concreto da matéria criminal, *i.e.*, olhando apenas para o que escrevem nos capítulos dos tratados que versam o concurso, o intérprete parece autorizado a ver sempre essas posições como enquadráveis nas escolas clássica ou neoclássica.

<sup>72</sup> No seu número, antes de mais. A pura objectividade não é em todos os casos capaz de dividir delitos homogéneos ou de afirmar a sua unicidade.

Recapitulando. Quer o olhar proceda de um plano natural/social, quer se perspectivem as coisas segundo conceitos jurídico-penais, é o juízo compreensivo de culpa que determina a unidade de acção nos tipos iterativos e sucessivos.

Ora — e é este o ponto a sublinhar — o ângulo puramente social, na realidade, não existe sozinho. Quanto mais não seja porque o problema que se analisa situa-se indiscutivelmente no âmbito de um tipo legal de crime. Torna-se pouco menos do que impossível não contar com as indicações normativas da lei incriminatória para formular um juízo valorativo do qual depende uma determinada sanção penal.

A doutrina ressalta, até, que a substância das decisões jurisprudenciais nesta matéria está correcta, apesar de as palavras utilizadas parecerem apontar para um critério meramente natural ou, no limite, normativo-social. Em suma: a chamada «unidade natural de acção» integra, explícita ou implicitamente, um verdadeiro juízo normativo-penal sobre a quantidade de acções delituosas presentes num comportamento complexo mas dirigido, todo ele, contra o mesmo tipo legal de crime. O elemento pessoal que, em último termo, a define, ainda quando apresentado como critério tão-só social, utiliza elementos de genuína valoração jurídico-penal. A ‘culpa criminal’ sobrepõe-se, por assim dizer, à ‘culpa social’.

## ***2. O critério da «culpa jurídica global» aplicado ao chamado concurso ideal «homogéneo»***

O texto vem-se centrando na análise do problema da unidade natural de acção enquanto critério de não-concurso. As hipóteses de realização iterativa e sucessiva de um tipo de crime só podem constituir *ou* uma unidade de crime simples *ou* um caso de concurso real homogéneo, consoante se reconheça ter existido uma só acção ou várias; o que equivale a dizer, conforme se dê, em definitivo, uma só «culpa global» ou, pelo contrário, várias. Pressuposta, claro está, a identidade do tipo de ilícito e a sua capacidade de sofrer ataques de

maior ou menor intensidade; *i.e.*, tratando-se de crimes nos quais o elemento «quantidade de ilícito» possa fazer sentido.

Acrescente-se agora — pese o risco de explicitar uma evidência — que essa unidade de acção corresponde, sem mais, a uma unidade de delito. Uma acção, um crime, já não ao modo naturalista/positivista — com a sua noção causal, pré-jurídica de acção a determinar o conceito de crime —, mas segundo este outro entendimento: uma só «culpa criminal total», logo, uma única infracção penal. Tudo foi valorado: o ilícito-típico e a culpa; e ainda aquela posterior dimensão — que a doutrina do «ilícito objectivo» obriga a considerar à parte — onde o facto aparece na sua incindível unidade subjectivo-objectiva<sup>73</sup>.

Na posse de todos estes dados e no momento de regressar ao estudo específico do concurso ideal, talvez uma pergunta surja, irresistível e pertinente. A doutrina sempre falou — numa equação lógica de duas variáveis — de concurso real homogéneo e heterogéneo e, no lugar paralelo, de concurso ideal homogéneo e heterogéneo. Mas — é esta a questão — existirá na verdade concurso ideal homogéneo, enquanto conceito com espaço próprio<sup>74</sup>?

---

<sup>73</sup> Ver, *supra*, III 1.

<sup>74</sup> Partindo de outros pressupostos, Ingeborg Puppe vai recusar, também, a existência de um concurso ideal homogéneo (cfr. PUPPE, *Idealkonkurrenz*, p. 239-242; *idem*, *GA*, p. 163, nota 4).

A sua explicação é a seguinte. Nessa pseudo-categoria não há, na verdade, concurso de normas, não há necessidade de aplicar vários tipos para captar todo o conteúdo de ilícito e de culpa de um crime. Logo: o tiro que mata mais de uma pessoa não é concurso ideal, mas concurso real de delitos, *i.e.*, dois crimes, se forem duas as mortes. Como se verá, tudo isto confirma que Puppe mais não faz do que chamar concurso ideal àquilo que a maior parte da doutrina chama concurso aparente. Ou seja: chama concurso ideal apenas aos casos em que possa dizer que há um só ilícito. Portanto, Puppe nunca admite em concurso ideal uma pluralidade de delitos: apenas chama concurso ideal àquilo que reconhece como um só crime com pluralidade de realizações típicas.

Ainda de acordo com a mesma autora, os bens jurídicos pessoalíssimos são diferentes pela importância e pelo significado existencial que têm para o seu portador. É pois por fundamentos normativos que se tem por inconveniente considerar a violação de bens jurídicos pessoalíssimos de diferentes portadores como um único resultado ilícito (*eine einziger Unrechtserfolg*). Concurso real, portanto, apesar da unidade temporal e homogeneidade da vivência, sempre que em causa estiverem bens jurídicos pessoalíssimos (vida, integridade física e liberdade) de diferentes portadores. Se uma tal situação não integra um único resultado ilícito, então deverá considerar-se que se está perante vários *Unrechtsfälle* e portanto vários *Einzelverbrechen*. Sobre o pensamento de Puppe, mais desenvolvidamente, ver, *infra*, Cap. V.

«Homogéneo» significa que está em causa sempre e apenas o mesmo tipo legal. Concurso *ideal* — e não real — quer dizer que se considera preenchido o requisito «uma só acção» (*dieselbe Handlung*, no dizer do § 52 do Código Penal alemão). Ora — indo directamente ao que importa — não era este também o conteúdo da discussão a propósito da realização iterativa do tipo? A questão, nos casos designados por concurso ideal homogéneo, não se apresentará na substância como essa outra, a decidir, portanto, com os mesmíssimos critérios?

Não se duvida da pertinência lógico-formal da distinção entre concurso ideal homogéneo e heterogéneo. Mas, na ciência prática do direito, conjuntos vazios não relevam. O que se quer afirmar é tão simples quanto isto: o concurso ideal homogéneo não passa de uma categoria supérflua. Quando parece cumprir-se, o que fica, na realidade, a descoberto, é um problema de iteração criminosa. E, tal como se viu relativamente a esta, duas possibilidades se abrem: *ou* existe um só delito, *ou* se dá um verdadeiro concurso, mas *real*.

Com toda a clareza: o critério que divide acções, no quadro de um único tipo, não pode variar conforme se chame ao problema concurso efectivo, porventura ideal, ou simples iteração criminosa.

A «unidade natural de acção», tal como é entendida pela jurisprudência e pela doutrina do «ilícito objectivo», permite resolver do mesmo passo quer a realização iterativa e sucessiva de um tipo, quer o tradicional concurso (ideal) homogéneo. Em todos estes casos, a dúvida concursal configura-se de modo semelhante e radical: uma ou várias acções? Que afinal se torna sinónima desta outra: um ou vários crimes?

A estranheza que estas afirmações possam causar deriva talvez da não distinção entre duas questões diferentes: a do número aritmético de tipos violados (no caso um só) e a da natureza dos bens jurídicos por eles protegidos. Na verdade, os exemplos clássicos de «concurso ideal homogéneo» dizem respeito a bens jurídicos «pessoalíssimos» ou «eminentemente pessoais». O tiro que mata duas pessoas, a bomba que fere três, o insulto que ofende a honra

de várias. Uma única norma incriminadora em causa, mas duas, três ou várias vítimas atingidas num desses bens que não existem sem o seu titular<sup>75</sup>.

Fora outra a natureza do bem jurídico — tivessem o tiro ou a bomba estragado coisas, ainda que de diferentes donos — e a unidade de acção corresponderia à unidade de crime simples<sup>76</sup>. Aliás, tão-pouco falta à realização iterativa do tipo<sup>77</sup> o limite dos bens jurídicos pessoalíssimos: infringir duas vezes, contra distintas pessoas, uma norma legal que acautele bens dessa natureza afasta, para a doutrina maioritária<sup>78</sup>, a possibilidade da unidade de delito.

Em suma: o concurso ideal que compreenda ataques a bens jurídicos pessoais de diferentes sujeitos nunca será homogéneo, pela simples razão de que os tipos penais protectores de bens com essa característica devem entender-se *uti singuli*; quer dizer: cada vítima esgota o tipo legal; ou, de modo ainda diferente, a pluralidade de portadores de bens jurídicos pessoalíssimos desdobra os correspondentes tipos, de modo que o número destes passa necessariamente a coincidir com o dos ofendidos. Em definitivo, o concurso ideal, tal como a doutrina tradicional o pensa, reveste uma forma exclusiva: a da heterogeneidade<sup>79</sup>.

---

<sup>75</sup> Sobre a noção de bem jurídico «pessoalíssimo», além da obra de Puppe citada na nota anterior, consulte-se, por todos, EDUARDO CORREIA, *A teoria do concurso*, p. 122-123, e ainda 255 s.

<sup>76</sup> Esta opinião não colhe o aplauso de alguns autores: os que defendem que, também nos crimes contra a propriedade, a unidade deixa de poder afirmar-se caso a actuação tenha por objecto bens pertencentes a várias pessoas (e isso for do conhecimento do agente). EDUARDO CORREIA, (*ibidem*, p. 257 s) aborda a questão, a propósito do crime continuado, para sustentar a tese defendida no texto. No próprio âmbito do concurso ideal homogéneo, ROXIN (*Strafrecht* II, § 33, Rn. 81) dá conta da diversidade de pareceres, inclinando-se para a possibilidade de se ver nalgumas hipóteses uma unidade natural de acção. A favor do concurso ideal homogéneo, apesar de mais de uma pessoa se ver afectada pelo crime, pronuncia-se S/S/STREE/STERNBERG-LIEBEN, 28ª ed., § 52, Rn. 29. Contra, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, 5ª ed., § 67 II 1. Importa ainda esclarecer que tal posição não provém forçosamente dos penalistas que adoptam uma concepção pessoal de património. Trata-se de problemas independentes. Sobre a concepção pessoal de património, ver, por todos, PEDRO CAEIRO, *Sobre a natureza dos crimes falenciais*, p. 56-79.

<sup>77</sup> A figura, repete-se, que torna supérfluo o tipo de concurso a que o texto se vem referindo.

<sup>78</sup> Cfr. opiniões contrárias em RISSING-VAN-SAAN, *LK*, 12ª ed., *Vor* § 52, Rn. 14.

<sup>79</sup> Diversamente, admitindo o concurso ideal homogéneo no caso de se estar perante uma conduta negligente, STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht. AT*, § 18, Rn. 34, *in fine*.

Mantendo o discurso, por enquanto e sem concessões, dentro dos quadros dogmáticos do ilícito objectivo, o impropriamente chamado concurso ideal homogéneo constitui problema a tratar no horizonte compreensivo da «unidade natural de acção» ou, se se preferir, no âmbito *ou* do delito simples *ou* do concurso real, definidos por recurso ao conceito de «culpa criminal global».

### ***3. A «unidade natural de acção» no denominado concurso ideal «heterogéneo»***

A análise da chamada «unidade natural de acção» surgiu, neste estudo, num específico contexto: o de procurar discernir a natureza do concurso ideal. Uma acção, várias realizações típicas — assim se definiu de início a figura. A incerteza quanto ao preciso significado desta «acção do concurso ideal» obrigou a percorrer um caminho, ainda não concluído, mas similar ao que outros andaram, em idêntica procura. Até agora, esses «outros» escolhidos para dialogar procedem das escolas clássica e neoclássica, filiando-se assim numa concepção objectiva do ilícito.

Para efeitos de aplicação do regime próprio do concurso ideal, faz falta, mais do que uma definição de acção, um ‘critério numérico’, no sentido de um elemento que permita traçar a fronteira entre unidade de acção e ‘tudo o resto’. Compreende-se, por isso, que acção naturalística, unidade de acção típica e «unidade natural de acção» não tenham correspondido a qualquer das concepções de acção da doutrina geral do crime.

Com a análise — ainda em curso — da *natürliche Handlungseinheit*, tornou-se claro que o ambicionado conceito de unidade de acção configura um ponto de chegada, mais do que um ponto de partida. Melhor dizendo: deixa de representar um elemento do juízo concursal, para se tornar na chave explicativa do mesmo. Consiste numa valoração total ou compreensiva; numa valoração que está para além das categorias formais de um sistema objectivista ou do

ilícito objectivo: o juízo normativo-penal de culpa global, já caracterizado a propósito das hipóteses de realização iterativa e sucessiva de um tipo de crime, bem como do impropriamente chamado concurso ideal homogéneo.

Deve agora prosseguir-se, indagando sobre o autêntico concurso ideal. Que papel jogou a unidade natural de acção na construção da figura? Como a compreenderam, a este propósito, a jurisprudência e a doutrina? E, sobretudo, que sentido adquire, no concurso que abraça diferentes tipos de crime, o juízo de culpa jurídica global?

### ***3.1. A jurisprudência e a doutrina maioritárias***

Disse-se acima, numa primeira aproximação ao conceito de unidade natural de acção — e tendo como pano de fundo o problema do concurso ideal —, que ele se desligava, por um lado, da mera vontade causal e, por outro, da ‘vontade do legislador’, do modo como este dividia os seus tipos de crime. Que a unidade natural de acção utilizava um critério de valoração social, apoiando-se no concreto plano do agente, assim como na imagem que do facto teria um observador imparcial. Utilizando um caso recorrente da jurisprudência alemã, mostrou-se como uma fuga à polícia, que jurídico-penalmente integrava vários ilícitos-típicos, poderia consubstanciar uma só acção para efeitos do § 52 do Código, a punir com a pena única do concurso ideal. Esclareceu-se também que a doutrina se recusava a aceitar um critério tão pouco consistente para trazer para um âmbito concursal ‘mais benigno’ hipóteses que, de outro modo, configurariam um concurso real.

No entender da doutrina dominante, o caminho dos tribunais (do *RG*), no que à unidade natural de acção em sede de concurso ideal diz respeito, teria começado como vem de referir-se. O trabalho dos juízes consistiria, antes de mais, em saber se se verificava um só «crime social», um só acontecimento ou «pedaço de vida» socialmente danoso — o exemplo da fuga à polícia ilustra bem este primeiro passo. Obter-se-ia, deste modo, a unidade de acção em



sentido pré-jurídico, elemento imprescindível do concurso ideal. Avançar-se-ia, depois, para a qualificação normativa desse substrato unitário, dessa «unidade natural de acção». Contendo ela diversidade de realizações típicas, estar-se-ia em presença de comportamento a punir de acordo com o § 52 do *StGB*, *i.e.*, como se de um só crime se tratasse.

Sem o ponto de referência seguro de um único tipo violado — como acontecia nos casos de iteratividade e sucessão criminosas —, a jurisprudência ter-se-ia apercebido de que o recurso ao observador imparcial não se revelava fundamento bastante nem medida firme. O único critério constante de unidade de acção, comum a todos os «pedaços de vida», descansava no plano ou projecto do agente. Um elemento subjectivo, psicológico, que parecia desse modo sobrepor-se ao direito na tarefa de julgar. Ficou célebre uma afirmação lapidar do *RG*: «*Nicht der Handelnde, sondern das Recht bestimmt, was als eine Rechtsverletzung zu betrachten sei*»<sup>80</sup>.

A jurisprudência ter-se-ia então afastado do primitivo entendimento, munindo-se de uma «fórmula» capaz de denunciar a pluralidade típica escondida numa «unidade social de acção» e dotada do rigor indispensável para garantir a certeza na aplicação do direito penal.

Sem prejuízo de mais adiante se voltar à sua análise, convém deixar dito que essa fórmula (*die Formel*) se afasta — ainda de acordo com a opinião mais estendida — de categorias naturais ou sociais, para se tornar numa operação jurídico-dogmática de detecção de realizações típicas que se sobrepõem em acto, total ou parcialmente. Por outras palavras: haveria concurso ideal sempre que parte, ao menos, da actividade do agente co-realizasse dois ou mais tipos legais; ou seja, quando actos de execução dos tipos em concurso se intersectassem.

A *Formel* do *RG* — ainda vigente na Alemanha de hoje — merece ulterior desenvolvimento. Não só ou não tanto pelos pormenores técnico-jurídicos que obriga a burilar, como sobretudo pelas interpretações de que foi e

---

<sup>80</sup> MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 69. Que pode traduzir-se deste modo: «Não é o agente, mas o direito, que determina o que deve considerar-se como violação do direito».

é objecto; por alguma doutrina mais moderna dela partir para uma revisão profunda, exclusivamente normativa, do concurso ideal. Deve, pois, deixar-se o problema para momento posterior da exposição<sup>81</sup>.

Aqui e agora interessa sublinhar que a unidade natural de acção viu o seu âmbito de aplicação reduzido aos casos em que apenas um tipo legal se realiza. O que vale por dizer: foi considerada inapta para decidir hipóteses de autêntico concurso ideal.

Debruçando-se sobre a *natürliche Handlungseinheit* e o concurso ideal, a literatura a que se vem fazendo referência vê na primeira um conceito natural ou social. E como tal desconfia da sua legitimidade para modificar numericamente o delito a sancionar. Não é já questão da inconstância e da incerteza inerentes a um critério dessa natureza, aliás também invocadas, mas da eficácia jurídico-penal de valorações puramente sociais. Na prática, a transformação de uma pluralidade de realizações típicas num único delito — ou, ao menos, num facto merecedor de uma pena única — sem a mediação de um autêntico juízo normativo-criminal.

Com efeito, a doutrina critica a aproximação da antiga jurisprudência a estes casos. Sugere que, ao contrário do que acontece com a iteração e a sucessão criminosas, a unidade natural de acção conduz, em sede de realização simultânea de *vários* tipos legais, a resultados indesejados. Maiwald chega a afirmar que leva ao caminho errado. O texto do § 73 — observa — não há-de ser lido cronologicamente, ou seja, obrigando a uma prévia delimitação da acção única, para em seguida verificar quantos tipos contém. Pelo contrário, a valoração jurídico-penal deve vir primeiro e só depois chega a pergunta sobre a possibilidade de reconduzir os diferentes tipos realizados a uma unidade social de sentido<sup>82</sup>.

Quer dizer: a possibilidade de se verificar um concurso ideal surge a partir do momento em que o tribunal identifica várias realizações típicas na

---

<sup>81</sup> Ver, *infra*, nesta mesma Parte, o capítulo V.

<sup>82</sup> MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 93 s.

concreta actuação do agente. E surge como alternativa à afirmação de um concurso real. De um ponto de vista objectivo, o ‘material’ ilícito-típico é, por conseguinte, o mesmo. Logo, a decisão por uma ou por outra das figuras concursais dependerá do elemento pessoal. E de um elemento pessoal que não apareça fragmentado, desdobrado em tantos juízos quantos os tipos objectivos que lhe estão na base. Culpa — social ou jurídica—, mas sempre culpa global.

Parecendo encaminharem-se para uma resolução do dilema — concurso ideal ou concurso real — de modo análogo a como o tinham feito com o problema da unidade ou pluralidade de crimes, em casos de iteratividade ou de sucessão, jurisprudência e doutrina acabaram por recuar:

Disseram incompatível com a efectiva pluralidade típica um juízo englobante de culpa *jurídica*.

Afirmaram insuficiente para destrinçar duas figuras concursais de tão díspares consequências sancionatórias o juízo de mera culpa social.

Puseram, assim, de lado, a *natürliche Handlungseinheit* no que ao concurso ideal (heterogéneo) diz respeito, adoptando, em seu lugar, a referida *Formel* da jurisprudência.

Que dizer?

É certo que o juízo de unidade natural de acção, *i.e.*, o juízo compreensivo de culpa global, não há-de fazer-se de início, sem indicações valorativas prévias. Apresenta-se mais consentâneo com o modo de ser do direito sancionatório penal não elaborar qualquer conceito definitivo desse teor sem contar com o molde em que vaza a realidade fáctica a apreciar. Aliás, o juízo compreensivo de culpa situa-se sempre, por definição, depois. Depois até da pormenorizada indagação sobre a culpa do agente em cada ilícito-típico em causa. Torna-se, pois, impossível que, na sua substância, as decisões dos tribunais se afastem deste grande modelo. Em termos claros: Maiwald não parece ter razão na leitura que faz da primeira jurisprudência e no reparo metodológico que essa leitura o leva a formular.

A citada jurisprudência segue, na realidade, caminho análogo ao que percorre nas questões da realização iterativa ou sucessiva de um tipo de crime.

Nunca confina a valoração definitiva do caso ao teor literal do tipo ou tipos preenchidos. Para além deles — é a isto que chama unidade natural de acção — está sempre o juízo compreensivo, totalizante, que define o desvalor global do facto, a censura que pelo seu inteiro comportamento o agente merece.

O ponto que obscurece toda esta argumentação — raciocinando nos apertados esquemas dogmáticos do ilícito objectivo — reside por isso na insistência de doutrina e tribunais em reduzirem essa censura omniabarcante a uma «culpa social». Não porque esta não exista; antes porque, sobrepondo-se a ela e legitimando-a, se depara, também nas hipóteses de concurso ideal, com uma autêntica e genuína «culpa global de natureza jurídico-penal». Disso tratará a próxima alínea.

### ***3.2. Uma releitura (crítica) da jurisprudência e da doutrina. A «culpa global diminuída»***

Ao retomar o estudo da chamada «unidade natural de acção» — na sua função de identificar o concurso ideal — e perto de assentar algumas conclusões, talvez convenha encarecer que o texto manterá o registo até agora utilizado na análise da figura: o tom descomprometido de quem procura tão-só levar a cabo uma leitura dogmática, porventura inovadora, de critérios alheios; no caso, os da jurisprudência e da doutrina dominante alemãs.

A crítica é apenas interna, no sentido de se alimentar, sempre e de forma exclusiva, do pensamento e método da orientação em exame, sem os confrontar jamais com argumentos baseados em modelos sistemáticos que lhes são estranhos. Não se trata, assim, de dar a própria opinião sobre a matéria, mas de tentar pôr a descoberto o fio que realmente tem conduzido, se não o discurso, decerto a prática concursal. Na verdade, deve conceder-se que, por vezes, o que jurisprudência e doutrina *fazem* não encontra exacta correspondência no que *dizem fazer*<sup>83</sup>.

---

<sup>83</sup> Como se viu atrás (*supra*, III 1.), a própria doutrina chama a atenção para o facto de os tribunais decidirem os casos de iteração e sucessão criminosas dizendo apelar para o critério

Ao menos de início, a pergunta que norteia as considerações que se seguem pode formular-se deste modo: jurisprudência e doutrina afirmam ter abandonado, no âmbito do concurso ideal, a perspectiva da «unidade natural de acção»; será, de facto, assim?

Antecipando conclusões, para que se torne porventura mais claro o caminho a percorrer: ainda que o não admitam expressamente, o que tribunais e penalistas colocam na base do concurso ideal, como pedra de toque da sua existência e fundamento do específico regime sancionatório que o caracteriza, mais não é do que uma «culpa global», de estrita índole jurídico-penal. E, acrescente-se, uma culpa diminuída, por referência ao concurso real de infracções. Essa culpa diminuída que denuncia a presença de um concurso ideal consubstancia, assim, um possível resultado do referido juízo normativo-criminal de «culpa total». Ora, vistas as coisas na sua materialidade, é precisamente esse o juízo a efectuar quando se pretende saber se um determinado comportamento complexo pode ou não reconduzir-se à *natürliche Handlungseinheit*. Se não, torne-se um pouco atrás na exposição<sup>84</sup>.

Ficou explicado que a «unidade natural de acção» tem, quanto à sua substância, um outro nome. Constitui um verdadeiro juízo de culpa criminal, mas compreensivo, totalizante. Uma valoração global, que indistingue ilícito e culpa ‘primários’ — o ilícito e a culpa do sistema categorial classificatório — e tem lugar em sede de concurso; já, por conseguinte, nas denominadas formas especiais do crime.

Na verdade, o formalismo das doutrinas do ilícito objectivo impede a consideração de uma unidade de sentido subjectivo-objectiva em qualquer dos sucessivos ‘degraus’ da doutrina geral da infracção, tomado isoladamente. Se o ilícito aponta — quase sem excepção — para a configuração exterior da conduta e a culpa remete para a subjectividade do agente, uma apreciação

---

*social da natürlichen Handlungseinheit*, quando na realidade estão a operar com um critério jurídico de *natürliche Handlungseinheit*.

<sup>84</sup> Cfr., *supra*, IV 1.

conjunta do desvalor da actuação só poderá levar-se a cabo em domínios do ‘além-sistema’.

Dito de outro modo: designar a valoração compreensiva do comportamento do agente por «unidade natural de acção» (‘pluralidade natural de acção’, caso seja negativa a convicção formada) ou por juízo normativo-penal de culpa global comporta uma só diferença. É que, nesta última hipótese, está a chamar-se a realidade pelo seu nome; *i.e.*, está a utilizar-se a palavra que melhor exprime o conteúdo da operação em causa: a mesma e única apreciação definitiva da conduta.

Fala-se de *culpa* global, uma vez que em todos os casos nos quais, através desse juízo, se procura desembaraçar o que parece um novelo de realizações típicas, o factor nuclear dessa clarificação acaba por encontrar-se no elemento pessoal — não no objectivo<sup>85</sup> — do «pedaço de vida» em apreço<sup>86</sup>.

Recordem-se as hipóteses de realização iterativa e sucessiva de um tipo de delito (a que se juntou o chamado concurso ideal homogéneo). O elemento objectivo não podia arvorar-se em decisivo na escolha entre a unidade e a pluralidade criminosas.

Olhe-se para o concurso ideal (heterogéneo). A vertente objectiva do comportamento em nada se distingue — salvo na simultaneidade do acontecido, a que em geral se não reconhece valor autónomo — da do concurso real, o outro pólo da alternativa.

Só a culpa global permite fundamentar as opções: concurso real ou unidade de crime simples, no primeiro tema referido; concurso real ou concurso ideal, no segundo. Não porque o elemento objectivo não releve; afirmou-se apenas que sozinho não lança suficiente luz para a distinção. Não porque a categoria dogmática da culpa se sustente a si própria; precisa sem

---

<sup>85</sup> Usa-se linguagem próxima da de Maiwald, quando, a propósito do problema da iteração e da sucessão criminosas, fala de elemento normativo e elemento pessoal. Apesar de a linguagem pertencer ao modelo sistemático do ilícito objectivo — alheio a quem escreve — substitui-se normativo por objectivo, na medida em que o texto ganha assim em clareza. Para além de que normativo se deveria aplicar também ao elemento pessoal.

<sup>86</sup> O que se diz, neste parágrafo e nos seguintes, tem como pano de fundo a dogmática objectivista.

dúvida de ilícito-típico que a justifique e individualize. Mas porque a culpa global se não confunde com esses planos analíticos do comportamento complexo do agente; antes reveste uma índole compreensiva, sintética, facilitada precisamente pelo momento pós-sistemático do seu aparecimento.

Volte-se à pergunta inicial: jurisprudência e doutrina afirmam ter abandonado, no âmbito do concurso ideal, a perspectiva da «unidade natural de acção»; será, de facto, assim?

A resposta — percebe-se agora — só pode ter sinal negativo.

Ao ultrapassar a divisão categorial de ilícito (objectivo) e de culpa — quer pelo seu conteúdo, quer pelo momento dogmático em que é proferido —, o juízo de culpa total mostra-se independente da unidade ou da pluralidade de realizações típicas compreendidas na inteira actuação do agente. Serve, portanto, para o problema do concurso ideal, da sua separação do concurso real, assim como serviu para a questão da iteratividade e da sucessão criminosas. Repete-se: a pluralidade típica, invocada por jurisprudência e doutrina para rejeitar a unidade natural de acção (ou juízo compreensivo de culpa) na aplicação do § 52 do *StGB*, não obsta ao seu acertado emprego.

Pelas mesmíssimas razões invocadas, há-de dizer-se ainda que um juízo compreensivo de culpa, em matéria de concurso ideal, pode revestir genuíno carácter jurídico-penal. Mais: deve obrigatoriamente revesti-lo. De onde retiraria esse juízo a legitimidade para influenciar de modo evidente o regime punitivo da figura concursal em análise, se se ficasse por uma mera valoração *social* de cada actuação?

Em termos claros: jurisprudência e doutrina *dizem* preterir a unidade natural de acção como critério apto a separar os casos de concurso ideal e de concurso real, apontando o dedo à sua pretensa índole social. Na realidade, porém, decidem pela idealidade do concurso recorrendo precisamente a um juízo compreensivo de culpa *genuinamente jurídico-criminal*.

O raciocínio é simples: se, afinal, apesar da pluralidade de realizações típicas, o juízo jurídico de culpa global ainda se revela possível; e se, para além

disso, apenas uma culpa normativo-penal diminuída legitima a aplicação de um regime mais benéfico (do que o do concurso real) à mesma base de tipos realizados; então, é esse juízo o critério da destrição.

Ultrapassadas as dificuldades de sistema e ponderada a necessidade de um elemento valorativo criminal para uma mudança de regra punitiva, a verdadeira norma decisória de jurisprudência e doutrina, em matéria de concurso ideal, não pode deixar de ser esta.

#### ***4. A «unidade natural de acção» ou «juízo de culpa global»: síntese do seu contributo para o problema do concurso***

Se o olhar se tornar agora, ele também, compreensivo, capaz de abranger os vários aspectos considerados e de neles advertir uma justa ordem, decerto deparará com o quadro que se vai traçar em seguida.

O conceito de unidade natural de acção ou, em linguagem mais expressiva, o juízo de culpa jurídica global serviu para separar o concurso real da unidade de crime simples — casos de realização iterativa e sucessiva de tipos de delito, assim como hipóteses do chamado concurso ideal homogéneo. Serviu, de igual forma, para distinguir, em face da mesma pluralidade de tipos realizados, as modalidades ideal e real do concurso. Parecendo, numa primeira aproximação, constituir figura de duplo critério, consoante desempenhasse uma ou outra das funções assinaladas, a valoração em apreço revelou-se, a um estudo mais aturado, essencialmente unitária. O que vale por dizer: o juízo normativo de culpa total não varia o seu critério; projecta-se, isso sim, em conclusões diversas, quando diversas forem as realidades a que se aplica.

Se bem se atentar, o juízo normativo-penal de culpa global conduz necessariamente a uma de três possibilidades: a unidade de crime simples, o concurso ideal e o concurso real. Estabelece a primeira por confronto com a realização *efectivamente* plural do mesmo tipo. Fixa a segunda porque a culpa global não atinge a gravidade da acumulação de crimes. Declara presente a terceira por haver mais de uma culpa a desmembrar a agressão a um só tipo



(separando-a da unidade de crime); ou por faltar razão que atenua o rigor da censura omniabarcante (distinguindo-a do concurso ideal).

Em definitivo e continuando a ler criticamente uma doutrina alheia e a sua prática: unidade de crime simples (nos casos assinalados), concurso ideal e concurso real correspondem afinal a três densificações de um mesmo juízo compreensivo de culpa, de uma autêntica valoração jurídico-criminal. Três graus diferentes de culpa total, que se reflectem, por força da lei, numa tríade de regimes sancionatórios: simples aplicação da moldura penal do delito em causa; absorção, no sentido previsto no § 52 do *StGB*; exasperação ou pena conjunta, de acordo com os §§ 53-4 do mesmo diploma<sup>87</sup>. A mesma culpa que esclarece o facto esclarece a pena. Coincide o facto com a unidade de crime, com uma só realização típica? Pena simples, por assim dizer. Comporta o facto uma objectiva pluralidade de realizações típicas<sup>88</sup>, mas com culpa global diminuída? Concurso ideal, com o seu modo específico de determinar a sanção<sup>89</sup>. O facto abrange a mesma pluralidade objectiva de tipos realizados, mas sem esse desagravamento da censura total? Concurso real, com a *Gesamtstrafe* a que está ligado<sup>90</sup>.

De intento se sublinha — a propósito do binómio concurso ideal/concurso real — que a unidade de pena não se encontra vinculada à unidade de crime. A culpa global diminuída do concurso ideal, se torna o facto num substrato uno para efeitos de medição da consequência jurídica, não o transforma em unidade de delito simples, a contas com a sua pena singular. A

---

<sup>87</sup> Referem-se os regimes sancionatórios previstos no Código Penal alemão. Aliás, sem qualquer intenção de firmar terminologia própria.

<sup>88</sup> Essa ‘objectiva’ pluralidade de realizações típicas foi já fixada por recurso à unidade de culpa global — sem esta não é possível chegar a perceber-se quantas realizações típicas existem nos próprios comportamentos que violam um só dos tipos presentes na actuação total do agente. Para se chegar ao concurso ideal é muitas vezes necessário ver se há ou não uma iteração criminosa, de modo a finalmente podermos avaliar todas as realizações típicas que concorrem e saber se o fazem ideal ou realmente.

<sup>89</sup> Fica apenas um reparo: nesta mesma ordem de considerações — pluralidade de realizações típicas, mas culpa global diminuída — se insere o problema do chamado crime continuado, problema que, como já se disse, não se aborda no presente estudo.

<sup>90</sup> A valoração jurídica de culpa global — regra do concurso nos sistemas clássico e neo-clássico — projecta-se ainda no próprio regime de determinação da pena conjunta (*Gesamtstrafe*) usada para sancionar o concurso real de infracções.

velha querela entre os partidários da *Einheitstheorie* e os adeptos da *Mehrheitstheorie*, em que os primeiros afirmavam que o facto complexo constituía um único crime (uma acção = um crime) e os segundos viam nele vários delitos simultâneos<sup>91</sup>, nunca levou a divergências no que à bondade da solução punitiva diz respeito. Um crime, vários crimes? Tanto importa. Um facto merecedor de um juízo de culpa global diminuída; logo, um facto que por isso se distancia, no seu desvalor conjunto, do concurso real. A pena deve reflectir essa «menor energia criminosa», essa «rebelião única contra o direito»<sup>92</sup>, que o facto, na *Tateinheit* (concurso ideal), denuncia.

O justo anseio de fazer coincidir, nas várias constelações criminosas, o real desvalor da situação com o real desvalor da pena, põe uma vez mais de manifesto a dificuldade das doutrinas do ilícito objectivo em distinguir, dentro dos normais momentos sistemáticos, a unidade e a pluralidade criminosas. Percorridos os planos da acção, do tipo, do ilícito e da culpa, comportamentos há que devem esperar pelo discernimento do problema do concurso — num juízo posterior, ‘extra-sistema’, classificado como forma especial de aparecimento do crime — para saber se devem ser tratados como uma só ou como várias infracções.

Tão ponderosas consequências apresentam-se materialmente consentâneas com a essência e a flexibilidade do juízo compreensivo de culpa. Contudo, essa mesma capacidade de se ajustar à dimensão real do problema

---

<sup>91</sup> Fala-se de velha querela, na medida em que, durante muito tempo, a discussão sobre o concurso ideal girava em torno de duas ideias inconciliáveis. Para alguns, no concurso ideal estaria presente um só crime; para outros, haveria vários (pois não se violavam diferentes leis incriminadoras?), que deveriam punir-se, dado que se realizavam através duma só acção, como se de um delito único se tratasse. Existe, porém, outro modo de analisar o problema, predominante hoje em dia: encará-lo simplesmente como uma dualidade de perspectivas complementares. Haveria unidade, do ponto de vista da acção, mas pluralidade, do ponto de vista normativo (ou seja, quanto ao número de tipos legais de crime violados). Quem definir a unidade criminosa a partir da unidade de acção, seria adepto da *Einheitstheorie*; aqueles que o fizerem considerando o número de comandos legais violados defenderiam a *Mehrheitstheorie*. Sem que daí proviesse qualquer diferença de tratamento jurídico. (Sobre a querela, ver, por todos, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, 5ª ed., § 67 I). Contrastando com a moderna ideia, segundo a qual o que está em causa é pouco mais do que uma «guerra de palavras» (MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 64: «nicht viel mehr als ein Streit um Worte», itálico nosso), PUPPE defende a inteira pertinência e importância do tema, como pode ver-se, mais à frente, no capítulo V.

<sup>92</sup> Cfr., por exemplo, A. BAUMGARTEN, *Festgabe für Reinhard von Frank* II, p. 193.

representa talvez o maior obstáculo à aceitação do critério como critério geral. Na verdade, a ductilidade de um conceito, se conseguida — como esta — ao preço do seu carácter vago e impreciso, dificilmente se compagina com o rigor e a determinabilidade exigidos pelo princípio da legalidade criminal. Se a justiça do caso fica, ao menos na aparência, bem assegurada, a justiça relativa pode converter-se numa miragem. Ou, talvez melhor: critério que não se mostre apto a um emprego certo não é sequer justo: poderá esconder uma decisão intuitiva, porventura correcta, mas já não jurídico-penalmente legítima e susceptível de fiscalização.

A insegurança do juízo utilizado para delimitar o concurso ideal do real — o problema põe-se aqui, nesta precisa destriça, não na separação da unidade de crime simples da pluralidade delituosa — leva jurisprudência e doutrina a *dizê-lo* inservível: fogem de uma apreciação que, embora compreensiva, totalizante, se revela, na prática, demasiado fluida. Mas tão-pouco admitem regressar a um critério subjectivista — transformar em referência decisiva e decisória o plano do concreto agente —, ainda que nele reconheçam a ambicionada certeza. Instam ao emprego da «unidade natural de acção» (juízo de culpa jurídica total) apenas em casos de iteratividade e de sucessão criminosas, onde a dúvida se coloca no âmbito de um só tipo legal, surgindo sempre como contraponto à acumulação de infracções: a unidade de culpa global ou a falta dela correspondem sem resto à unidade ou à pluralidade de realizações do mesmo tipo, o que vem a querer dizer à unidade ou à pluralidade de crimes.

Repete-se: a questão da insegurança do critério situa-se no estrito campo da identificação dos casos de concurso ideal, daquelas hipóteses que hão-de subtrair-se, por assim dizer, ao domínio do concurso real e do seu regime punitivo. Ou seja, a incerteza paira tão-só sobre as situações em que, verificada a multiplicidade de realizações típicas<sup>93</sup>, se deve medir, matizar a culpa total,

---

<sup>93</sup> Sublinha-se um aspecto concreto: pode acontecer e acontece que, para saber, em cada caso, se uma actividade plural corresponde a uma só ou a várias realizações típicas, se tenha recorrido, precisamente, ao critério da unidade natural de acção. Só depois de resolvido este aspecto e quando a conclusão for no sentido de que se está perante mais de uma realização

perceber se apresenta ou não um carácter diminuído por referência à ‘normal’ acumulação de delitos.

Assiste-se assim ao despontar de esquemas vários, onde vai tomando corpo e preponderância uma ideia de intersecção espaço-temporal das realizações típicas em concurso. Afinal, uma certa consciência de que a culpa diminuída global se prende, de um modo ainda pouco definido, não propriamente com a simultaneidade ‘ocasional’ dos tipos efectivados, mas com um ‘encontro’, com um ‘cruzamento’ na execução das várias condutas delituosas. Diz-se, por exemplo, que o facto de um crime se ter perpetrado ainda durante o cometimento de outro — ou de se haver começado uma infracção mal se consumara a outra — seria indício da pertença de ambos a uma actividade que não mereceria mais de uma pena<sup>94</sup>.

Torna-se difícil ver em tais intentos uma verdadeira rejeição do juízo de culpa global. Na verdade, olhados de perto, em nada parecem afastar esse conceito compreensivo para o substituírem por outro de matriz diversa.

Pelo contrário: assemelham-se a ensaios de materialização da mesma ideia de censura global diminuída em padrão decisório simples, de emprego imediato. Conservando a análise no plano objectivo — que não no do móbil e das representações dos seus autores —, pode dizer-se que o esforço de superação da «unidade natural de acção» se apresenta, na realidade, como o esforço da sua tradução em fórmula de contornos nítidos e claros. Em definitivo: repudia-se, não o conteúdo, a substância do critério, mas a falta de certeza na aplicação do mesmo.

Não se estranhe, pois, o aparente silêncio a que o texto vota — nesta sua síntese final — a *Formel* que de há muito domina a teoria e a prática em torno do § 52 do Código Penal alemão. Na verdade — e ao contrário do que possa pensar-se —, a famosa fórmula do *RG* não representa, insiste-se, nesta visão

---

típica, só então deve indagar-se sobre o carácter ideal ou real do concurso. É nesse exacto momento que interessa fazer o juízo de culpa global, agora para apreciar se, eventualmente, o comportamento em causa, no seu conjunto, apresenta ou não uma gravidade diminuída, com o significado que o texto lhe confere.

<sup>94</sup> Ver-se-á, já no capítulo seguinte, que estes não são ainda os autênticos critérios da *Formel*. Pode, contudo, afirmar-se que indicam um caminho a eles conducente.

das coisas, um outro critério, um critério alternativo à culpa criminal global. Também ela traduz esse juízo. Também ela é dele concretização — instrumento de separação do concurso ideal do real, na mesma base valorativa. A *Formel* ‘tipifica’ o juízo de culpa total, dotando-o da certeza e da segurança de que carecia. Como melhor se verá adiante, pretende transformar a unidade natural de acção — *rectius*, a culpa jurídica global — num instrumento tecnicamente eficaz e sindicável. Numa palavra: através da «fórmula», a jurisprudência cria, com o aplauso da doutrina, um verdadeiro ‘tipo’ de concurso ideal.

#### **IV. A «unidade natural de acção» e a «fórmula» (*die Formel*) na jurisprudência alemã**

Ficou dito acima que, para decidir sobre o concurso ideal, *i.e.*, para saber se uma pluralidade de realizações típicas deve considerar-se uma só acção (no sentido do § 52 do *StGB*) ou, pelo contrário, várias (com a consequente aplicação do § 53 do mesmo Código), a jurisprudência alemã utiliza uma «fórmula», que merece aliás a concordância da doutrina largamente maioritária. Transcrevem-se de novo os termos originariamente usados pelo *RG*: «[...] *ist erforderlich, daß die Willensbetätigungsakte, durch welche der Thatbestand der verschiedenen strafbaren Handlungen hergestellt wird, wenn nicht vollständig, so doch zu einem Teile dergestalt zusammenfallen, daß mindestens ein Teil der einheitlichen Handlung zur Herstellung des Thatbestandes beider Delikte mitwirkt*»<sup>95</sup>. A *Formel*, sem mais, assim costuma designar-se<sup>96</sup>, apareceu no seguimento da *natürliche Handlungseinheit*. Em sua substituição, no *dizer* de alguns; concretizando-a, como vem de sugerir-se.

Explicou-se ainda que esse conceito de unidade natural de acção mais não era do que um juízo jurídico de culpa global; e que, quando esse juízo indicasse, em contexto de diferentes tipos preenchidos, uma culpa diminuída,

<sup>95</sup> *RG* 32, 137 [140].

<sup>96</sup> Ficou a dever-se a Honig a designação abreviada da fórmula elaborada pelo *RG* (cfr. HONIG, *Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit*, p. 26).

*i.e.*, uma censura intermédia entre a que corresponde à simples unidade criminosa e a que convém à acumulação de infracções, estar-se-ia perante um concurso ideal. Precisamente por isso — por não configurar, de modo evidente, nem um crime nem vários —, a *Tateinheit*<sup>97</sup> carece de tipificação e não apenas de uma indicação sobre o regime punitivo. Com efeito: o delito singular tem a moldura penal desenhada por lei; o concurso real parte da pluralidade de penas, embora se mostre permeável a considerações normativas e político-criminais que suavizam a sanção final; o concurso ideal, porém, exige do legislador uma específica intervenção que o desenhe por inteiro e a traço nítido — que diga em que consiste e de que modo deve punir-se. Para além disso, a jurisprudência percebeu, tal como a doutrina, que a última das figuras reclamava uma linha clara e uniforme de decisão, que apenas se alcança através de critério igualmente claro: de uma «fórmula».

Importa agora esclarecer as circunstâncias em que a *Formel* foi delineada, assim como fortalecer a nova interpretação proposta, segundo a qual aquela se limita a concretizar a *natürliche Handlungseinheit*, o mesmo é dizer, o juízo jurídico de culpa global.

Entre as ‘circunstâncias’ que rodearam a ‘criação’ jurisprudencial da *natürliche Handlungseinheit* e da *Formel* reveste particular importância o pensamento dogmático do tempo. Ainda que as exposições em matéria de concurso ideal costumem abordar o problema da acção única começando pelo conceito naturalístico da mesma e, nessa medida, chegue a parecer que o concurso ideal consubstancia uma ‘invenção’ do chamado sistema clássico<sup>98</sup>, na realidade, quer a unidade natural de acção, quer a *Formel* são devedoras do conceito de crime e dos instrumentos técnico-jurídicos próprios da dogmática pré-positivista do séc. XIX. Anteriores, portanto, àquele sistema clássico e à sua acção causal.

---

<sup>97</sup> A epígrafe do § 52 do *StGB*, que define e regula o concurso ideal, designa este último dessa maneira. Em tradução literal: unidade de facto.

<sup>98</sup> Escola clássica como escola ancorada no monismo naturalista, como se depreende do que se diz, já a seguir, em texto.

Analisando o texto completo de algumas sentenças do *RG* recorrentemente citadas em matéria de concurso ideal, pode encontrar-se uma linha de decisão coerente com o discurso jurídico-penal da época. Um entendimento da unidade natural de acção, da natureza jurídica desta e da *Formel* que nada têm a ver com certas leituras surgidas na doutrina em momento posterior. Como tem acontecido ao longo das páginas dedicadas a este tema, elege-se Maiwald como representante dessa literatura.

Convém, assim, pôr de manifesto — agora de um modo cabal e considerando directamente a *Formel* — que a análise da jurisprudência do *RG* levada a cabo por aquele autor (seguindo, aliás, Honig) merece, não apenas as críticas pontuais já indicadas nos lugares próprios, mas uma frontal discordância.

***1. A «unidade natural de acção» e a «Formel»: um só critério ou, pelo contrário, dois? A decisão do Reichsgericht de 28 de Abril de 1899***

Maiwald julga detectar, no modo como o Supremo Tribunal alemão lidou com o difícil problema da destrição entre concurso real e concurso ideal de infracções — imposta pelos §§ 73 e 74 do *StGB* de 1871 —, duas vias de solução, independentes entre si e conducentes a resultados discrepantes. A saber: a «unidade natural de acção», por um lado; a *Formel*, por outro. A primeira revestiria um carácter tão-só social, não penalmente fundado, seria portadora de uma valoração do comportamento no estrito plano do *Lebenssprachgebrauch*; a segunda, pelo contrário, alheia a esse enfoque, esgotar-se-ia na consagração de um específico critério jurídico-criminal. Pretende Maiwald que a passagem de uma a outra das abordagens constituiu um autêntico ponto de viragem na jurisprudência do *RG*, chegando a lamentar que algumas decisões posteriores à *Formel* tenham *voltado* ao critério (em sua opinião, ultrapassado) da *natürliche Handlungseinheit*.

Fala de *Methoden-Dualismus* e de *Doppelspurigkeit*<sup>99</sup>. E a razão pela qual o faz encontra-se na deficiência da sua compreensão da «unidade natural de acção», da *Formel* e, conseqüentemente, do modo como ambas se relacionam. Por outras palavras: Maiwald e a doutrina que o acompanha pervertem o autêntico sentido das decisões do *RG*, em particular da de 28 de Abril de 1899 (*RG* 32, 137<sup>100</sup>), apontada como o texto que fixa o significado cabal dos dois critérios e marca o início da opção pela *Formel*.

Passa-se, pois, à análise de algumas dessas decisões. Precisamente as que Maiwald cita em sustento da sua tese. Privilegiando — tal como este autor — a de 1899.

Os factos podem resumir-se como segue: o senhor *A* introduz-se à noite em casa da senhora *B*, que esperava, deitada, o regresso de *C*, seu marido; a porta não estava fechada à chave; o objectivo de *A* consistia em fazer-se passar por *C*, de modo a conseguir ter relações com *B*; não logrou, contudo, enganar a última, que o reconheceu e se recusou ao que *A* pretendia. Em causa estavam, pois, e de acordo com a lei alemã da época, duas realizações típicas, uma consumada e outra tentada. Por esta ordem, §§ 123 e 179 do *StGB*: violação de domicílio (*Hausfriedensbruch*) e fraude sexual (*Beischlaferschleichung*). E o problema: uma ou várias acções? Concurso ideal ou concurso real?

Sintetiza-se a linha argumentativa do *RG*.

Começa por afirmar que — diferentemente do que sucede no crime continuado — a identidade de acção própria da *Tateinheit* não fica prejudicada pelo facto de, a uma apreciação jurídica, o caso consubstanciar agressões a diferentes bens. Como tão-pouco exige que a actividade corpórea do agente se resuma a um só movimento voluntário: uma série de actos materiais pode formar a «*natürliche Handlungseinheit*», desde que objectivamente ligados uns aos outros, como provindo de uma só vontade.

---

<sup>99</sup> MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 14 e 16, respectivamente. (A evolução da jurisprudência, tal como a vê o autor alemão, ocupa a primeira metade do livro em análise, sobretudo da p. 13 à 26). Veja-se também WARDA, *Öhler-FS*, p. 251.

<sup>100</sup> Publicada no volume 32, páginas 137 e seguintes da colectânea de jurisprudência *Entscheidungen des Reichsgericht*; daí a designação *RG* 32, 137.



E prossegue: caso se dê, em estreita conexão temporal, essa «unidade natural de acção» subsumível a vários tipos, passa a ser indiferente para a questão concursal que os elementos típicos de um dos delitos se verifiquem num momento anterior aos do outro; o mesmo é dizer: não importa que uma das acções criminosas se consume antes da outra. Aplicando ao caso o que acaba de defender, afirma o *RG* que andou mal o tribunal de 1ª instância ao justificar a acumulação de crimes com o argumento de que a violação de domicílio estava já consumada (entrada em casa sem autorização) quando o arguido começou a tentativa de fraude sexual<sup>101</sup>. O termo da unidade natural de acção, reitera o Supremo, mede-se pelo que exteriormente aparece como tal, não pelo momento jurídico da consumação do delito.

Se por aqui se ficasse o texto jurisprudencial, dele se extrairia com acerto — e dando razão a Maiwald — um critério de *dieselbe Handlung* a definir como unidade de sentido subjectivo-objectiva de natureza social. Unidade subjectivo-objectiva, acentue-se; mas de natureza social. E o caso decidir-se-ia, com toda a probabilidade, segundo o § 73 do *StGB*, afirmando-se o concurso ideal, não o real.

Não acontece, porém, assim. O *RG* prossegue no esforço de clarificação do conceito de *natürliche Handlungseinheit*. Primeiro pela negativa: não chega para a definir a imediata sequência dos actos, ou o seu encadeamento de acordo com a previsão do agente. A verificação, na mente do autor, de uma relação meio/fim entre as acções delituosas tão-pouco basta. Nem a simultaneidade na violação de duas leis penais garante, por si só, a unidade da acção que a provoca: «a mesma pessoa pode, num mesmo lapso de tempo e para alcançar diferentes fins, praticar duas acções corpóreas subjectiva e objectivamente independentes entre si»; veja-se o exemplo de alguém que, com uma arma em cada mão, dispara em perfeita sincronia sobre duas pessoas; ou o daquele outro que agride fisicamente a vítima, enquanto profere contra ela palavras injuriosas.

---

<sup>101</sup> Sem querer entrar na querela dogmática respeitante aos crimes duradouros, o *RG* explica que a consumação formal não equivale à cessação do ilícito: este prolonga-se durante toda a permanência do arguido na casa. Por isso a tentativa de fraude sexual coincide no tempo com uma parte da violação de domicílio.

Passa depois o *RG* a descrever a condição essencial da unidade natural de acção: «*vielmehr ist erforderlich, daß die Willensbetätigungsakte, durch welche der Thatbestand der verschiedenen strafbaren Handlungen hergestellt wird, wenn nicht vollständig, so doch zu einem Teile dergestalt zusammenfallen, daß mindestens ein Teil der einheitlichen Handlung zur Herstellung des Thatbestandes beider Delikte mitwirkt*»<sup>102</sup>. O que se exige é, assim, que pelo menos uma parte dos actos voluntários que preenchem os tipos em questão co-realize as duas infracções; se não total, ao menos parcialmente. A isto veio a chamar-se *Formel*: uma intersecção, mesmo que não completa, dos actos de execução<sup>103</sup> dos vários delitos em causa.

A cabal compreensão da tese que se defende — a da correspondência substancial entre *natürliche Handlungseinheit* e *Formel*, como matéria e forma do único critério do *RG* para o concurso ideal — obriga a aprofundar o que vem de ser dito; a atentar cuidadosamente no real significado que assume, no contexto da «fórmula», a expressão «*intersecção de actos de execução* de dois ou mais tipos legais».

O próprio *RG* a interpreta. Chega ao cerne do problema para assentar o fundamento da sua decisão. Curiosamente, aplica ao caso — tal como o fizera o tribunal recorrido — o § 74 do *StGB* (concurso real) e não o concurso ideal. Mas em função de argumentos bem diferentes.

Explica primeiro que a violação de domicílio não se esgota com a entrada em casa sem autorização, ainda que esta baste para consumir o delito. A permanência na morada alheia forma uma unidade jurídica com o acto de entrar; durante todo esse período o crime duradouro (acção ou resultado, tanto importa) não termina, ‘está a ser’. Não deve *por essa razão* negar-se a

---

<sup>102</sup> *RG* 32, 137 [140]

<sup>103</sup> Vem a propósito o reparo de R. FRANK, segundo o qual «a conexão de actos isolados numa unidade de acção só é juridicamente possível quando esses actos tiverem significado jurídico para a realização do tipo legal [*Thatbestand*], i.e., quando forem actos de execução» (*Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, 18ª ed., § 74 I, tradução nossa). Na 1ª ed. (§ 74 V) dá o exemplo de furtar uma arma para matar alguém.

intersecção de actos de execução: os da fraude sexual coincidem no tempo com os do último período da violação de domicílio.

Na estrutura do caso, continua o *RG*, podem assim observar-se duas unidades subjectivo-objectivas de natureza jurídico-criminal: a violação de domicílio, como vem de descrever-se, e a tentativa de fraude sexual; começando a segunda enquanto a primeira ainda decorre. Porém, tal coincidência no tempo não cumpre, por si só, a *Formel*: «nem a entrada nem a permanência realizam sequer a mais pequena parte do tipo da fraude sexual; não existe a mínima relação causal entre as acções que realizam o último *Tatbestand* e a permanência continuada na habitação; aquelas estão ao lado desta, autónomas e dela independentes»<sup>104</sup>.

Toca-se, nesta última passagem, o fulcro da argumentação do *RG*; aí se depara com a chave interpretativa que permite aceder ao sentido da *Formel*, *i.e.*, da aludida intersecção de actos de execução de dois ou mais delitos.

Não se trata de ‘contacto casual’, ou sequer de sobreposição entre a materialidade das acções. O excerto transcrito é claro: os actos de execução não relevam para a *Formel* na sua mera facticidade. A fusão, a interpenetração exigida tem antes a ver com os próprios sentidos típicos corporizados no comportamento em causa. Quer dizer, a conduta, no seu específico significado jurídico-penal, recobre (ao menos parcialmente) os conteúdos de antinormatividade dos vários delitos envolvidos, de tal modo que representa um momento da execução de ambos. Nisto consiste a unidade natural de acção. E à «tipificação» desta peculiar unidade de sentido se resume — é esta a tese aqui defendida — o alcance da *Formel*.

O *RG* vai, aliás, ao encontro desta mesma ideia em decisão anterior, ao apelar, numa certa acepção, para o conceito de «natureza das coisas». Fá-lo — em contexto argumentativo que não vem ao caso — para afirmar que o concurso ideal exige, não dois crimes cuja ligação se entenda *apenas* a partir

---

<sup>104</sup> *RG* 32, 137 [140].

do projecto do autor, mas dois delitos cuja natureza (a de um e a de outro) torne objectivamente compreensível o entrecruzamento dos actos que os compõem.

Trata-se da decisão de 11 de Dezembro de 1884 (*RG* 11, 355). Em causa estavam uma falsificação de alimentos e uma burla consistente na venda dos mesmos. O Supremo Tribunal alemão detém-se na crítica à sentença da 1ª instância, que viu no caso duas acções independentes e condenou o arguido por falsificação e burla em concurso real; motivo: a primeira infracção consumou-se antes de ter começado a segunda. Esclarece o *RG* que, em abstracto, nada obsta a que se verifique entre realizações destes dois tipos uma acumulação de crimes<sup>105</sup>. Com efeito, pode dizer-se que, desprendida do seu contexto e olhada tão-só pela ‘parte de fora’, uma falsificação de alimentos nada tem a ver com a venda de alimentos falsificados. Basta pensar em alguém que corrompe alimentos e depois os dá a ingerir a outros, provocando-lhes danos na saúde; ou, do ângulo inverso, numa pessoa que compra, sabendo-o, alimentos falsificados por outrem e depois os vende como se fossem produto genuíno.

Deixando o plano da abstracção e vendo as coisas como hão-de ver-se, no seu singular acontecer — subjectivo-objectivo e nunca apenas exterior —, pode suceder que o comportamento do agente integre actos que pertençam, do mesmo passo, à falsificação de alimentos e à burla. É o que sucede, opina o *RG*, na hipótese em apreço. Há actos de falsificação, afirma o Tribunal, que têm já o sentido de actos de execução da burla. Não se limita a dizer, com isto, que a falsificação constitui, no caso, um mero crime-meio relativamente à burla, uma vez que o projecto global do autor a encara como tal. Vai mais longe. Ultrapassa o puro elemento subjectivo e convoca a «natureza das coisas». A expressão, neste contexto, não transporta a carga jus-filosófica tradicional; o *RG* utiliza-a numa peculiar acepção: reporta-a à *natureza jurídico-criminal dos concretos factos*, o mesmo é dizer, dos singulares delitos praticados. Com uma consequência: a de tornar objectivamente possível a compreensão de ambos — falsificação e burla — como uma verdadeira unidade de sentido ‘superior’.

---

<sup>105</sup> Obviamente, no mesmo plano abstracto, nada obsta a que se dê, entre as referidas infracções, um concurso ideal.

De forma clara e directa: o *RG* vê, no concurso ideal, uma certa unidade subjectivo-objectiva que, não anulando qualquer das unidades criminosas que lhe estão na base, possui um significado global próprio. E a pedra de toque desta nova unidade de sentido — desta «unidade natural de acção» — reside em que parte dos seus elementos constitutivos são comuns às duas infracções de origem. Torna-se difícil — para quem já passou pelo texto da *RG* 32, 137 — não reconhecer nesta fusão ou intersecção de actos típicos uma *Formel 'avant la lettre'*.

Retomando o caso: a concreta burla praticada — venda dolosa de leite falsificado — exigia, pela natureza das coisas, a existência de leite corrompido entre os produtos da loja. A falsificação de tal alimento aparece assim como um acto já impregnado do sentido da burla a praticar. Que outra lógica poderia estar ligada ao juntar de água ao leite armazenado para venda senão a da expectativa de lucrar à custa da indução em erro dos compradores? De acordo com a dogmática da época — onde a distinção entre actos preparatórios e actos de execução não assumia os exactos contornos que hoje a caracterizam<sup>106</sup> — entende-se que o *RG* fale de um só processo de realização da burla, com vários estádios, entre os quais o da necessária falsificação do produto a vender. O significado normativo-criminal da junção ilícita de água ao leite torna-se compreensível num novo plano; o comportamento adquire, ao ser apreciado em ligação com a venda enganosa subsequente, o seu verdadeiro desvalor global.

Talvez se torne agora mais fácil captar que, como se referiu, os actos de execução não relevam para a *Formel* na sua mera facticidade. Fazem-no enquanto actos portadores de sentido jurídico-penal. E é *esse* sentido típico que pode cruzar-se com *outro* sentido típico, em termos de o mesmo facto, já penetrado do seu específico conteúdo de desvalor, se revelar, no caso, elemento

---

<sup>106</sup> Recordar-se que, à data das sentenças do *RG* que se analisam, a doutrina não exigia, ao contrário do que acontece hoje, a prática efectiva de actos de execução, bem separados dos meros actos preparatórios, para o reconhecimento da figura da tentativa. Na verdade, depois da verificação da causalidade (nos termos da *conditio sine qua non*), a relevância dos actos dependia, à maneira das teorias subjectivas, do *animus* do autor. Todo o acto que revelasse uma vontade firme e definitiva de praticar o crime era já parte do delito tentado. Ver, por todos, EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal* II, p. 226-228 e JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, § 49 IV 1.

constitutivo de mais do que um *Tatbestand*. Dito de outro modo: dá-se uma sobreposição, ao menos parcial, de unidades subjectivo-objectivas de sentido típico. Esta sobreposição característica da *Formel* só pode avaliar-se em concreto, atendendo ao significado material da situação.

Em suma: por referência à *RG* 32, 137, a decisão que acaba de analisar-se mostra, antecipando os tempos e de um modo porventura menos burilado, que *natürliche Handlungseinheit* e *Formel* representam, para a jurisprudência suprema e no que ao conteúdo diz respeito, o mesmíssimo critério: há concurso ideal quando os concretos factos, imbuídos do seu específico sentido jurídico-penal, possam reconduzir-se a uma unidade superior, de índole também criminal («unidade natural de acção»); ora é essa concepção que encontra expressão dogmática na *Formel*, *i.e.*, na exigência de que a conduta cumpra, em simultâneo, total ou parcialmente, dois ou mais tipos legais.

Deixando o contraponto com a decisão de 1884, volta-se à sentença de onde se partiu: a *RG* 32, 137. O Supremo Tribunal acaba por considerar que não acontece, no caso, o singular encontro de unidades de sentido criminalmente desvaliosas específico do concurso ideal. A fraude sexual realiza-se enquanto dura a violação de domicílio, mas nem a mais pequena parcela da violação de domicílio constitui — quanto ao seu intrínseco conteúdo de sentido jurídico-penal — um acto de execução da fraude sexual. O significado da unidade subjectivo-objectiva que é a violação de domicílio nada tem a ver com a fraude sexual. Quer dizer: a violação de domicílio foi a circunstância pensada pelo autor para tentar a fraude sexual; em si mesma, contudo, está tão relacionada com um delito dessa índole como com um crime contra o património, a integridade física, a vida, etc. Há, pois, simultaneidade (fáctica e jurídica), mas não «unidade natural de acção». A mostrá-lo está a não verificação da *Formel*<sup>107</sup>.

---

<sup>107</sup> Com certeza poderá argumentar-se no sentido de o *RG* não ter aplicado bem o seu próprio critério ao caso concreto: talvez com jeito fosse possível ver ainda na violação de domicílio um acto de preparação/execução (cfr. texto) da singular fraude sexual em julgamento. Mas

Com esta decisão, o *RG* torna definitivamente claro o conceito de *natürliche Handlungseinheit* que utiliza e encontra a «fórmula» mais apta a facilitar a sua detecção nas hipóteses concretas. Chega, afinal, a um único padrão definitório, a um só critério decisivo da idealidade do concurso.

Recorde-se que, em completa oposição ao que fica dito, a decisão que vem de estudar-se é apontada por Maiwald como aquela que esclarece definitivamente a dualidade de critérios com que o mesmo tribunal procurou identificar os casos de concurso ideal. Antes dela, afirma o autor, o *RG* recorria à unidade natural de acção. Depois dela, com algumas lamentáveis excepções, passou a utilizar a *Formel*. E, sobretudo, dentro dela, teria procedido à nítida viragem: coexistindo os dois referidos critérios e apontando cada um para um resultado diferente, o Supremo, ao seguir a *Formel*, estaria sem dúvida a preterir a sua anterior opção. Com maior clareza: ainda segundo Maiwald, violação de domicílio e fraude sexual formariam, para o *RG*, uma *natürliche Handlungseinheit* (medida por um critério apenas social, não jurídico), a julgar, por conseguinte, como *Tateinheit*; o facto de a decisão ter tomado o rumo oposto (acumulação de crimes) ficar-se-ia a dever à radical mudança de critério, ou seja, ao aparecimento da fórmula, com a sua manifesta juridicidade.

Tal conclusão — como já se avançou — parece incorrer num duplo erro: antes de mais, o de desconhecer o carácter especificamente criminal da «unidade natural de acção» consagrada pelo *RG*; depois, o de não advertir, talvez por isso mesmo, a perfeita continuidade entre esta e a *Formel*.

Como se julga ter mostrado, a *RG* 32, 137 afasta o concurso ideal, por não se verificar a *Formel*, sem dúvida, mas também e inseparavelmente por *não encontrar* no caso — ao contrário do que diz Maiwald — a *natürliche Handlungseinheit*. Não se vislumbra, pois, na marcante decisão, qualquer intenção de inverter o rumo da jurisprudência: antes a de permitir a descoberta dos casos de «unidade natural de acção» (o mesmo é dizer, de culpa global

---

não é tanto o resultado da aplicação pontual do critério do *RG* que está em causa; importa sim apreender a sua essência.

diminuída) através de uma evidência formal. Concedendo que a «fórmula» não obedece à simples lógica subsuntiva, deve sublinhar-se que possui, apesar de tudo, elementos de captação bem mais imediata do que um juízo directo de culpa jurídica global. Em suma: longe de representar — repita-se — um outro e autónomo padrão decisório, a *Formel* constitui tão-só a expressão dogmática do único e jamais abandonado critério do *RG* para a descoberta da *Tateinheit*: o da *natürliche Handlungseinheit*.

## **2. A «Formel» como expressão dogmática da «unidade natural de acção»**

O que acaba de afirmar-se corresponde, aliás, à linha decisória do Tribunal alemão antes e depois da 32, 137. Não pode, assim, acompanhar-se Maiwald, quando reparte a jurisprudência suprema em dois conjuntos — um que aplica a «unidade natural de acção» e outro que aceita a *Formel* (ora em fase incipiente, ora já bem definida). Como exemplos do primeiro, o autor aponta as sentenças *RG* 11, 355; 30, 67; 30, 396; 35, 344; 38, 55; 41, 205. E do segundo: *RG* 4, 187; 7, 60; 14, 174; 16, 301; 47, 25; 54, 288; 56, 68<sup>108</sup>.

De seguida procurar-se-á mostrar que estes mesmos textos parecem confirmar, bem vistas as coisas, não a *Doppelspurigkeit* de Maiwald, mas a tese do critério unitário que acima se defendeu: unidade natural de acção ou culpa global diminuída, condensada numa fórmula apta a facilitar a sua aplicação aos casos concretos. Com efeito, tais decisões documentam uma busca aturada e coerente, por parte do *RG*, da essência do padrão definitório da referida «unidade natural de acção» e, portanto, do concurso ideal. O Tribunal burila o conceito e as palavras que o exprimem, mas sem o substituir. Vai, por assim dizer, desembrulhando a figura da *Tateinheit* de um modo sempre mais nítido; ora delimitando pela negativa os seus contornos — dizendo o que não é critério válido —, ora esboçando os seus específicos traços positivos. Nas linhas que se

---

<sup>108</sup> MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 20.



seguem adoptar-se-á este esquema, inserindo a propósito extractos das mencionadas peças jurisprudenciais.

Começa-se pelos elementos negativos da *natürliche Handlungseinheit*: o que ela não é ou, pelo menos, aquilo que não chega, por si só, para a constituir.

Antes de mais, tal figura não se confunde com a unidade de acção naturalística, corpórea, uma vez que alberga com frequência uma série de actos dessa espécie<sup>109</sup>; também não equivale a acções praticadas (ou seja, realizações típicas) em perfeita simultaneidade temporal ou, sequer, em imediata sequência<sup>110</sup>; além disso, a mera subjectividade do agente — um projecto seu — não pode fundir numa só a objectiva pluralidade de acções<sup>111</sup>; tão-pouco o facto de uma infracção ter sido encarada como simples meio para perpetrar a segunda converte as duas numa *natürliche Handlungseinheit*<sup>112</sup>; nem esta se identifica com a questão de saber se um dos actos ocorre durante a existência jurídica do outro (quer dizer: depois de um começar ou, pelo menos, antes de o

---

<sup>109</sup> Cfr., por todas, *RG* 32, 137 [138-9]: «Das Vorliegen einer Handlungseinheit beschränkt sich freilich nicht auf den Fall, wo ein einziger Akt körperlicher Thätigkeit in Frage kommt. Der natürliche Betrachtung stellt sich als einheitliches Handeln häufig auch eine Kette von Willensbetätigungsakten dar, eine Mehrheit solcher, die ebenso im objektiven Zusammenhange stehen, wie aus eine Willen hervorgegangen sind». E, em decisão anterior, *RG* 30, 67 [68]: «Für den Begriff ‘ein und derselben Handlung’ im Sinne des § 73 StGB’s ist ein einheitliches, in sich abgeschlossenes Thun erforderlich, das indes keineswegs nur in einem einzigen Thätigkeitsakte bestehen muß, das vielmehr auch eine ganze Reihe von Thätigkeitsakten zur Darstellung gelangen kann».

<sup>110</sup> Veja-se, desde logo, *RG* 7, 60 [61] e, também, *RG* 32, 137 [139]: «Selbst die bloße Gleichzeitigkeit der Verletzung zweier Strafgesetze bedingt nicht ohne weiteres die Handlungsidentität[...]».

<sup>111</sup> Cfr. *RG* 4, 187 [190]: explica que a doutrina nunca disse que a unidade de acção dependesse da mera unidade de projecto do autor (*die Einheit der Absicht allein*), sem considerar os momentos objectivos dos tipos legais, *i.e.*, que do simples arbítrio do agente dependesse a fusão de uma pluralidade de delitos num só delito, «Denn nicht der Handelnde, sondern das Recht bestimmt, was als eine Rechtsverletzung zu betrachten sei[...]». E ainda *RG* 7, 60 [61]: «Es kann nicht bloß von der subjektiven Willkür des Handelnden abhängen, mehrere wenn auch in einem gewissen Zusammenhange stehende, immerhin successiv sich vollziehende Rechtsverletzungen in eine zusammenzufassen». Cfr. também *RG* 11, 355 [359].

<sup>112</sup> Além das da nota anterior, ver ainda *RG* 32, 137 [139]: «Diese Handlungseinheit wird aber nicht schon dadurch hergestellt, das eine Thätigkeit sich an die andere anschließt, sei es auch unmittelbar und dergestalt, daß die erstere planmäßig zu dem Zwecke vorgenommen wird, um im Anschlusse daran die folgende ausführen zu können» e *RG* 47, 25 [27-28]; e ainda *RG* 56, 58 [59]: «Der Umstand, daß die Bestechung planmäßig zu dem Zweck erfolgte, um im Anschluß daran den Diebstahl ausführen zu können, kann die Annahme einer Tateinheit nicht rechtfertigen».

mesmo se consumir)<sup>113</sup>; por último, não é preciso que em causa esteja um só bem jurídico ou sequer bens jurídicos homogêneos<sup>114</sup>.

Elabore-se agora a lista dos traços positivos da unidade natural de acção: o que ela integra e, sobretudo, aquilo que, a dar-se, denuncia sem mais a sua presença.

A unidade de acção apresentada pelo *RG* como critério da *Tateinheit* assenta numa íntima imbricação entre os aspectos subjectivo e objectivo da mesma, o que vale por dizer que o Tribunal compreende a «acção una» sobre a qual firma o concurso ideal como expressão de um conteúdo de sentido pessoal; a *natürliche Handlungseinheit* do *RG* resulta de uma valoração dessa unidade subjectivo-objectiva que, sem prejuízo da sua índole social, consubstancia sempre, superando-a, uma autêntica natureza jurídico-penal<sup>115</sup>;

---

<sup>113</sup> Cfr. *RG* 14, 174 [175]; *RG* 32, 137; *RG* 54, 288 [289]: «Es genügt dazu nicht, daß der Hausfriedenbruch noch nicht beendet war, als die angeführten weiteren strafbaren Handlungen begangen wurden»; e ainda, *a contrario*, *RG* 35, 344 [345]: «[...] der Annahme der Idealkonkurrenz ebensowenig entgegensteht, wie die frühere Vollendung des einen oder anderen der in Betracht kommenden Delikte».

<sup>114</sup> Cfr. *RG* 32, 137 [138]: «Ohne rechtliche Bedeutung für die Entscheidung darüber, ob Real- oder Idealkonkurrenz vorliegt, ist es, daß durch das Eindringen in das Haus ein anderes Rechtsgut verletzt wurde, als durch das versuchte Sittlichkeitsverbrechen»; ver também *RG* 30, 67 [68] e *RG* 35, 344 [345], onde se fala de que não obsta ao concurso ideal o facto de haver diferentes objectos de agressão: «Die Verschiedenheit der ‘Angriffsobjekte’ der Annahme der Idealkonkurrenz ebensowenig entgegensteht».

<sup>115</sup> Quer para caracterizar a unidade social de acção, quer para definir a unidade genuinamente normativo-penal de acção que ‘corrige’ aquela, o *RG* repudia tanto o objectivismo como o subjectivismo. Cfr. *RG* 4, 187 [190]; 7, 60 [61]; 11, 355 [359]: «Sind mehrere successive Willensakte, von den jeder für sich allein schon einen strafrechtlichen Thatbestand erfüllt, vorhanden, so können sie doch *subjektiv* durch eine einzige ihnen allen unterliegende Absicht *und zugleich objektiv* in der Weise, daß sie alle *Eine bestimmte Wirkung erzielen, die einen strafrechtlichen Thatbestand ausmacht, zu einen einzigen Handlung geeinigt sein*» (itálico nosso).

Além da *RG* 32, 137, onde a assunção da unidade social pela unidade jurídico-penal ficou já patente, deve ver-se ainda *RG* 30, 396 [398] onde, depois de uma consideração de unidade social — «[...] auch diese Umstände hinderten aber das Gericht nicht, hinsichtlich der zu seiner Kognition gelangten Straftaten eine einheitliche Handlung als vorliegend anzunehmen, sofern in die äußere Erscheinung getretenen Willensbethätigungen sich als natürliche Einheit darstellten» —, se fala de um ponto de encontro objectivo e subjectivo para todos os delitos em causa: «[...] der unternommene Geschäftsbetrieb als solcher *für alle in Betracht kommenden Delikte objektiv und subjektiv den gemeinsamen Mittelpunkt bildet*, von welchem aus einerseits die vorgeschriebene Anzeige unterfallen und andererseits sowohl gegen § 284 StGB’s wie gegen § 27 des Reichsstempelgesetzes verstoßen wird...» (itálico nosso). No mesmo sentido, veja-se também 30, 67 [68]: «Für den Begriff ‘einer und derselben Handlung’ im Sinne des § 73 StGB’s [...] Wesentlich ist dabei *die rechtliche Natur der Angriffsobjekte und die Willensrichtung des Täters*» (itálico nosso) e *RG* 41, 205 [206]:

esse juízo normativo (de culpa global diminuída) em que consiste afinal a unidade natural de acção traduz-se num verdadeiro «tipo» de concurso ideal: a *Formel*<sup>116</sup>.

Nas decisões do *RG* estudadas encontram-se, pois, e recobrem-se o juízo natural/social, a valoração normativo-criminal e a «fórmula» tipificadora que condensa e torna operativo o critério encontrado.

Abunda-se em seguida na explicação desta ‘harmonia de diferentes’.

Ao situar a jurisprudência do *RG* (em matéria de concurso ideal) no seu contexto histórico-dogmático, compreende-se que nela se encontre, como pano de fundo, uma noção de crime como unidade subjectivo-objectiva, uma ideia de responsabilidade penal onde de balde se procura a nítida distinção entre

---

«Durch die Einheitlichkeit des Vorsatzes und den engen Zusammenhang zwischen Verfälschen und Teilhalten oder Verkauf wird [...] die Annahme zweier selbständiger Handlungen in Sinne von § 74 StGB [concurso real] abgeschnitten».

<sup>116</sup> Algumas decisões anteriores a *RG* 32, 137 contêm já afloramentos do que viria a constituir a «fórmula» do concurso ideal, definitivamente enunciada naquele texto. Cfr. *RG* 11, 355 [356] (na sentença do tribunal de 1ª instância) e [359] (na argumentação do *RG*, ainda que de modo implícito: ao apelar para a «natureza das coisas» apela afinal para o próprio sentido jurídico-penal dos dois tipos legais em jogo; *RG* 14, 174 [175], embora deva advertir-se que a decisão vai aqui no sentido de um concurso aparente, não ideal; *RG* 16, 301 [305], quando exige um acto de execução comum aos dois tipos.

As decisões posteriores a *RG* 32, 137 recebem naturalmente a *Formel* com o seu significado próprio, *i.e.*, como expressão dogmática da *natürliche Handlungseinheit*. O facto de muitas sentenças já não conterem referência explícita a esta última não deve, por conseguinte, ser interpretado como um abandono pelo *RG* da unidade natural de acção (ou culpa global diminuída), mas antes como uma confirmação da utilidade da fórmula: invocar esta dispensa a explicação por extenso do critério que ela veio justamente condensar. Tudo para concluir, em definitivo, que a existência de decisões (subsequentes à *RG* 32, 137) que usam ainda a expressão «unidade natural de acção» representa, não um regresso à antiga jurisprudência— como quer Maiwald —, mas um sinal de que não deve ver-se qualquer contraposição entre *natürliche Handlungseinheit* e *Formel*. Aliás, a *RG* 38, 55, apontada por aquele como uma das lamentáveis excepções à viragem jurisprudencial, na realidade assemelha-se à decisão 32, 137: junta a consideração extensa do critério ao seu breve enunciado, quer dizer, invoca no mesmo sentido e, assim, como verso e reverso da mesma moeda, a unidade natural de acção e a «fórmula» (cfr. *RG* 38, 55 [57]. São exemplo disto mesmo *RG* 35, 344 [346] e 47, 25 [28]. O *RG* utiliza até expressões idênticas para caracterizar a unidade natural de acção e a *Formel*; e fá-lo inclusive — pormenor curioso — em sentenças separadas entre si por mais de 30 anos: *RG* 16, 301 [305] e *RG* 56, 58 [59, 2º § in fine].

ilícito e culpa individual. Ao juízo condenatório (dentro já da *Schuldfrage*<sup>117</sup>) chegava-se através de uma apreciação global do comportamento do agente.

O concurso ideal corresponderia, nesta linha de pensamento, a mais um «tipo de crime», a juntar aos singulares *Tatbestände* da Parte Especial. Um tipo forjado a partir da Parte Geral, ao lado de outros como o da tentativa e o da consumação, ou o da autoria e o da cumplicidade<sup>118</sup>.

Vendo as coisas de outro ângulo, não se torna difícil de apreender que, para o *RG*, o critério do concurso ideal não poderia deixar de ser jurídico-penal, mesmo quando para o exprimir se usasse a palavra «unidade *natural* de acção». ‘Natural’ não guarda, neste contexto, relação com o mundo naturalístico ou com o universo das representações puramente sociais, desligadas da sua valoração jurídica. Parece utilizar-se apenas porque supera a formal subsunção do caso a tipos legais encerrados no seu específico desvalor e, nessa medida, excludentes de todos os outros.

A *natürliche Handlungseinheit* que o *RG* descreve através da *Formel* nunca se identificou com um facto a que acrescem valorações — ora sociais, ora jurídico-criminais. Não se trata de um comportamento ou situação alargada que, no seu conjunto, se prestasse a um juízo unitário de reprovação ou censura ‘naturais’ e só posteriormente fosse sujeito à ‘artificial’ repartição por tipos de crime<sup>119</sup>. Tão-pouco se reduz a uma acção voluntária com plural significado penal.

Na «unidade natural de acção» há distintas unidades valorativas (de genuíno carácter penal) que se cruzam enquanto tais, denunciando uma unidade

---

<sup>117</sup> Distingua-se, dentro da actividade do tribunal, a *Kausalitätsfrage* (estabelecimento do nexo de imputação objectiva) e a subsequente *Schuldfrage* (que fixava o conteúdo de antinormatividade presente no comportamento e a culpa do agente — ou a falta dela). Como tribunal de última instância, o *RG* ocupava-se apenas da *Schuldfrage* neste sentido amplo, que inclui o juízo de ilicitude ou, ao menos, parte dele: a sua apreciação do caso revestia pois essa característica de apreciação global ou conjunta da conduta em julgamento.

<sup>118</sup> A este propósito, no que diz respeito às figuras da tentativa e da participação, cfr. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, Parte II, Tít. I, Cap. VI 1. e 2. a).

<sup>119</sup> É este modo de ver desajustado, ao que tudo indica, que leva Maiwald e a doutrina maioritária a dizer que, em matéria de concurso ideal, o *RG* faz primeiro um juízo *natural*, *pré-jurídico* de unidade de acção e só depois prossegue para a dimensão jurídica do caso, vendo quais os tipos legais preenchidos. Daí a recusa da *natürliche Handlungseinheit* nestes casos e a consequente incompreensão da *Formel*.

jurídica subjectivo-objectiva superior. Há actos eivados do seu típico sentido normativo-criminal que se sobrepõem; e essa sobreposição leva implícita uma diminuição da censurabilidade do agente quando reportada ao comportamento total.

*A natürliche Handlungseinheit* concretiza-se na *Formel* onde, com todas as limitações inerentes a uma condensação de um juízo prático, se pode reconhecer o *tipo de concurso ideal* do *RG*.

Como se torna evidente, quem interprete a unidade natural de acção como uma unidade estritamente natural/social, sem captar a sua verdadeira índole jurídica — a sua identificação com o referido juízo valorativo-criminal de culpa global diminuída —, jamais poderá encontrar a correspondência de sentido entre a unidade natural de acção e a *Formel*. Nunca dirá que uma genuína ‘equação’ dogmática simboliza ou abrevia uma consideração tão-só social, pré-jurídica do mesmo facto.

A chave hermenêutica da jurisprudência do *RG* acerca da *natürliche Handlungseinheit*, do concurso ideal, em definitivo, reside assim na percepção de que, ainda neste domínio, o conceito de unidade natural de acção apela, em derradeira instância, não para o mero sentido natural ou social das coisas, mas para o seu autêntico sentido jurídico: convoca uma apreciação do facto que não se esgota nem no seu aspecto externo-objectivo, nem na sua vertente interno-subjectiva; antes o valora como expressão pessoal de um conteúdo de antinormatividade ou, se se preferir, como uma unidade subjectivo-objectiva de sentido à luz do direito penal. Só deste modo a *Formel* encontrará, ela também, a sua inteligibilidade enquanto concretização desse juízo eminentemente jurídico-criminal e o seu lugar dogmático próprio<sup>120</sup>.

---

<sup>120</sup> Curiosamente, criticando o ponto de vista defendido em texto, Honig confirma-o (HONIG, *Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit*, p. 29). Afirma que «a aplicabilidade da *Formel* foi dificultada pela ‘mania’ do *RG* de tentar relacionar a consideração natural com a *Formel*, encobrindo assim a *Formel*»; a decisão 32, 137, ao falar das duas coisas, põe isto mesmo em evidência. E acrescenta (p. 31), explicando agora a sua visão pessoal: «o que decide o caso, de um ponto de partida jurídico-criminal, é o duplo significado compreendido num desses actos (que no conjunto, segundo critérios naturais,

### 3. *A continuidade da jurisprudência alemã sobre o concurso ideal.*

Cumpra perguntar, por último, se o critério unitário do *RG* para o concurso ideal pertence hoje tão-só à história desta figura jurídica ou se, pelo contrário, encontra continuidade na moderna jurisprudência — em particular a do *BGH (Bundesgerichtshof)* — e na doutrina actual.

A resposta praticamente unânime dos manuais e dos comentaristas é a de que o *BGH* segue a *Formel*, *i.e.*, decide a *Tateinheit* em função da existência, no caso, de uma intersecção, ao menos parcial, dos actos de execução dos vários tipos realizados<sup>121</sup>. Com uma excepção: volta à unidade natural de acção quando em causa estiverem dois *Tatbestände* que se encontrem em relação de especialidade (crime fundamental e crime qualificado/privilegiado), ou seja, tipos distintos que configurem, no entanto, a mesma espécie de delito (*Deliktstypus*)<sup>122</sup>.

Para bem compreender a linha de decisão do Tribunal Federal, há-de relembrar-se o modo como o *RG* empregava o conceito de «unidade natural de acção», por ele próprio, aliás, cunhado.

Utilizava-o tanto para decidir sobre a unidade ou a pluralidade de crimes, quando em causa estivesse apenas uma norma incriminadora — as chamadas realizações iterativa e sucessiva de um tipo legal<sup>123</sup> —, como para separar as hipóteses de *Tateinheit* das de *Tatmehrheit* (§§ 73 e 74 do *StGB*, respectivamente), onde a pluralidade típica era regra<sup>124</sup>.

---

formam a unidade natural de acção)». Com a *Formel*, a *natürliche Handlungseinheit* passa a ser um mero indício de que será aplicável o § 73 do *StGB*. (Tradução nossa).

<sup>121</sup> Cfr. MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 52-54; RISSING-VAN-SAAN, *LK*, 12<sup>a</sup> ed., Vor § 52, Rn. 18; ROXIN, *Strafrecht* II, § 33, Rn. 82 s. Saliente-se, por outro lado, que WARDA, *Öhler-FS*, p. 251 s, defende que a unidade natural de acção deveria ser utilizada tão-só nos casos de realização iterativa ou sucessiva de um tipo legal, nunca para distinguir a *Tateinheit* da *Tatmehrheit*.

<sup>122</sup> Encontram-se na jurisprudência várias decisões respeitantes a furtos. Ex.: tentativa de furto qualificado (arrombamento, sem subtracção de coisa alguma) e logo a seguir um furto simples consumado.

<sup>123</sup> Cfr., *supra*, II 4. 2.

<sup>124</sup> Como já foi referido, o § 73 não continha qualquer referência à possibilidade de concurso ideal *homogéneo*, ao contrário do que acontece com o actual § 52, que o consagra expressamente.

A doutrina — e o clássico estudo de Maiwald atesta-o — via, por trás da mesma expressão (*natürliche Handlungseinheit*), duas funções (ou dois conceitos funcionais) diferentes: uma consistiria em traçar a fronteira do não-concurso — saber quando é que a multiplicidade de actos violadores de um tipo ocultava, afinal, uma unidade de crime —; outra destinar-se-ia a detectar os casos de concurso ideal. A literatura considerava ainda que, na primeira delas, sob a aparência de um padrão natural/social, se encontrava um autêntico critério jurídico-criminal, por isso mesmo aceite como legítimo<sup>125</sup>. Na segunda função, pelo contrário, a *natürliche Handlungseinheit* faria jus ao nome e mais não conteria do que a remissão para uma difusa unidade de acontecimento *social*, medida de acordo com o significado da linguagem corrente, imprestável, por si só, para uma valoração penal. A mesma doutrina afirmava, por fim, que o *RG* teria substituído este critério *natural* por outro, de índole *normativa*, a que chamou *Formel*: a exigência de uma intersecção, ao menos parcial, dos actos de execução dos diferentes tipos legais envolvidos.

Segundo esta versão das coisas, o *BGH* haver-se-ia pois atido a este derradeiro modo de tratar o problema, reservando a «unidade natural de acção» — cuja definição, aliás, confirmou<sup>126</sup> — para as hipóteses de realização iterativa e sucessiva do mesmo tipo legal de crime, bem como para aquelas outras em que os tipos preenchidos, apesar de diferentes, se reportassem, afinal, ao mesmo *Deliktstypus*<sup>127</sup>. No fundo, a *natürliche Handlungseinheit* serviria apenas os casos de verdadeira unicidade de delito, denunciada pelo facto de os vários actos significarem um aumento tão-só *quantitativo* (*Steigerung*) do ataque ao mesmo bem jurídico, ligado a uma única resolução de vontade<sup>128</sup>.

Um último reparo, de menor importância, é certo, para o propósito deste estudo: alguns autores negam a necessidade e a utilidade da *natürliche*

---

<sup>125</sup> Ver, *supra*, II 4. 2.

<sup>126</sup> Veja-se, por exemplo, *BGHSt* 10, 230 [231]. Ver ROXIN, *Strafrecht* II, § 33, Rn. 30, ou RISSING-VAN-SAAN, *LK*, Vor § 52, Rn. 10 s.

<sup>127</sup> Por exemplo, tentativa de furto qualificado e furto simples consumado.

<sup>128</sup> Cfr. ROXIN, *Strafrecht* II, § 33, Rn. 29 s.

*Handlungseinheit*, uma vez que a reduzem ou assimilam a uma forma de «unidade típica de acção» (*tatbeständliche Handlungseinheit*<sup>129</sup>). Afinal, argumentam, aquela limita-se a reconduzir uma multiplicidade de actos à sua verdadeira condição de partes de um único crime, de momentos da realização de um só tipo legal. Ora, não cumpre esse mesmo cometido a «unidade típica de acção»? Na oposição a tal ideia destacou-se Warda. Em artigo no qual reforça a tese de que a *natürliche Handlungseinheit* deve actuar apenas dentro dos exactos limites da iteratividade e da sucessão criminosas, defende que precisamente nesse campo a «unidade natural de acção» desempenha um papel autónomo da *tatbeständliche Handlungseinheit*, e igualmente imprescindível. Só com o seu contributo específico será possível dizer se a unidade-em-vários-actos que a interpretação do tipo legal *permite* se dá, ou não, no caso concreto. Por exemplo: interpretando o tipo do furto, vê-se que *pode* abarcar, como realização unitária, a subtracção de várias coisas; contudo, a pergunta pelo número singular ou plural de delitos nas hipóteses de multiplicidade de objectos furtados não encontra no próprio tipo resposta suficiente. Exemplo paralelo se descobre numa sequência de tentativas de homicídio dirigidas à mesma vítima. Uma ou várias realizações típicas? Há elementos de espaço e de tempo, de modo de execução, de planos e resoluções de vontade do agente que fazem de cada sucesso particular um só ou, pelo contrário, diversos crimes. Essas coordenadas encontram-se, conclui Warda, na unidade *natural* de acção; não na *típica*<sup>130</sup>.

Até aqui, analisou-se o modo como a esmagadora maioria dos autores compreende a actividade judicativa do *BGH* no domínio concursal em apreço. Compreensão que se encontra indissolivelmente ligada à maneira como a mesma literatura interpreta as decisões paralelas do *RG*.

---

<sup>129</sup> Sobre o conceito de «unidade típica de acção», veja-se, *supra*, o que se escreve em II 3. Para os autores que negam a utilidade da «*Handlungseinheit*», consulte-se ROXIN, *Strafrecht* II, § 33, nota 25.

<sup>130</sup> WARDA, «Grundfragen der strafrechtlichen Konkurrenzlehre», *JuS* 1964, p. 84 s; e ainda «Funktion und Grenzen der natürlichen Handlungseinheit», *Oehler FS*, p. 257 s.



Transpondo, contudo, o problema e as afirmações da jurisprudência e da doutrina para o código de leitura que se reputa correcto, facilmente se porá de manifesto que a perspectiva atrás defendida — baseada nos próprios textos do *RG* — continua a ser válida, no essencial, para as sentenças do pós-guerra<sup>131</sup>.

Se, como se referiu, a unidade natural de acção contempla, na substância, um juízo jurídico de culpa global diminuída; se a *Formel* mais não constitui do que uma expressão dogmática concretizadora desse mesmo juízo; então o *BGH*, porventura sem o advertir expressamente, segue a linha decisória do seu antecessor, pois que dele tomou os conceitos e critérios com que trabalha. A «fórmula» do *RG* não mudou de conteúdo ao serviço do novo Tribunal: assim o atestam, aliás, os textos deste emanados<sup>132</sup>; a *natürliche Handlungseinheit* não desapareceu como critério do concurso ideal na mais recente jurisprudência: ecoa ainda na *Formel*<sup>133</sup>.

Por fim, pode observar-se um outro indicador: a razão material invocada para justificar a *Tateinheit* reside, assim o continua a dizer a doutrina dominante<sup>134</sup>, na menor energia criminosa em regra revelada pelo agente que infringe várias leis penais com uma só acção, se comparada com a daquele que as viola através de acções independentes entre si. Ora este argumento parece confirmar que, através da *Formel*, o que continua a procurar-se mais não é do que uma «unidade natural de acção» — interpretada como aqui se vem fazendo, quer dizer, como um juízo de culpa global diminuída.

<sup>131</sup> Depois da derrota na II Guerra Mundial, em 1945, que levou consigo o fim do *RG*, a Alemanha esteve algum tempo sem Supremo Tribunal. De 1948 a 1950, o *Oberste Gerichtshof für die Britische Zone (OGH)* — os outros sectores de administração das potências aliadas não erigiram tribunais de última instância — funcionou como tribunal de revisão, em matéria civil e penal, para vários *Oberlandesgerichtsbezirke*, representando um primeiro passo para a reposição da unidade jurídica no país. O *Bundesgerichtshof* constituiu-se depois, a 1 de Outubro de 1950, primeiro para a República Federal da Alemanha, agora para a Alemanha reunificada. Cfr. *Bundesgerichtshof*, brochura da autoria do próprio tribunal: [http://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Downloads/DE/DerBGH/broschuereBGHAktuell.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Downloads/DE/DerBGH/broschuereBGHAktuell.pdf?__blob=publicationFile). Consultada a 14.X.2013.

<sup>132</sup> *BGH* 6, 229 [232], por exemplo, parece usar apenas o critério da acção em sentido naturalístico.

<sup>133</sup> Veja-se, entre as decisões mais antigas, *BGH* 7, 149 [151]; 8, 243 [244]; 9, 10 [11]; 10, 291 [294]; 13, 21 [23-4]

<sup>134</sup> Mesmo a doutrina que não concorda com a figura aponta para a menor energia criminosa como a ‘razão oficial’ da distinção do concurso ideal relativamente ao real (cfr. ROXIN, *Allgemeiner Teil*, § 33, Rn. 9).

Para que não restem dúvidas: tudo quanto se disse sobre a unidade natural de acção realmente operante na jurisprudência do *RG* pode repetir-se para o posterior acervo de decisões superiores nesta matéria. Mesmo no que respeita ao concurso ideal.

Talvez cause estranheza a parificação do sentido da «unidade natural de acção» em duas situações tão diferentes: aquelas em que se reporta a um só tipo legal e aquelas outras em que, pelo contrário, faz referência a uma pluralidade de realizações típicas. Para afastar tal escolho, há-de sublinhar-se que a *natürliche Handlungseinheit* consubstancia um juízo decisório que, num caso e noutro, se assemelha, possui a mesma matriz. É um juízo jurídico, global, que pode desembocar, conforme as circunstâncias a que se aplica, *ou* na detecção de uma unidade de crime simples (onde poderia num primeiro momento ver-se uma acumulação de delitos homogéneos) *ou* na descoberta de uma culpa global diminuída, que ‘transforma’ em concurso ideal aquele comportamento que, por violar diferentes disposições incriminatórias, pareceria destinado a configurar um verdadeiro e próprio concurso real de infracções<sup>135</sup>. Não se vislumbra pois— no que a este ponto diz respeito — qualquer ruptura entre a linha jurisprudencial do *RG* e a que ainda hoje vem sendo praticada pelo *BGH*. Repete-se: na materialidade das coisas, *RG* e *BGH* decidem, quanto ao problema concursal, em continuidade<sup>136</sup>.

A questão que deveria suscitar a mais genuína perplexidade prende-se, porventura, com a correspondência — que parece não existir — entre o tratamento da *Tateinheit* e os pressupostos da doutrina geral do crime; dito de outra forma: torna-se estranho que a *natürliche Handlungseinheit* e a *Formel* que a exprime no concurso ideal tenham atravessado incólumes, ao que tudo indica, as mudanças sistemáticas que abalaram entretanto a dogmática penal.

<sup>135</sup> Cfr., *supra*, III, especialmente 3. 2.

<sup>136</sup> Curiosamente, continua a haver, na Jurisprudência do Tribunal Supremo — agora o *BGH* —, casos a serem decididos de acordo com o critério da única acção em sentido naturalístico, a par do uso da *Formel* e ainda da *natürliche Handlungseinheit*. Veja-se, por exemplo, *BGH* 6, 229 [232].

Voltar-se-á mais adiante a este tema. Para o explicar e, do mesmo passo, atribuir ao problema do concurso aquela que parece ser a sua adequada sede na construção geral do delito.

#### ***4. Apreciação crítica do concurso ideal tradicional***

Assente a continuidade jurisprudencial e a quase unanimidade da doutrina em torno da *Formel*, como critério decisor do concurso ideal, chegou o momento de fechar a crítica à modalidade ‘tradicional’ da figura<sup>137</sup>. Quer dizer, à *Tateinheit* vista como um caso especial de concurso, que deriva da consideração seguinte: deve punir-se como um crime só — e não com a pena conjunta do concurso real — aquela realização plural de tipos legais que tenha acontecido através de uma única acção, pois esta circunstância denuncia uma menor gravidade da actuação delituosa do agente, considerada no seu todo.

Este concurso ideal não parece de aceitar. Nem na interpretação do § 52 que ainda hoje maioritariamente se segue, nem no entendimento que este estudo sugeriu como correspondendo à realidade jurisprudencial alemã. O que mais não significa, recorde-se, do que insistir no motivo pelo qual não se justifica um concurso ideal assente numa unidade de acção naturalística ou mesmo num ponto onde se cruzam actos de execução de diferentes tipos (a *Formel* do *RG*, na sua acepção comum); e explicar, depois, que a recondução ao concurso ideal tão-pouco se mostra convincente quando fundada, nos termos expostos, num juízo jurídico de culpa global diminuída, de que a dita *Formel* é expressão.

Como defendeu com acerto Eduardo Correia, toda a construção da *Tateinheit* apoiada na força unificadora de uma acção fáctica há-de excluir-

---

<sup>137</sup> Qualificar o concurso ideal de que se falou até este momento como «modalidade *tradicional* da figura» requer uma explicação. Por um lado, o adjectivo *tradicional* não significa aqui uma modalidade que já não se pratica ou não se defende: na realidade, continua a rever-se nela a jurisprudência e a doutrina dominantes na Alemanha. Por outro lado, porém, é legítimo apelidar esta construção de «*tradicional*», uma vez que, em época recente, nos anos 70, pela obra de Ingeborg Puppe, aparece uma outra construção do concurso ideal, em moldes muito diferentes. Não foi seguida senão por poucos, mas nem por isso deixou de obrigar a uma contraposição com o que antes dela havia nesta matéria.

se.<sup>138</sup> Tal juízo procede, quer essa acção se entenda como um único movimento corpóreo causalmente ligado a uma vontade, quer consista numa actividade humana que co-realiza, ao menos em parte, dois tipos diferentes. Na verdade, uma mera circunstância natural carece de legitimidade para ligar ou desligar factos-crime; nada traz consigo (na sua pura materialidade não valorada) que deva influenciar o desvalor jurídico-penal (de ilícito ou de culpa) presente no comportamento de alguém. Mesmo na Alemanha, cresce a ‘intuição’ doutrinal de que não há uma conexão necessária entre a maior ou menor gravidade global da conduta e a circunstância de, na sua génese, se encontrarem uma ou várias «acções». Muitos autores discordam, pois, da diferenciação mantida no *StGB* entre os §§ 52 e 53<sup>139</sup>. Analisam-na por não poderem ignorar que a lei a impõe e, nessa medida, obriga a indicar um qualquer critério de orientação<sup>140</sup>.

Recorde-se que a opção por um concurso ideal deste formato tem como consequência prática mais frequente a ‘retirada’ da conduta em julgamento do âmbito do concurso real e da sua *Gesamtstrafe*, para a sancionar dentro da moldura penal do mais grave dos tipos infringidos (§ 52). Convocando um dos exemplos mais impressionantes: matar uma pessoa e ferir outra (ou, inclusive, matar duas pessoas<sup>141</sup>) com um só tiro consubstanciaria uma *Tateinheit*. Em contrapartida, essas mesmas «morte e ofensa à integridade física (ou duas mortes)» seriam tratadas como *Tatmehrheit*, caso o agente tivesse efectuado

---

<sup>138</sup> Cfr. EDUARDO CORREIA, *A teoria do concurso*, p. 27 s. Na verdade, pode dizer-se que toda a tese do penalista português é conduzida pela ideia de substituir uma ideia naturalística do crime e, portanto, do concurso, por uma visão valorativa, normativa do mesmo.

<sup>139</sup> A manutenção da figura do concurso ideal foi, ao longo da história do Código Penal alemão, objecto de uma discussão séria e profunda, sempre ligada e condicionada pela ideia de que, à determinação da pena de um agente, presidiria o princípio do «*quot crimina, tot poenae*». Ver, sobre a questão, em registo crítico e *de lege ferenda*, GEERDS, *Zur Lehre von der Konkurrenz*, p. 423 s. Na p. 495 afirma, com palavras de COENDERS, que conservar a distinção concurso ideal/ concurso real é «[conservar] esquemas conceptuais antiquados» («*Konservierung veralteter Begriffsschemata*»).

<sup>140</sup> Ver, por todos, ROXIN, *Strafrecht*, § 33, Rn. 9.

<sup>141</sup> Os exemplos aqui convocados — e que continuarão a servir, mais adiante — trazem associados dois outros problemas: o de saber como lidar com os casos em que uma só acção lesa *bens jurídicos pessoalíssimos de diferentes portadores* e o da admissibilidade de um *concurso ideal homogéneo*. Como se vem sublinhando, o *StGB* que, na sua primeira versão, não contemplava no então § 73 senão os casos de violação de tipos diferentes, juntou, em 1975, ao texto originário (que passou para o § 52), a alternativa: «ou violar várias vezes a mesma lei penal».

dois disparos, ainda que sucessivos; fala-se até da hipótese em que alguém leva a cabo este mesmo projecto, mas com um revólver em cada mão.

Em suma: um critério não jurídico-criminal (nem a ele reconduzível) deve considerar-se inapto para desencadear efeitos dessa natureza (jurídico-criminal). Porque, de dois comportamentos que violam os mesmos bens jurídicos, para que um aparecesse como menos reprovável do que o outro seria forçoso que nele ocorresse, *ou* uma menor gravidade dessas ofensas, *ou* uma culpa ou perigosidade diminuídas por parte do seu autor. Ora, nem uma coisa nem a outra parecem proceder necessariamente da singularidade da acção natural, em si mesma considerada.

Para tornar este argumento — tradicional — definitivamente claro, deve acrescentar-se que, com ele, não pretende negar-se a possibilidade de que tal desagravamento da conduta se relacione com o facto de o agente ter provocado as diferentes infracções com um único gesto ou de uma só vez. Quer apenas dizer-se que isso não acontece *sempre*; que, por vezes, a execução através de um só movimento evidenciará mesmo um especial cálculo ou habilidade criminosos<sup>142</sup>. Sendo assim, como pode erigir-se em critério de alguma coisa — neste caso, de um concurso ideal — uma circunstância que, ora redundando numa minoração do mal do crime, ora acompanha um efeito de sinal contrário? De forma explícita: a unicidade do movimento voluntário (ou o facto de nele se cruzar a execução de dois ou mais delitos) nunca constituirá o fundamento do maior ou menor desvalor jurídico-penal da situação. Este deve avaliar-se de outro modo<sup>143</sup>.

Aliás, no respeitante à *Formel*, já Honig assinalava o problema com as seguintes palavras: «nos casos de fronteira, não são nem a maior ou menor culpa, nem a maior ou menor extensão da lesão que decidem sobre a aplicação do regime da exasperação ou da absorção (§§ 53 e 52, respectivamente); é

---

<sup>142</sup> EDUARDO CORREIA, *A teoria do concurso*, p. 114-115.

<sup>143</sup> Desde logo, de uma maneira que tenha em conta o *conteúdo* de antinormatividade do facto. Ver-se-á que surge, a partir dos anos 70, uma versão normativa do concurso ideal que parte justamente do conteúdo de ilícito e de culpa do comportamento em análise. Ver Puppe, *infra*, cap. V.

antes, única e exclusivamente, a álea da situação». Explicitando o pensamento do autor: dar-se ou não um cruzamento efectivo dos actos de execução de vários delitos pode ficar a dever-se ao acaso e não a qualquer circunstância com relevo para a valoração penal. E concluía: «a *Formel* (aplicada de maneira consequente) leva a resultados dogmaticamente seguros, mas não político-criminalmente pacíficos. Serve a ideia da segurança jurídica, mas não a da justiça»<sup>144</sup>.

Note-se que, em coerência com a sua adesão à tese do dualismo metódico da jurisprudência, Honig critica a *Formel* separada da *natürliche Handlungseinheit*. Contudo, para o autor, negar justeza à «fórmula» do *RG*, depois de ter entendido que nem a acção naturalística nem a *natürliche Handlungseinheit* serviam para sustentar o concurso ideal, significa retirar à figura o seu derradeiro ponto de apoio<sup>145</sup>. Na verdade, se bem que por caminho diverso do aqui adoptado, o autor rejeita a *Tateinheit*. A refutação dos parâmetros decisórios da figura acaba, assim, por conduzir à crítica mais radical: a que não vê justificação para a própria existência do concurso ideal<sup>146</sup>.

---

<sup>144</sup> HONIG, *Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit*, p. 42. Honig cita Coenders, em diálogo com Binding sobre a mesma matéria: «Nicht die Geschicklichkeit oder die Verwegenheit des Verbrechers, sondern fast immer die zufälligen Umstände des Lebens entscheiden darüber, welche der beiden Konkurrenzarten im einzelnen Falle vorliegt» (COENDERS, *Über die Idealkonkurrenz*, 1921, p. 7).

Note-se que o próprio *RG* fala da insegurança e do arbítrio judicial que a distinção entre concurso ideal e concurso real representava. Cfr. *RG* 47, 25 [27].

<sup>145</sup> Já atrás ficou assinalada a rejeição da *natürliche Handlungseinheit* como critério do concurso ideal, em nome da sua vaguidade. E, do mesmo modo, a base natural/social em que dizem assentar, coloca à sua admissão um problema de legitimidade análogo ao do princípio naturalístico.

<sup>146</sup> Esta dificuldade de encontrar critério justo e preciso, sindicável, que identifique os dois pólos ‘para além de toda a dúvida razoável’, joga igualmente o seu papel no moderno requisitório para a instauração da *Einheitsstrafe* — aquela pena que ultrapassaria a separação idealidade/realidade concursal. Os seus defensores advogam o desaparecimento do *StGB* desta dualidade de regimes. (Veja-se, por exemplo, VOLKER ERB, «Überlegungen zu einer Neuordnung der Konkurrenz», *ZStW* 117 (2005), p. 37-107, em especial 64-85). A pena unitária imporia, em qualquer caso de efectiva violação de várias normas incriminatórias pela mesma pessoa, a aplicação de uma única sanção, calculada com base no conjunto dos factos e na personalidade do seu autor. (Sobre a pena unitária, pode ver-se C. LIBANO MONTEIRO, *RPCC* 16 (2006), p. 151-166.)

Até aqui, o pensamento da doutrina majoritária sobre o concurso ideal, assim como as objecções de que tem sido alvo. Neste estudo sustentou-se, porém, uma ideia diferente: a de que, tirando os poucos casos em que apelam para a estrita acção naturalística<sup>147</sup>, o critério realmente operante nas decisões da jurisprudência alemã — primeiro do *RG* e depois do *BGH* — não se identifica nem com a ideia corrente da ‘unidade natural/social de acção’, nem com a «fórmula», no sentido que normalmente se lhe atribui. Através de uma selecção de sentenças desses tribunais superiores — aquelas em que a literatura dominante costuma apoiar a sua interpretação — procurou mostrar-se que, na verdade, o raciocínio jurisprudencial punha a descoberto uma «unidade natural de acção» de clara índole jurídico-criminal: um juízo compreensivo de culpa global, referido ao conjunto dos delitos em causa. E viu-se ainda que a chamada «*Formel*», longe de corresponder a um abandono de semelhante critério, mais não consubstanciava do que a sua ‘tipificação’. *RG* e *BGH* convocam o concurso ideal — concluiu-se — quando o referido juízo jurídico conduz a um resultado de culpa global *diminuída*. Diminuída — o ponto é esse — por referência aos casos nítidos de concurso real, em que o desvalor da conduta se aproxima do ‘somatório’ das realizações típicas que a compõem.

No concurso ideal tradicional, assim compreendido, a perspectiva natural dá lugar a um entendimento normativo. Deixa, pois, de valer, para esta versão das coisas, a principal crítica dirigida à *Tateinheit*, nos exactos termos em que o foi. Afirmou-se improcedente um concurso ideal de base pré-jurídica; ora tal ‘censura’ não atinge uma interpretação que, ao invés, descobre na figura uma genuína matriz jurídico-criminal. (Ao menos no critério que orienta, de facto, a sua aplicação). Estará, então, isenta de reparos a *Tateinheit* que a jurisprudência *pratica*?

---

<sup>147</sup> Com efeito, não pode deixar de notar-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal alemão continua a lançar mão, não apenas da *natürliche Handlungseinheit* ao lado da *Formel*, mas ainda, nalguns casos, da acção em sentido naturalístico. Tal acontece, sobretudo, em decisões que apelam para o chamado concurso ideal homogéneo; *i.e.*, quando uma mesma acção lesa mais de um bem jurídico pessoalíssimo. Cfr., *v.g.*, *BGH* 16, 397 [398].

Convém-lhe, sem dúvida, a observação segundo a qual a medida da *natürliche Handlungseinheit*, ainda que jurídica, é vaga, pouco precisa, mais susceptível de encobrir uma valoração intuitiva que apenas se justificará *a posteriori*. Mas — acima de tudo e mesmo quando munido de uma «fórmula» que o concretiza — o concurso ideal tradicional (ainda que interpretado nos moldes aqui propostos) continua a oferecer as mesmas soluções, de duvidoso acerto material. Na substância, as decisões — compreendidas embora, assim se julga, de um modo mais conforme ao que nelas se lê — não deixam de punir em concurso ideal quem mata ou fere, de uma só vez, diferentes pessoas, não se precatando da incongruência valorativa que tal opção comporta, se pensada à luz dos sentidos de ilícito presentes na conduta. No caso, sentidos independentes um do outro e a reclamar, por isso, concurso real de infracções<sup>148</sup>. Tal como não chega a admitir que algumas das hipóteses que resolve segundo o § 52 do *StGB* melhor se considerariam concurso aparente, dada a perfeita unificação dos sentidos típicos inicialmente encontrados.

Deve até notar-se que a solução a que se chega não possui apenas uma perspectiva de análise; quer dizer: afirmar-se ou não concurso ideal em caso de agressão a bens pessoalíssimos de mais de um sujeito convoca também a questão do concurso (ideal) homogéneo, *i.e.*, da violação de uma só norma incriminadora, mas várias vezes, através de uma acção única. Tanto o *RG* como o seu sucessor — o *BGH*, ainda em funções — apresentam casos de *Tateinheit* onde afirmam, de modo expresso, que o facto de em causa se encontrarem bens jurídicos pessoalíssimos de diferentes portadores não impede a aceitação de uma «unidade natural de acção»<sup>149</sup>. Curiosamente, um Acórdão de 2007 do *BGH* reporta o caso ao concurso ideal precisamente por haver distintos

<sup>148</sup> O que se afirma relaciona-se com o conteúdo essencial da tese defendida, que assimila o cerne do concurso de crimes a um «concurso de ilícitos»; ver, *infra*, Parte Segunda, I e III.

<sup>149</sup> Por exemplo, o *BGH*, na decisão de 29.XI.1984 (*NStZ* 1985, Heft 5, p. 217), depois de afirmar que se dão os pressupostos da «unidade natural de acção», acrescenta: «o facto de terem sido violados vários bens jurídicos eminentemente pessoais não contraria a aceitação da *natürliche Handlungseinheit*». E apoia esta última asserção na jurisprudência anterior do tribunal. Cfr., nesse sentido, *BGH* 1, 20; 6, 81. Na actualidade, veja-se *BGH* 2 *StR* 498/06 de 19.I.2007. Não se trata, porém, de jurisprudência absolutamente uniforme.



indivíduos atingidos na sua integridade física, um bem eminentemente pessoal. Se o bem em causa não possuísse tal natureza, explica, com certeza não poderia falar-se de várias violações do mesmo tipo, mas de uma só, quantitativamente superior; logo, não se consideraria um concurso ideal (homogéneo), mas antes um único delito simples<sup>150</sup>.

Afinal, a questão do desacerto do concurso ideal tradicional prende-se com o facto de o juízo jurídico de culpa global interpretar como uma pluralidade típica menos gravosa todos os casos em que encontra conexão de sentido entre duas ou mais realizações típicas. Conexões independentes de uma rigorosa avaliação do conteúdo de ilícito do comportamento. Como se disse, o vínculo encontrado conduziria, em algumas das hipóteses que se qualificam como *Tateinheit*, a reconduzi-las à unidade criminosa, à unidade de ilícito, à unicidade de tipo de ilícito a convocar. Nos demais casos, o nexa não parece dever bulir com a valoração jurídico-penal do comportamento, *i.e.*, mostra-se inidóneo para fundir num só facto punível as realizações típicas em causa; numa palavra, não desfaz um genuíno e definitivo concurso real entre as actuações. Veja-se.

Por que razão há-de julgar-se como concurso ideal (falsificação de alimento e burla) e não como concurso aparente (burla) o caso da venda dolosa de leite ‘aguado’ pelo próprio comerciante, decidido em sentença já analisada, aliás precursora da *Formel*, pelo *RG*<sup>151</sup>? O Tribunal concluiu que a concreta burla praticada implicava a existência de leite corrompido entre os produtos da loja; que a falsificação aparecia como um acto já impregnado do sentido da burla a realizar, como um dos vários momentos de um único processo; que era esse o verdadeiro significado normativo-criminal do comportamento. Porque não dar então o último passo e compreender que em causa está tão-só uma burla — *aquela* burla, no seu singular recorte?

---

<sup>150</sup> *BGH 2 StR 498/06* de 19.I.2007.

<sup>151</sup> Trata-se da decisão de 11 de Dezembro de 1884 (*RG 11, 355*). Veja-se, *supra*, IV 1.

E, inversamente, porquê valorar de modo tão mais benigno (*Tateinheit*) o tiro que mata duas pessoas, se comparado com os dois tiros que lesam os mesmos bens jurídicos das mesmas vítimas? *I.e.*, o juízo de culpa global e a fórmula que o exprime continuam a considerar menos graves dois crimes cujo sentido se cruza (pois a realização de um apresenta-se, ao menos em parte, como realização do outro) do que dois crimes praticados com independência um do outro (*v.g.*, um a seguir ao outro). Não indicam, todavia, se por menor gravidade do ilícito, se da culpa. Ou não estivesse em causa uma avaliação compreensiva.

Repisando o núcleo do problema: precisamente por se tratar de um juízo compreensivo, de culpa global, o critério usado para detectar o concurso ideal cura tão-só de julgar se o sujeito a quem pertencem as diversas violações típicas deve punir-se por cada uma delas ou se, pelo contrário, o comportamento patenteia, no seu conjunto — e olhando indistintamente para elementos do ilícito e elementos da culpa — um desvalor inferior ao que corresponderia às realizações independentes dos vários tipos.

O aludido juízo de culpa global pode fazer decorrer, repita-se, a diminuição do desvalor da situação (*i.e.*, a afirmação do concurso ideal) de um factor estranho à natureza do facto, porventura atinente apenas à subjectividade do agente. O argumento recorrente de que a *Tateinheit* patenteia uma menor energia criminosa, uma única atitude de rejeição do direito<sup>152</sup> revela com clareza que, apesar da procura da compenetração, em concreto, dos significados dos tipos preenchidos, não se repara em que determinados tipos, por mais homogêneos que sejam, não admitem a fusão, não deveriam portanto

---

<sup>152</sup> Baumgarten, um dos autores que faz depender a menor gravidade do concurso ideal do facto de nele se dar uma única rebelião contra o direito (*Auflehnung gegen die Rechtsordnung*), entendendo-a como consubstanciando o núcleo da antinormatividade penal. Explicitando: esta consistiria numa desobediência entendida de um modo formal, *i.e.*, com inteira independência do conteúdo da norma violada. E a unicidade da rebelião contra a ordem jurídica coincide com a unicidade do movimento corpóreo do agente. Cfr. BAUMGARTEN, *Festgabe für Frank II*, p. 192-193 e, a seu propósito, PUPPE, *GA* 1982, p. 155, nota 50; *NK*, § 52, Rn. 41.

considerar-se um só facto, nem sequer para efeitos de determinação da moldura penal. Dois homicídios dolosos são dois homicídios dolosos.

Segundo a *natürliche Handlungseinheit* e a *Formel*, a culpa diminuída pode, pois, surpreender-se numa aglutinação de factos que, a uma análise conduzida por padrões de valoração penal, jamais se considerariam passíveis de formar uma *unidade* que os superasse, que modificasse a reprovação plural que lhes convém. Não quer isto dizer que inexistam casos de duplo homicídio menos graves do que outros. Dar-se-á com certeza a mesma gradação valorativa que ocorre também nos homicídios singulares. O lugar próprio, todavia, para reconhecer essa inevitável diversidade de censuras será a operação de determinação da pena concreta.

Volta a dizer-se: o concurso ideal tradicional, com o seu juízo jurídico de culpa global, conduz amiúde a um desacerto valorativo, quer dizer, a uma solução punitiva que trata de maneira desigual o que é igual e vice-versa. Leva a um sancionamento injusto. De uma injustiça constitutiva (e nesse sentido insanável), posto que deriva da própria essência do critério utilizado e não de um erro ocasional na sua aplicação.

A crítica à *natürliche Handlungseinheit* e à *Formel* encontra-se quase sempre ligada — embora por vezes de modo não explícito — à objecção mais radical nesta matéria: a que não vê a utilidade ou a justificação, já não da *natürliche Handlungseinheit* ou da *Formel*, mas da própria existência do concurso ideal. Talvez devesse acrescentar-se: da existência do concurso ideal *neste moldes*. Porque houve quem tentasse a completa remodelação da figura. Com efeito, Ingeborg Puppe, no final da década de 1970, construiu uma *Tateinheit* diferente. Dir-se-á apenas, como introdução ao seu pensamento, que a autora pretende substituir uma ideia «coisificada» de acção — herdada do positivismo naturalista — por uma acção «normativizada», vista como relação entre tipos; deixar uma concepção de cruzamento de actos de execução, para ensaiar uma ideia de proximidade do *conteúdo de ilícito* de vários tipos.

Antes, pois, de passar à valoração definitiva do concurso ideal, *i.e.*, ao momento de tomar, por fim, posição própria — até aqui analisaram-se ideias e práticas de outros —, convém examinar a tese de Puppe. Não pelo acolhimento que mereceu na doutrina alemã — trata-se de uma visão minoritária do problema —, mas precisamente pela alteração de perspectiva que traz consigo e, em particular, pela influência que vem exercendo sobre alguns penalistas portugueses.

## V. Ingeborg Puppe e a normatização do concurso ideal

A tese de Ingeborg Puppe sobre o concurso ideal surge em contraponto com a visão tradicional da figura na doutrina alemã. Representa um esforço de normatização do instituto ou, se se preferir, uma interpretação do § 52 alheia a pressupostos naturalistas<sup>153</sup>, à perspectiva própria da doutrina anterior. A autora censura a permanência, neste recanto da dogmática penal — o concurso ideal —, de uma visão já centenária do crime: aquela que se apoia na velha afirmação positivista «Verbrechen ist Handlung» e na sua igualmente ultrapassada definição pré-jurídica de acção<sup>154</sup>. Curiosamente, a construção de Puppe vai desembocar num resultado *em aparência* semelhante, uma vez que identifica a acção do § 52 com a unidade criminosa. Não querendo retirar consequências do jogo de palavras, o certo é que Puppe vem propor «Handlung [do § 52] ist Verbrechen». O concurso ideal corresponde a um só delito e a este único crime há-de aplicar-se uma só pena; e, no entanto, o conteúdo e o fundamento desta afirmação encontram-se nos antípodas da tese de Liszt.

A argumentação de Puppe a propósito da *Tateinheit* afirma-se, por outro lado, contra a tendência de alguma literatura penal alemã das últimas décadas<sup>155</sup>: a de ultrapassar o problema do concurso ideal ocultando-o, ou seja,

<sup>153</sup> «Naturalistas» emprega-se aqui sempre e só no sentido de alheios a valorações genuinamente jurídico-criminais.

<sup>154</sup> PUPPE, «Funktion und Konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, p. 143 s. A essa concepção de crime se alude acima, no Cap. II 2.

<sup>155</sup> Assim, por exemplo, VOLKER ERB, «Überlegungen zu einer Neuordnung der Konkurrenz», *ZStW* 117 (2005), p. 37-107; W. NIESE, «Empfiehl sich die Einführung eine einheitlichen Strafe auch im Falle der Realkonkurrenz?», *Materialien zur Strafrechtsreform I*, p. 155-172.

sugerindo a aplicação de uma «pena unitária» sempre que em julgamento estiver alguém que realizou vários tipos legais de crime ou várias vezes o mesmo. Por diferentes palavras: a autora contesta com veemência a corrente que ambiciona apagar do *StGB* a distinção entre concurso ideal e concurso real. Alega que tal conduziria ao ‘esquecimento’ do *facto* e, por consequência, da culpa pelo *facto* (*Tatschuld*); equivaleria a admitir que a dogmática penal já não sabe o que é um crime singular, como se circunscreve e, por isso, a pena passaria a dirigir-se sobretudo a características da personalidade do agente<sup>156</sup>.

Ingeborg Puppe constrói o *seu* concurso ideal *normativizando* a figura, nomeadamente a *acção única* de que fala o § 52 do *StGB*. E acusa a doutrina dominante de continuar, nesta matéria, refém de um qualquer conceito natural de *acção*<sup>157</sup>.

Deve notar-se, entretanto, que o concurso ideal, a unidade de *acção* e a *Formel* que a autora tem diante de si não se identificam com a leitura crítica que deles se foi fazendo ao longo deste estudo. Não é com o entendimento da *natürliche Handlungseinheit* como culpa (jurídica) global diminuída, nem com a *Formel* enquanto expressão dogmática desse juízo que Puppe se debate.

Convém, pois, despir o quadro do concurso ideal da legenda explicativa que lhe foi aposta e deixá-lo nos seus traços originários, quer dizer, tal como ainda hoje é visto pela doutrina dominante, para que dele se destaquem com nitidez as pinceladas contrastantes da autora.

Puppe não se detém na unidade natural de *acção*<sup>158</sup>. Considera, assim como a generalidade da literatura contemporânea, que lhe faltam precisão e legitimidade normativa (*normative Legitimation*). Sublinha que não existem critérios de unidade pré-fornecidos pela natureza; e acrescenta, apontando o *Leitmotiv* da sua intervenção nesta matéria: «ainda que os houvesse, nunca seriam competentes para decidir a questão de saber se duas realizações típicas

---

<sup>156</sup> PUPPE, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, Introdução, p. 10 s e, ainda, p. 161 s.

<sup>157</sup> Cfr. PUPPE, *NK*, § 52, Rn. 5 e 42 s.

<sup>158</sup> O tal comportamento saído de um mesmo acto de vontade e que, apesar da pluralidade de *acções* naturalísticas que o compõem, aparece, a uma observação exterior, como um todo.

se encontram ou não em concurso ideal, uma vez que nada têm a ver com *o conteúdo* dessas realizações típicas»<sup>159</sup>. A autora remete-se, pois, à *Formel*<sup>160</sup>, interpretando-a, todavia, de um modo que se afasta, tanto da posição acima defendida, como do entendimento maioritário.

A doutrina dominante — afirma Ingeborg Puppe — vê na *Formel* do *RG*, depois adoptada pelo *BGH*, uma acção naturalística que, ao menos em parte, preenche duas ou mais realizações típicas. Ou seja: o movimento corpóreo do agente ou uma fracção dele unifica, para efeitos da idealidade do concurso, os tipos que co-realiza<sup>161</sup>. Ou ainda, perspectivando a descrição do ângulo das normas: a fórmula da jurisprudência, na interpretação que dela se vem fazendo, significa que várias realizações típicas se encontram numa parcela da actividade voluntária do sujeito. Ao falar de intersecção de actos de execução de dois ou mais crimes, a *Formel* tradicional estará a dizer que o elemento comum aos delitos sobrepostos (ainda que não totalmente) é, afinal, a acção que para ambos contribui em simultâneo. Uma acção natural, no sentido de anterior a qualquer qualificação típica<sup>162</sup>.

É certo que a *Formel* fala de total ou parcial sobreposição de actos de execução de diferentes tipos legais; de intersecção de realizações típicas, portanto. Mas tal conexão entre realidades normativas — os tipos — surge entendida, observa Puppe, como conexão externa ou meramente accidental, não como relação que intercede entre os próprios conteúdos de ilícito dos *Tatbestände* envolvidos.

A autora não rejeita a «fórmula», note-se. Ao contrário: percebe nela uma positiva viragem para uma solução normativa — correcta, por conseguinte — do problema do concurso ideal. Por isso acusa a interpretação quase

<sup>159</sup> PUPPE, *NK*, § 52, Rn. 33 (sublinhado nosso); *Idealkonkurrenz*, 255 s.

<sup>160</sup> Veja-se, *supra*, IV 1. e 2.

<sup>161</sup> Consulte-se PUPPE, *Idealkonkurrenz*, p. 247-248. A autora retira importância a diferentes noções e expressões utilizadas pelos autores, que em nada afectam o essencial do problema, nomeadamente *Körperbewegung*, *Willensbetätigung* e *Ausführungsakt*.

<sup>162</sup> Para uma crítica desenvolvida a esta *Elementarhandlung* ou *Minimalhandlung*, ver PUPPE, «Funktion und Konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, p. 143 e s, especialmente p. 148.; e ainda *NK*, § 52, Rn. 34.

unânime que dela se faz de a despojar precisamente da sua fundamental índole normativa.

E contrapõe: na sua real dimensão, a *Formel* significa a passagem de uma *Tateinheit* fundada em critérios pré-jurídicos para o verdadeiro concurso ideal — aquele que o legislador quis criar e que repousa por inteiro numa relação especial entre os tipos realizados, *rectius*, numa relação especial entre os *conteúdos de ilícito* dos tipos realizados. Com palavras de Puppe: a «fórmula» do *RG* representa a substituição de uma ideia «coisificada» de acção — herdada do positivismo naturalista — por uma acção «normativizada», entendida como relação entre tipos<sup>163</sup>.

Não se trata de mero desencontro de discursos, sem consequências jurídico-práticas. Com efeito, se o ponto de enlace entre as realizações típicas fosse a acção naturalística que as co-produz, tornar-se-ia indiferente para a existência de um concurso ideal que os tipos preenchidos se encontrassem, pela matéria proibida, próximos um do outro, ou que, ao invés, inexistisse entre eles qualquer ponto de contacto substancial. Assim como se mostraria irrelevante a natureza (pessoalíssima ou não) dos bens jurídicos em causa: *Tateinheit* quando o tiro solitário se destinasse a matar duas pessoas e, bem assim, quando visasse duas peças de cristal. Uma vez que o elo naturalístico não olha ao sentido de ilícito dos tipos, em nenhum dos casos referenciados haveria lugar para tais distinções.

Em verdadeiro contraponto, repete-se, o concurso ideal de Puppe, a sua interpretação da *Formel*, assenta na ideia de uma intersecção de tipos de conteúdo semelhante, de coincidência de sentido de ilícito dos tipos envolvidos, de tal forma que entre eles chegue a dar-se uma verdadeira fusão de significado. Na base da *Tateinheit* da autora está, pois, um único e novo tipo de ilícito — o «tipo do concurso ideal» — que, ao ser preenchido na prática e acompanhado da correspondente culpa do agente, consubstanciará afinal um só crime. O elo que reúne as várias qualidades típicas numa unidade nunca será exterior a elas, jamais terá carácter pré-jurídico ou natural. Em definitivo: é o próprio conteúdo

---

<sup>163</sup> PUPPE, *NK*, § 52, Rn. 35-37.

de ilícito subjacente ao referido «tipo de concurso ideal» que define a *Tateinheit* e justifica a pena única do § 52 do *StGB*.

Para compreender Ingeborg Puppe, convém precisar que o seu pensamento concursal se constrói em dois planos: o abstracto, das relações puras entre tipos legais, tal como o legislador os desenhou; o concreto, onde os meandros da existência e a liberdade pessoal ditam o encontro ou o desencontro dessas mesmas realizações típicas num comportamento dado.

Afinal os tipos proíbem ou desaprovam certas qualidades de actos humanos. Dizem que não se deve matar, ferir, furtar ou danificar coisa alheia, contrafazer documento, etc. Em abstracto; ou seja, separando a acção de dar a morte, por exemplo, de quaisquer circunstâncias que individualizem cada um dos homicídios que ocorrem na cena comunitária. Utilizando linguagem lógico-analítica, a penalista germânica explica que os tipos legais de crime constituem proposições a entender em sentido intensional, que não extensional. Quer dizer, a norma que incrimina o homicídio, para seguir com o exemplo, abarca tudo aquilo que, na actividade humana, se identifica com «tirar a vida a outra pessoa»; porém, nesse preceito não cabem *inteiras* (*i.e.*, com a totalidade das características penalmente relevantes que possuam) todas as acções homicidas que se deram, dão ou hão-de dar-se durante a sua vigência: bem pode acontecer que um desses singulares actos de matar leve consigo, de forma existencialmente inseparável, não apenas o desvalor específico que o tipo do homicídio pune, como também elementos desvaliosos previstos e sancionados, em abstracto, por outros tipos.

O mesmo é dizer: a acção típica de homicídio não esgota necessariamente todo o conteúdo de antinormatividade presente em *cada um* dos homicídios praticados. Mais ainda: não pretende esgotá-lo. Valora e pune apenas o ilícito consistente em «tirar a vida a outra pessoa», seja qual for o singular comportamento que o realize. Mas não contém nem apaga, de modo obrigatório, qualquer outro elemento criminoso que acompanhe aquela concreta acção de matar.



Continuando a analisar as coisas no plano abstracto, Puppe faz notar que tipos existem cujo conteúdo de ilícito se relaciona — conceptualmente, insista-se — com o de outros. Tal como os há que se revelam estranhos entre si, atenta a substância do que desvaloram.

Designa os primeiros de tipos «aparentados pelo ilícito» (*Unrechtsverwandtschaft*), explicando que são tipos que possuem elementos comuns, ‘porções’ de ilícito idênticas. Vários delitos constantes de um código penal proibem, por exemplo, usar violência contra pessoas, ou enganar o próximo. Esses mesmos elementos podem revestir distintas formas: existir sozinhos e esgotar o ilícito de um comportamento ou dar-se como um ingrediente de outra (ou outras) condutas criminosas. Se usar documento falsificado para prejudicar alguém constitui *a se* uma infracção, esse mesmo uso pode integrar igualmente, como possível meio enganoso, um crime diferente, o de burla. Nada impede pois que, ao lado de burlas levadas a cabo através de procedimentos de pura inventiva, outras apareçam nas quais ao simples engenho se junte um documento falso. Burla e contrafacção de documento constituem, já no plano abstracto, tipos aparentados pelo ilícito.

O mesmo não pode afirmar-se de outras tipificações criminais: aquelas cujas noções não se tocam, que não possuem qualquer elemento comum. A expressão raramente é necessária — representa afinal o lugar oposto do parentesco de ilícito — mas a autora de quando em vez chama-lhes «unrechtsfremden Tatbestände» (tipos, quanto ao ilícito, estranhos entre si)<sup>164</sup>. Que tem a ver, enquanto modo desvalioso de actuar, sancionado pelo direito penal, a acção típica de matar uma pessoa com a acção típica de danificar uma coisa? Homicídio e dano não constituem tipos aparentados pelo ilícito. Mostram-se, quanto ao conteúdo de antinormatividade que os caracteriza, alheios um ao outro; em abstracto, nada os aproxima. Na prática, contudo, não

---

<sup>164</sup> Ver, por exemplo, PUPPE, *Idealkonkurrenz*, p. 294.

raro andam juntos: o modo de provocar a morte passa inúmeras vezes pela inutilização da roupa da vítima<sup>165</sup>.

Ingeborg Puppe não ignora o facto. Sabe bem que, passando do plano abstracto da definição das condutas típicas para o mundo da vida onde as pessoas actuam, os comportamentos concretos convocam tipos cujos conceitos jamais se intersectariam. Mas a sua proposta é clara: só podem concorrer idealmente tipos que se cruzam na prática porque já antes — independentemente dos acasos da vida — se cruzavam no plano teórico ou abstracto da sua definição. Puppe recusa a simples intersecção espaço-temporal; usa-a tão-só como elemento delimitador da verdadeira intersecção — a que se dá entre elementos normativos, entre conteúdos de sentido desvaliosos para o legislador penal. Utilizando a expressão por ela cunhada: apenas se revelam aptos para formar a *Tateinheit* prevista no § 52 do *StGB* os tipos «aparentados pelo ilícito». O que significa o seguinte: quando vários *Tatbestände* se mostrarem aplicáveis à mesma acção (seja como for que esta se defina), estar-se-á perante um concurso ideal quando entre eles se der uma relação de parentesco de ilícito (*Unrechtverwandtschaft*); de contrário, o concurso será real.

Repare-se, por último, que o conjunto dos tipos aparentados pelo ilícito constitui um universo fechado. Cada acção típica — matar, furtar, difamar, etc. — liga-se desse modo a outras bem determinadas e só a essas: as que com ela possuam algum pedaço de ilícito, *i.e.*, um conteúdo de antinormatividade comum. Torna-se assim possível limitar, já em abstracto, ou seja, em estrita dependência do modo como se encontram desenhados na parte especial dos códigos, quais os tipos aptos a concorrer *idealmente* entre si<sup>166</sup>. Um autêntico sistema de *numerus clausus*.

---

<sup>165</sup> Este é um caso paradigmático, que serve muitas vezes de campo de experimentação para os vários modos de entender o concurso ideal, assim como o chamado concurso aparente. Será especificamente tratado adiante, Cap. VI 2. 3. da Parte Segunda.

<sup>166</sup> Puppe esclarece, aliás, que, para saber quando se dá *Unrechtverwandtschaft*, basta ir a um Comentário da Parte Especial e ver o que se diz, na parte do concurso, sobre a relação entre o tipo que se comenta e outros que tenham qualquer elemento do ilícito em comum com ele (cfr. PUPPE, «Funktion und Konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz», *GA*, p. 154).

Novamente emerge a ideia de que os tipos aparentados pelo ilícito formam *novos Tatbestände* — os tipos de concurso ideal — que podem ser convocados de cada vez que, na prática, se confirme a relação desenhada em abstracto. Afinal, a intersecção de elementos ilícitos constitui vontade do legislador, assim como o modo de punir os casos em que ela se verifica: diz Puppe que não é outro o objecto do § 52. Por isso, os novos tipos em nada ofendem o princípio da legalidade criminal.

Exemplificando o que vem de afirmar-se: ao lado dos tipos da «burla» e da «falsificação de documento», existe o tipo (não escrito) a que poderia chamar-se «burla-falsificação de documento». Um tipo — como os da tentativa ou da omissão imprópria — que surge da interacção entre parte especial e parte geral (o referido § 52) do Código. Como sempre, caberá ao juiz a tarefa de discernir sobre a sua concreta aplicação.

Convém notar que as relações de parentesco de ilícito apresentam uma multiplicidade de combinações. A burla, insistindo na figura escolhida, tal como abrange potencialmente a contrafacção de documento, liga-se do mesmo modo, para oferecer mais um exemplo, à colocação em circulação de moeda falsa. Haverá tantos tipos de concurso ideal quantas as conjugações de tipos aparentados pelo ilícito capazes de descrever o completo conteúdo de antijuridicidade de um comportamento singular.

O que vem de apontar-se — num modo próprio de exprimir o pensamento de Ingeborg Puppe — tornar-se-á definitivamente claro ao tentar precisar a posição da autora no mais clássico dos debates em matéria de concurso ideal. Resume-se ele a saber se a hoje denominada *Tateinheit* consubstancia um só ou, pelo contrário, vários delitos.

Na sua origem, a querela opunha partidários da *Mehrheitstheorie* (à letra, teoria da pluralidade) a defensores da *Einheitstheorie* (teoria da unidade)<sup>167</sup>. Afirmavam os primeiros que o concurso ideal consubstanciava diversos delitos, punindo-os embora de modo muito próximo ao do crime singular;

---

<sup>167</sup> PUPPE, *Idealkonkurrenz*, p. 27 s.

contrapunham os outros que a unidade da pena se limitava a reconhecer uma efectiva unicidade de delito.

Vale a pena esclarecer que a divisão doutrinal em nada afectava o regime punitivo da figura. Mais ainda: as duas partes aceitavam a justeza do instituto. Alguns autores reduzem até o problema a uma mera «guerra de palavras»<sup>168</sup>. A uma falsa questão, em suma. Doutrina da unidade e doutrina da pluralidade limitar-se-iam a encarnar dois olhares sobre a mesma realidade; complementares, aliás. Sublinhando *a acção* que concretiza as diferentes realizações típicas, dir-se-á com acerto que no concurso ideal há unidade criminosa— «Verbrechen ist Handlung»<sup>169</sup>; o mesmo acontecendo se o ponto de mira for a consequência jurídica: a uma só pena corresponde um só delito. De modo diverso, acentuando a vertente normativa do crime, vendo-o como violação de uma lei penal, concluir-se-á que a *Tateinheit* integra uma pluralidade de infracções, pois que preenche vários tipos<sup>170</sup>.

Puppe apercebe-se de que em causa está algo mais do que uma discussão vã ou insequente, mais do que um mal-entendido. Existe um autêntico problema dogmático, que urge dilucidar e se reporta ao sentido da pena e à delimitação do singular facta-crime<sup>171</sup>. Partindo, como parte, de uma perspectiva normativa e de um inquebrantável apego a um direito penal do facta, a autora não pode, em coerência, afastar uma preocupação: a de garantir que a pena reflecta com exactidão o conteúdo de ilícito e de culpa presente no comportamento a sancionar e que este (o delito concreto) não seja definido por recurso a um dado naturalístico (a acção natural).

De um lado, parece assistir razão à *Mehrheitstheorie* quando afirma que há pluralidade de delitos, uma vez que várias leis criminais foram efectivamente violadas. O ponto de vista é, como o da autora, normativo. O

<sup>168</sup> Ver, *supra*, nota 91; e PUPPE, *Idealkonkurrenz*, p. 35 e nota 13.

<sup>169</sup> Sobre o conceito naturalístico de crime, escreveu-se atrás, sobretudo no Cap. II 2.

<sup>170</sup> PUPPE, *Idealkonkurrenz*, notas da p. 31, identifica os autores que alinham a sua opinião sobre este ponto no sentido da *Einheits-* ou da *Mehrheitstheorie*, assim como os que adoptam uma posição neutral, os chamados '*Neutralisten*'. Pode consultar-se, também, da mesma autora, *GA* 1982, p. 144, notas 4-6.

<sup>171</sup> PUPPE, *Idealkonkurrenz*, p. 35-36.

tipo, repete Puppe, deve compreender-se em sentido intensional, não extensional. O *Tatbestand* não assinala a moldura sancionatória que convém a cada uma das condutas que possuam, entre outras, a característica de ilicitude nele prevista; proíbe apenas determinadas qualidades desvaliosas. Logo: nada impede que várias propriedades ilícitas devam ser reprovadas de acordo com o seu próprio desvalor, uma ao lado da outra. Precisamente por isso, não percebe como pode a simultaneidade das realizações típicas modificar esse juízo. O concurso ideal — lembra Puppe —, não estabelece uma atenuação especial das penas relativas aos delitos praticados; tão-pouco uma pena conjunta (*Gesamtstrafe*) medida por peculiares critérios; fixa um regime de absorção, fala de uma só pena<sup>172</sup>. Tudo se passa como se de um só crime se tratasse. Ora, como justificar que um elemento alheio ao conteúdo de ilícito do comportamento — a coincidência espaço-temporal — opere essa transformação, tornando um só o que eram vários?

De outro lado, Puppe rejeita a *Einheitstheorie* (doutrina da unidade), porque assenta em pressupostos naturalistas. O que não a impede de perceber que só a unicidade de delito fornece uma base sólida, capaz de justificar o concurso ideal e a seu regime sancionatório. Onde procurar então o *quid* dogmático que permite ultrapassar o que se apresenta como uma aporia? Precisa de conciliar o que parece inconciliável: no concurso ideal há um só crime; no concurso ideal há tantos crimes quantos os tipos preenchidos.

Talvez possa dizer-se que a originária *Einheitstheorie* encontra na *acção pré-típica* a substância do crime, de tal modo que os *Tatbestände* que ela realiza mais não representam do que atributos seus. O concurso ideal será uma acção (logo, um crime) que causa uma pluralidade de resultados tipicamente ilícitos; que se subsume de modo definitivo — não apenas aparente — a vários tipos legais. A *Mehrheitstheorie*, pelo contrário, reconhece na *realização típica*

---

<sup>172</sup> O texto pretende explicar a tese de Puppe. Também neste ponto — o do regime previsto no § 52 do *StGB* — se mantém fiel à interpretação que lhe dá a autora. Não ignora, porém, que outros caracterizam de modo diverso o n.º 2 do mesmo preceito. Consulte-se, por exemplo, JAKOBS, *Strafrecht. AT*, § 32, Rn. 1 s ; ROXIN, *Strafrecht II*, § 33, Rn. 109 s.

a substância do delito, admitindo embora que a circunstância de alguém levar a cabo várias realizações típicas num mesmo lapso de tempo confira ao conjunto criminoso um estatuto punitivo atenuado.

Superando as duas posições tradicionais, Ingeborg Puppe sustenta que a substância é o próprio *crime concreto*, o *Einzelverbrechen*, i.e., a singular matéria de ilícito-típico (e de culpa) sobre a qual se fará a determinação da medida de uma única pena. Trata-se, pois, de uma *Einheitstheorie* que não substancializa a acção. Ou, se se preferir, de uma *Mehrheitstheorie* que não absolutiza os tipos desenhados em cada norma incriminadora. A substância, repete-se, encontra-se no delito concreto, singular, no indivíduo-crime, como a autora gosta de lhe chamar. E tornam-se agora claras as considerações tecidas a propósito dos novos tipos, dos tipos de concurso ideal.

Em tese geral e em coerência com a sua opção normativa, Puppe faz com que seja o conteúdo de ilícito-típico — não qualquer acção natural — a individualizar o delito. Por diferentes palavras: é do sentido do tipo ou tipos realizados que a autora parte para saber se existe um só ou vários crimes. Preencha o comportamento diversos *Tatbestände* aparentados pelo ilícito, estar-se-á na verdade perante o tipo de concurso ideal. Um só tipo — o mais gravoso, por força do § 52 do StGB — integrará o outro ou outros que o complementam, quer dizer, que permitem que na valoração e, conseqüentemente, na sanção nenhuma porção de ilícito fique por considerar.

O indivíduo-crime aparece pois determinado de cima, a partir da norma que cria os tipos e os junta ou os separa, já em abstracto, em função do parentesco entre os seus conteúdos de ilícito ou da ausência dele. Um único tipo, um único significado ilícito, um único crime.

A este cenário de unidade criminosa falta tão-só acrescentar a unicidade da «acção». Ela existe, diz Puppe; e não se trata de qualquer acção própria do concurso ideal, que deixa de fazer sentido quando a *Tateinheit* passa a ser normativamente fundada. A unidade da valoração não assenta mais sobre a unidade natural (pré-jurídica) do substrato. Os papéis invertem-se. Na realidade, neste novo paradigma é ainda de cima, da norma, que vem a medida da

concreta acção. Por ser um só — com determinado conteúdo de antinormatividade — o tipo de ilícito do concurso ideal, uma só será a acção, o substrato por ele valorado. Uma acção, como bem se compreende agora, em sentido dogmático. A acção da doutrina geral do crime.

À maneira de Beling, a autora constrói a acção com dois elementos. Estes identificam-se com as duas constantes presentes em qualquer realização típica, activa ou omissiva: a pessoa do autor e o espaço de tempo no qual se comportou de um específico modo normativamente relevante. «Um espaço de tempo na vida de uma determinada pessoa, o autor»<sup>173</sup>.

Em boa verdade, esta acção mais não significa, no presente contexto, do que a imprescindível realização dos tipos, a sua ‘descida’ do plano abstracto onde se encontram definidos. A acção consiste afinal no concreto comportamento que preenche o tipo. Não se separa, pois, do tipo que a delimita: é sempre acção típica. Com frase certa, a autora esclarece que não há um *Zeitraum* vazio, à espera de que nele se inscreva a conduta de alguém: é esse alguém, agindo de determinado modo, que fixa os contornos temporais da sua própria conduta<sup>174</sup>.

No específico campo que se estuda, a acção singular confirma ou infirma, no mundo da vida, a relação de parentesco de ilícito existente no mundo das normas. Quer dizer: para que se deva considerar concurso ideal, não basta que se verifiquem na vida consciente de um sujeito uma acção que incorpora um tipo e outra que realiza um segundo, tendo eles um elemento de ilícito comum; torna-se necessário ademais que esse bocado de vida — esse *Zeitraum* — os integre na mesma conexão de sentido que os aparenta em abstracto. Em definitivo: há-de ser o tipo de concurso ideal a inscrever-se no comportamento do autor, fixando assim os limites espácio-temporais da correspondente acção.

---

<sup>173</sup> «Ein Zeitraum im Leben einer bestimmten Person, des Täters». PUPPE, *Idealkonkurrenz*, p. 285. Continua, nas páginas seguintes, a consolidar a ideia, fazendo expressas referências a Beling.

<sup>174</sup> Veja-se, *ibidem*, p. 287.

Voltando ao caso exemplar. Burla e contrafacção de documento correspondem a um tipo de concurso ideal (o tipo «burla-contrafacção de documento»). Torna-se óbvio, contudo, que podem igualmente realizar-se por separado: uma burla praticada hoje e um documento forjado amanhã para outro fim, ainda que pelo mesmo autor, decerto não formarão um só delito. Não se transporta para a prática a conexão que em abstracto se antevia possível.

O quadro deve completar-se, contudo, apresentando o lugar simétrico do problema. Homicídio e dano representam, no plano teórico da sua definição, tipos, quanto ao ilícito, estranhos entre si. Ocorrendo, na vida, que a concreta acção de matar alguém inutiliza a roupa da vítima, Puppe negará a unidade do *Zeitraum*, tal como a idealidade do concurso. Não por se recusar a admitir a simultaneidade da realização dos dois tipos; antes porque não é apenas a simultaneidade que estabelece a unidade de acção: esta depende, sempre e radicalmente, da unidade do tipo que a define. De cima. A partir da norma. Ora, a ausência de parentesco de ilícito entre *Tatbestände* inviabiliza de modo absoluto a formação de um tipo de concurso ideal e, por conseguinte, a existência de uma única acção<sup>175</sup>.

Em suma: o concurso ideal de Ingeborg Puppe supõe um só crime: uma acção, um tipo de ilícito, uma culpa. Não um só crime fundado numa unidade de acção natural, pré-típica (no *Verbrechen ist Handlung* do positivismo de Liszt), que *por definição* permaneceria alheia, na sua singularidade, à multiplicidade de juízos normativo-penais que sobre ela incidissem (*Einheitstheorie*). Tão-pouco uma unidade recriada a partir de uma valoração social global (a unidade natural de acção do *RG*); ou uma pluralidade criminosa sancionada como se de um crime único se tratasse, dada a simultaneidade das várias realizações típicas (*Mehrheitstheorie*). Muito pelo contrário. Um só crime concreto, constituído por dois elementos indissociáveis: o parentesco de ilícito que define, em abstracto, um tipo único potencialmente aplicável; a sua

---

<sup>175</sup> Para a solução que a autora dá ao caso: PUPPE, *Idealkonkurrenz*, p. 269.



concretização prática numa acção, *i.e.*, no mesmo bocado da vida consciente de uma pessoa.

Puppe parece vencer o desafio implicado na querela *Einheits-/Mehrheitstheorie*. Constrói uma unidade de infracção procedendo com critérios normativos. E pode então afirmar que o que distingue o concurso ideal do real é, no fim de contas, o mesmo que separa a unidade da pluralidade criminosa.

Na posse do edifício dogmático da *Tateinheit*, tal como Puppe o constrói, compreendem-se facilmente as considerações tecidas pela autora sobre o regime sancionatório da mesma. Um só crime, diz, uma só pena. Um só tipo legal, mas complexo, *i.e.*, que conglomerava vários tipos expressa e autonomamente previstos na lei e que, nessa medida, comporta a descrição exaustiva da concreta matéria ilícita em apreço. A relação entre *Tatbestände* que define o concurso ideal é a de parentesco de ilícito. Não se confunde pois com a relação de especialidade, que caracteriza, no entender da autora, o verdadeiro e próprio «concurso aparente». Aquela última determina o radical afastamento da norma geral, também na sua dimensão sancionatória<sup>176</sup>. Não assim a primeira, que há-de levar consigo, para o regime punitivo, o exacto conteúdo de antinormatividade que caracteriza o tipo do concurso ideal. E este não se esgota em qualquer dos *Tatbestände* cuja fusão lhe deu origem.

A razão de ser do § 52 *StGB*, explica Puppe, consiste precisamente em apontar — sem quebra do rigor exigido pelo princípio da legalidade criminal — qual a moldura penal abstracta e o processo de determinação da pena a observar em caso de *Tateinheit*. A saber: quando a unidade de crime se fundar num «tipo de concurso ideal», então a única pena do autor há-de encontrar-se dentro da sanção abstracta correspondente ao mais grave dos preceitos

---

<sup>176</sup> Como melhor se verá adiante, a especialidade é a única forma de concurso aparente que Puppe reconhece. Por ser o único caso em que pode afastar-se totalmente o outro tipo preenchido, sem incumprir o mandamento de punir de forma esgotante todo o conteúdo de ilícito do facto. Aliás, Puppe tem necessidade de retirar as relações de especialidade do âmbito do § 52, uma vez que, caso contrário, tornaria impossível o fenómeno do privilegiamento: na verdade, o referido preceito manda aplicar sempre o tipo mais grave.

aparentados pelo ilícito («lei dominante») — falando Puppe, a tal propósito, de um sistema de absorção absoluta; por outro lado, a pena não pode ser inferior ao limite mínimo previsto nos outros tipos envolvidos (o chamado «efeito de bloqueio» (*Sperrwirkung*) do limite mínimo mais elevado); por fim, há-de manter, se os houver, os efeitos das penas e as penas acessórias provenientes das demais normas infringidas, influenciando estas, ainda, na determinação da medida concreta da pena (caso possuam elementos típicos estranhos à «lei dominante»)<sup>177</sup>.

A autora usa terminologia que parece aproximar a *Tateinheit* do tradicional concurso aparente: lei dominante e leis preteridas ou afastadas. Para logo esclarecer que, no presente contexto, emprega essas expressões num sentido tão-só relativo, uma vez que, embora não relevem para o estabelecimento da moldura penal abstracta, tais normas intervêm, ao contrário do que sucede no concurso aparente, sempre que a sua eventual desconsideração levasse a que um «pedaço» do conteúdo de ilícito do facto ficasse por sancionar. Mais: o esquecimento de que outros *Tatbestände* (e a sua sanção) se fundiram com o tipo dominante para formar o *novo* «tipo de concurso ideal» — o concreto indivíduo-crime — redundaria na violação do princípio segundo o qual o agente não deve retirar vantagens da sua conduta criminosa; no caso, do facto de esta ter ido além do preenchimento de um só tipo simples. Se a pena é «pena pela culpa do facto» — defende Puppe — e se essa culpa é culpa por *todo* o ilícito típico contido no crime concreto, então a pena não pode olvidar qualquer porção do ilícito realizado. Deve esgotá-lo.

Por outro lado, o carácter único do delito praticado opõe-se, desde logo, à punição do concurso ideal recorrendo a uma pena conjunta — determinada a partir das concretas sanções devidas por cada ‘bocado’ de crime. Confirmando esta evidência, refere a autora que tal sistema violaria sem remédio a proibição da dupla valoração e, com ela, o princípio da culpa (agora por excesso).

Na verdade, o tipo do concurso ideal deriva do cruzamento de vários *Tatbestände* com elementos de antinormatividade comuns — precisamente

---

<sup>177</sup> PUPPE, *GA* 1982, p. 160 s.

aqueles pelos quais esses tipos se dizem «aparentados pelo ilícito». Assim sendo, a consideração de todos e de cada um dos *Tatbestände* preenchidos, como se de delitos autónomos se tratasse, conduziria decerto a uma valoração e sancionamento repetidos de alguns conteúdos de ilícito (e de culpa) da conduta do agente.

Seguindo mentalmente a actividade do julgador na sua tarefa de verificação dos factos e de interpretação do direito nos casos de *Tateinheit*, Puppe raciocina deste modo:

Ao partir de uma das acções típicas, o juiz encontrará a outra que com ela concorre idealmente. E vice-versa. O processo repete-se: seja qual for a acção típica que primeiro considere, chegará inevitavelmente ao mesmo «tipo de concurso ideal», ao mesmo crime concreto, à mesma norma de determinação da pena. À mesma pena. Como quem diz, e voltando ao exemplo que tem acompanhado a exposição: na hipótese de um documento contrafeito servir de meio enganoso para burlar, se o juiz valorasse, por separado, o «facto-burla» e o «facto-falsificação de documento» acabaria por chegar a duas sanções iguais. Porque igual seria a matéria ilícita, *i.e.*, os elementos ilícitos típicos constitutivos daquele «período da vida consciente do sujeito»; o mesmo seria, volta a sublinhar-se, o concreto delito. Acumular então as sanções da burla e da contrafacção — à maneira do concurso real — equivaleria a punir mais do que uma vez o elemento «engano».

Não é outra, afirma a autora, a função do concurso ideal consagrado no § 52 *StGB*. Em definitivo: com ele pretende o legislador adequar a pena ao concreto crime que «viola vários tipos» — ou, dito em termos dogmáticos mais precisos, que preenche um «tipo de concurso ideal» —, observando, com rigor, quer o princípio da proibição da dupla valoração, quer o mandamento de esgotar o conteúdo de ilícito do facto.

Será conveniente acrescentar duas notas, que emprestam a definitiva clareza à proposta de Puppe.

Justificando a *Tateinheit* nos termos acabados de mencionar, a jurista alemã retira sentido ao chamado concurso ideal homogéneo. Com efeito,

explica, a repetida violação da mesma norma pode significar o cometimento de vários crimes, tal como a perpetração de um só. Depende do sentido da incriminação e do *Zeitraum* por ela delimitado. A lesão de bens jurídicos pessoalíssimos determina a existência de tantos delitos quantos os sujeitos atingidos. Se os bens revestirem outra natureza, a pluralidade dos objectos afectados ou dos seus portadores não deverá impedir a afirmação de um crime só. O que nunca se verificará — estando em causa uma mesma norma — é a necessidade de fundir mais de um *Tatbestand*, quer dizer, de construir um «tipo de concurso ideal» para dar completa conta do ilícito praticado e do seu sancionamento. O segmento acrescentado à definição do concurso ideal pela reforma de 1974 — «mehrere Strafgesetze oder dasselbe Strafgesetz mehrmals»<sup>178</sup> — não prejudica, segundo Puppe, esta interpretação<sup>179</sup>.

A segunda nota diz respeito às consequências desta leitura da *Tateinheit* e do § 52 do *StGB* para a doutrina do concurso. Em particular, para o recorte do problema do designado concurso aparente. Puppe admite que o *seu* parentesco de ilícito se dá entre tipos que, de acordo com a literatura dominante, estão uns para os outros numa relação de «consunção» ou de «subsidiariedade»; em termos lógicos, de interferência<sup>180</sup>. Numa relação, portanto, de concurso de normas. Ora são esses mesmos tipos, quando realizados em concreta intersecção, que a autora transporta para o § 52, apresentando-os como os autênticos casos de concurso ideal.

<sup>178</sup> O texto integral do § 52 I *StGB* é o seguinte: «Verletzt dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze oder dasselbe Strafgesetz mehrmals, so wird nur auf eine Strafe erkannt».

<sup>179</sup> Afinal, Puppe apenas está interessada em dizer que com esse segmento o legislador nunca quis coonestar a doutrina maioritária segundo a qual uma acção naturalística converteria em concurso ideal a lesão simultânea de bens jurídicos pessoalíssimos de vários portadores. Quis dizer que era concurso ideal o que a doutrina já entende como unidade de crime, apoiada na interpretação do tipo. (PUPPE, *Idealkonkurrenz*, p. 239).

Em *Idealkonkurrenz*, p. 241-242 (especialmente o segundo parágrafo da última), PUPPE explica como deve interpretar-se, em seu entender, o acréscimo ao § 52: a possibilidade de uma acção realizar várias vezes o mesmo tipo. Diz que o legislador de modo algum quis fazer entrar a lesão por uma só acção natural de bens jurídicos pessoalíssimos de diferentes portadores, mas antes contemplar casos que a opinião dominante qualifica como um crime simples.

<sup>180</sup> Ver, por exemplo, KLUG, *Problemas de la filosofía y de la pragmática del derecho*, p. 61 e 64 s.

Para o concurso aparente sobra apenas a constelação da «especialidade», lógico-formalmente definida. E por um motivo apenas, sempre segundo Puppe: é que a aplicação a estes casos do regime sancionatório da *Tateinheit* inviabilizaria a prevalência do tipo especial *privilegiado*. Na verdade, o § 52 obriga à punição do concurso no quadro da moldura penal do tipo mais grave, regra sancionatória que contrariaria abertamente a valoração que subjaz ao tipo privilegiado<sup>181</sup>.

Retomando o início da exposição. Sugeriu-se que, para Ingeborg Puppe, *a acção [do § 52] é o crime, mas o crime não é a acção*. Percebe-se agora o verdadeiro alcance da frase. O concurso ideal assenta, não numa unidade de movimento corpóreo voluntário, mas numa unidade de crime concreto. O indivíduo-crime é o mesmo, apesar de infringir mais do que uma norma penal. Indo ao § 52 *StGB*, interpretado por Puppe: quando os vários preceitos violados pela conduta do agente se revelarem, quanto ao seu conteúdo, aparentados pelo ilícito, então a sua concreta realização consubstanciará um mesmo e único delito, quer dizer, «dieselbe Handlung» — «a mesma acção [que] viola várias leis penais»<sup>182</sup>.

Fica assim sublinhada a ideia de fundo da autora: a chave para a compreensão da figura do concurso ideal é, pois, normativa; nunca natural, pré-jurídica. A unidade do crime não é uma unidade de número, mas de sentido, de significado de ilícito. Não constitui, portanto, um dado de que se parte, mas o resultado de uma valoração, de acordo com os critérios próprios do direito penal.

---

<sup>181</sup> Note-se que a escolha da norma que se aplica ao caso baseada na severidade da sua sanção constitui sempre critério estranho. A especialidade — quer a qualificação, quer o privilegiamento — aponta sempre para a aplicação da norma que mais de perto agarre o significado ilícito da conduta. Se se aplica, na qualificação, a mais grave é com certeza porque isso corresponde a uma maior gravidade do ilícito nela previsto, em relação ao caso fundamental — normal, por assim dizer; o mesmo acontecendo, ainda que de sinal inverso, no privilegiamento: é por ser menos grave o ilícito consagrado, sempre por referência a uma ‘normalidade’ contida na norma geral, que se pune aplicando sanção suavizada.

<sup>182</sup> «Verletzt dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze [...]» (§ 52 I *StGB*).

E a principal consequência prática: do âmbito do concurso ideal ‘antigo’, desenhado pela doutrina maioritária, devem sair muitas hipóteses — todas as correspondentes ao chamado concurso ideal homogéneo, além das que resultam da junção ‘proibida’ de realizações típicas estranhas entre si (ou seja, não aparentadas pelo ilícito). E ao concurso ideal passam a pertencer, vindas do que a opinião dominante considera terreno do concurso aparente, os casos em que a relação entre normas dá pelos nomes de consunção e de subsidiariedade — em terminologia de Puppe, os casos de «parentesco de ilícito».

Resta o balanço desta proposta.

Como bem se compreenderá, interessa não tanto, ou nada mesmo, ajuizar da adequação do pensamento da autora à ordem jurídico-penal alemã, como sobretudo analisar a correcção substancial do seu contributo dogmático para o tratamento do problema do concurso; no caso e antes de mais, do concurso ideal.

Não pode deixar de considerar-se positiva a normatização do critério do concurso ideal. É válida a argumentação apresentada no sentido de desacreditar um modelo de *Tateinheit* assente em pressupostos naturais/sociais, que antepõe a simultaneidade das realizações típicas aos conteúdos das mesmas.

Igualmente de louvar a consequente preocupação de Puppe em fazer do problema do concurso (ideal) uma questão de unidade ou pluralidade de crimes concretos. E, sobretudo, em colocar a questão no seu lugar dogmático próprio: o do ilícito. A pergunta pela culpa virá depois, sempre referida ao ilícito ou ilícitos identificados, não podendo modificar o seu número, o mesmo é dizer, o número de infracções.

A um olhar atento, a tese da autora mais não representa do que um enorme esforço de identificação da unidade criminosa; de separação entre delito singular e vários delitos. Tanto no plano abstracto em que se definem, através da identificação das qualidades de actuação insuportavelmente desvaliosas, como na vida concreta em que se realizam. Sobrepondo-se, tantas

vezes. Ora, é precisamente o critério com que Puppe delimita o ilícito uno que merece sérias reservas.

Para apontar com uma só palavra o vício da construção, dir-se-ia que esta padece de *formalismo*. De índole normativa, que não positivista; mas formalismo. Indicar-se-á o exacto conteúdo da afirmação.

A forma normativa por excelência é o tipo. A ilicitude penal revela-se tipificada, quer dizer, descrita pela lei através de contadas e bem definidas qualidades desvaliosas que podem caracterizar condutas humanas. Nessa acepção, é legítimo afirmar que o ilícito criminal se encontra *formalizado*. E aplaudir um apego ao tipo por parte de legislador, jurisprudência e doutrina — garantia afinal de uma tarefa de realização da justiça fiel a um «direito penal do facto».

Contudo, bem diferente da aceitação, hoje generalizada, de que um facto ilícito constitui sempre e de modo inseparável um facto típico, ou seja, um facto material *e formalmente* ilícito; bem diferente desta aceitação, dizia-se, é a adesão a um critério *formal* de captação do desvalor de uma conduta. Um critério que privilegia a estrutura típica do facto em detrimento do seu sentido material; que mede o conteúdo do mesmo em função do número de tipos abstractos que preenche, com o inerente risco de perder de vista o significado antinormativo da concreta situação; que — indo à matéria do concurso ideal — enfeuda a possibilidade de uma unidade de crime à relação que, no plano abstracto, os tipos preenchidos mantêm entre si.

O «tipo de concurso ideal» nasce de tipos *aparentados pelo ilícito*. Assim faz jus Ingeborg Puppe à sua preocupação de que, na base da unidade de crime que a *Tateinheit* constitui, se encontre uma coincidência de conteúdos normativos, jamais a mera simultaneidade. E, contudo, por não conseguir libertar-se da ideia de que a prática confirma ou infirma, mas *não modifica*, a relação entre tipos abstractamente existente, a autora corre o risco de julgar de modo enganoso o real conteúdo de antinormatividade do facto *concreto*. De qualificar, por um lado, como concurso ideal o que *ou* não passa de um crime simples (de uma situação de tradicional concurso aparente), *ou* representa, em

hipóteses de sentido inverso, uma pluralidade de delitos; e de ver, por outro lado, concurso real onde o significado jurídico-penal da conduta aponta claramente na direcção do mencionado concurso aparente e, portanto, da unidade de crime.

O fulcro do primeiro problema referido — o que mais toca, aliás, toda a construção de Puppe — reside na tese que lhe subjaz; a saber: há forçosamente mais ilícito onde mais ‘tipos abstractos’ puderem convocar-se.

Discuta-se o formalismo deste ponto de partida, retomando o caso de experimentação. Que pode acontecer quando a conduta de alguém preenche os tipos de burla e falsificação de documento? A resposta de Puppe foi já considerada: nos casos em que a relação de parentesco de ilícito existente em abstracto entre os dois tipos vier a realizar-se com idêntico sentido no mesmo bocado da vida consciente do autor, este terá cometido um só crime de «burla-falsificação de documento», a punir de acordo com o § 52 *StGB*. Caso a prática não confirme a relação teórica entre os *Tatbestände*, o agente deverá responder por aqueles delitos em concurso real.

Não cabe — note-se — no sistema da autora a possibilidade de reconhecer que, em certas circunstâncias, basta a aplicação da norma que prevê a burla para descrever cabalmente o conteúdo de ilícito do facto praticado. A contrafacção de um certificado do registo predial, por exemplo, com o fim de enganar outra pessoa e levá-la a praticar um acto que lhe cause prejuízo patrimonial preenche, sem dúvida e formalmente, os dois citados preceitos do código penal. O critério de Puppe levará a identificar um crime de «burla-falsificação de documento» e a puni-lo nos quadros do concurso ideal. E, no entanto, haverá fundamento para tratar de modo desigual uma burla praticada através de uma falsificação de documento e outra que lance mão de um meio porventura mais elaborado e eficaz, mas que não configura, em si mesmo, qualquer tipo autónomo? O engano é ele próprio um elemento do tipo «burla»; faz parte do seu conteúdo de ilícito; entrou, portanto, em contas para a fixação da moldura penal do crime. Por que razão o meio enganoso há-de envolver *sempre* um acréscimo de ilícito — agravando a inteira infracção — quando,



além de previsto no preceito da burla, se encontre igualmente contemplado em tipo à parte? Não se nega a possibilidade de que isso aconteça. Contesta-se, sim, a automaticidade do critério, que impede a livre apreciação do significado antinormativo do caso em apreço. Ao obrigar a recorrer também ao tipo de falsificação de documento, quando o *Tatbestand* da burla bastaria para descrever com completude o desvalor jurídico-penal da situação, a autora acaba, de resto, por criar o problema que depois se propõe resolver: o de evitar a dupla valoração da porção de ilícito «engano».

Numa palavra: decidindo que a mais de um tipo envolvido na conduta do autor corresponde sempre, na prática, ao menos um concurso ideal, a autora fecha, logo no plano abstracto, a possibilidade de identificar, nessas circunstâncias, relações de concurso aparente entre os preceitos; ‘pré-judica’, por assim dizer — e aqui radica o formalismo —, a apreciação do autêntico sentido de ilícito do caso.

O que vem de mostrar-se vale de igual modo para outros tipos aparentados pelo ilícito. Pense-se nos de violação e sequestro, para citar um problema que aparece com frequência em decisões jurisprudenciais. Ou nos de roubo e sequestro. Sempre que o desvalor do singular comportamento se encerrar por inteiro — o que talvez aconteça as mais das vezes — no tipo preponderante, deverá concluir-se, ao contrário do que diz Puppe, pela exclusiva aplicação deste, pela unidade de crime simples<sup>183</sup>.

Como se indicou de início, o concurso ideal de Puppe revela-se, quanto aos efeitos, ora demasiado amplo, abrangendo no seu regime punitivo verdadeiros casos de concurso aparente, ora excessivamente estreito, sancionando em quadros de unidade criminosa (no âmbito do seu «tipo de concurso ideal») situações pertencentes ao concurso real.

Considere-se esta segunda face do desajuste, alterando um pouco o exemplo que se vem trabalhando. O objecto da falsificação será agora o próprio registo predial, já não apenas um certificado desse registo; o acto inscreve-se

---

<sup>183</sup> Sobre o tema, ver C. LÍBANO MONTEIRO, *RPCC* 15 (2005), p. 477 s.

na mesmíssima burla. O critério da autora, repete-se, levará a identificar, aqui também, uma unidade de crime concreto — «burla-falsificação de documento». Concurso ideal, uma vez mais. E, no entanto, não deverá distinguir-se entre a contrafacção que esgota o seu potencial de engano na prática de uma só burla e esta outra — a do registo enquanto tal — que multiplica esse perigo pelo número de certidões dele extraíveis? Parece mais correcto fazê-lo. Os tipos burla e falsificação de documento apresentam-se nesta nova hipótese em concurso real. Não por lhes faltar o parentesco de ilícito; ele existe, quer na relação abstracta quer na concreta realização. Antes porque o significado antinormativo do caso não se esgota no crime singular de «burla-falsificação de documento». Verifica-se, sem dúvida, uma burla levada a cabo através do meio enganoso «contrafacção»; mas, nesta contrafacção, o perigo que justifica o tipo autónomo «falsificação de documento» perdura: a previsível danosidade do instrumento enganoso ultrapassa os limites da burla perpetrada. À luz dos critérios jurídico-penais, depara-se, portanto, com um concurso real.

Uma vez mais, o que acaba de dizer-se vale para o exemplo de violação e sequestro. O concurso tornar-se-á real caso o agente mantenha a vítima privada da liberdade depois de cometida a agressão mencionada em primeiro lugar.

O formalismo inerente à rígida separação abstracta entre tipos aparentados pelo ilícito e tipos, a essa luz, estranhos entre si, provoca um último desajuste: leva a afastar da unidade criminosa — remetendo-as para o concurso real — condutas cujo significado jurídico-penal é unitário.

O exemplo clássico do homicídio que danifica o fato da vítima — que Puppe, aliás, analisa — ilustra bem este ponto. De igual préstimo se mostram os casos paralelos de ofensa à integridade física e dano. Dois delitos ou um só?

A autora rejeita de imediato a hipótese de um crime único. Não tendo os tipos em causa qualquer elemento de ilícito comum (nenhum deles possuindo sequer um elemento que constitua variação próxima ou se encontre em relação de especialidade com um elemento do outro), não podem considerar-se

aparentados pelo ilícito. Logo, não se verifica a *conditio sine qua non* do concurso ideal. Muito menos se levanta a questão do concurso aparente, que Puppe reduz às relações de especialidade entre *Tatbestände*<sup>184</sup>. Concurso real, por conseguinte. É certo que, ao analisar o exemplo, Puppe vem a afastar a pena conjunta, apelando para o princípio da insignificância ou da *quantité négligeable*<sup>185</sup>; recurso possível, no caso, que não esconde contudo a improcedência da qualificação substancial. E que deixará porventura o problema por resolver se o fato da vítima for de valor consideravelmente elevado.

Abandonando a construção da autora, nada parece impedir que se aprecie, na situação e à luz dos critérios jurídico-penais, um único delito de homicídio — em concurso aparente com o dano. A argumentação aproxima-se muito da já expandida a propósito do primeiro exemplo de burla por meio de certidão falsificada. Nem todos os actos de matar passam pelo dano da roupa do ofendido: há diversíssimos modos — alguns assépticos — de tirar a vida a alguém. Não pode porém negar-se que a prática assiste a um sem número de homicídios cujo processo de execução acarreta esse estrago, torna 'normal' que ele aconteça. A normalidade de que se fala — note-se — não se confunde com a habitualidade estatística; reporta-se antes ao facto de, a um juízo normativo sobre o facto singular, a qualidade desvaliosa do dano vai implicada no conteúdo de sentido do do homicídio; parte que não merece menção autónoma, apesar de constituir ela própria, em abstracto, todo um tipo. Numa palavra: a unidade de sentido de ilícito não se altera pela circunstância de o meio utilizado para matar envolver — como consequência 'normal' — o preenchimento do tipo de dano.

Deve sublinhar-se que neste caso se juntam duas vertentes do formalismo de Puppe. Por um lado, a que obriga ao afastamento da unidade simples de crime: o preenchimento de mais do que um tipo; por outro, aquela que impede a sua qualificação como concurso ideal. Com efeito, não fosse a

<sup>184</sup> PUPPE, *Idealkonkurrenz*, p. 313 s e 355.

<sup>185</sup> PUPPE, *Idealkonkurrenz*, p. 269; *GA* 1982 P. 159. Ver ainda, *infra*, VI 2. 3. da Parte Segunda.

circunstância de os tipos envolvidos se mostrarem, quanto ao ilícito, estranhos entre si, e Ingeborg Puppe não teria certamente reparo em afirmar um tipo de concurso ideal — «homicídio-dano» —, no qual o dano serviria tão-só de complemento de ilícito ao tipo preponderante do homicídio.

Revedo e sistematizando a crítica à tese de Puppe.

A autora parece esquecer a específica índole das valorações criminais.

Faz depender a dignidade penal e a necessidade de pena relativas a uma conduta da quantidade de tipos por ela preenchidos; olvida que o simples facto de dois comportamentos preencherem os mesmos tipos não torna de imediato equivalente o respectivo conteúdo de ilícito, não dispensa a avaliação do seu concreto sentido e desvalor; ignora que a ausência de parentesco de ilícito entre tipos não obsta a que estes se fundam numa valoração unitária que desemboca na identificação de um só ilícito (o chamado concurso aparente).

Em suma: Ingeborg Puppe leva a cabo uma reelaboração dogmática do concurso ideal. Fá-lo na direcção que anuncia, ou seja, substituindo critérios naturais por outros, de índole normativa. Porém, o seu é um ‘normativismo’ formalista, apegado à definição abstracta dos *Tatbestände*, de tal modo que o sentido do tipo formal — e o seu relacionamento com outros — chega a impedi-la de avaliar correctamente o significado material do ilícito concreto. O sistema que propõe prende o julgador, retira-lhe a faculdade de afirmar que, apesar de a conduta preencher dois ou mais tipos, um só deles esgota, abarca suficientemente todo o conteúdo de ilícito da situação<sup>186</sup>.

Vendo as coisas do ponto de vista dos fins das penas — como também Puppe entende dever fazer-se —, dir-se-ia que o esforço de construção deste concurso ideal se orienta num sentido retribucionista. Em boa verdade, prepondera nele o cuidado de que nenhuma ‘porção’ de ilícito (e de culpa) fique por punir. Afinal não é outra a razão que preside à passagem maciça das

---

<sup>186</sup> De notar, todavia, que Puppe ressalva a possibilidade de entre os tipos se verificar uma certa relação de especialidade, que permite a afirmação do «parentesco de ilícito» (cfr. PUPPE, *GA* 1982, p. 154).

relações de consunção e subsidiariedade — inseridas, pela doutrina dominante, no concurso aparente — para o âmbito do concurso ideal e do regime sancionatório do § 52 *StGB*.

A autora confessa que foi seu propósito repor a congruência — perdida, segundo entende, no pensamento e na prática dos penalistas do seu país — entre forma de concurso e regra punitiva. De um modo particular, pretendeu restringir a classificação de concurso aparente às hipóteses em que a norma preterida o era para todos os efeitos, *i.e.*, não influenciaria em circunstância alguma o tratamento jurídico-penal do caso, aí incluída a determinação da pena. Qualquer intervenção do preceito afastado — o seu 'ressurgimento', por exemplo<sup>187</sup> — destoaria da natureza do concurso aparente, sendo pois preferível adequar a qualificação do concurso ao regime sancionatório realmente aplicado. O § 52 *StGB* cumpriria na perfeição este cometido. O concurso ideal — normativamente refeito e despojado, portanto, de todas as situações de pluralidade de crimes — abrangeria todo o concurso aparente *impuro*, deixando apenas de fora a categoria da especialidade. Para esta passaria pois a reservar-se a denominação de concurso aparente, posto que nela sim, por um imperativo lógico e por necessidade de respeitar a norma especial — a que qualifica como a que privilegia —, a *lex generalis* nunca voltará a aparecer.

A congruência lógico-formal do discurso não apresenta fissuras. Porém, talvez surja com igual ou maior peso — o peso da correcção material das soluções — a pergunta que Jakobs colocou a seu tempo: não representará a proposta de Puppe um simples «rebaptizar» do concurso aparente? E se assim for, com que vantagem?

A análise levada a cabo aponta para o carácter supérfluo da figura do concurso ideal. Dela se desprenderão com acerto, em concreto juízo de ilícito material, ora simples unidades criminosas, ora casos de pluralidade de delitos.

---

<sup>187</sup> Adiante (Cap. III 3. e IV 4.) voltar-se-á ao tema do «efeito residual do preceito preterido», aí incluído o 'ressurgimento' (*Wiederaufleben*) deste último em determinadas circunstâncias.

O mesmo é dizer: não se vislumbra autêntico conteúdo útil para o instituto em apreço. Menos ainda quando a ordem jurídica portuguesa, por não conter qualquer preceito semelhante ao § 52 *StGB*, dispensa o intérprete de lhe encontrar um sentido.

## **VI. A mais recente doutrina portuguesa sobre o «concurso ideal»**

A dissertação de doutoramento de Eduardo Correia (1945) e, sobretudo, a confessada transposição do seu conteúdo, primeiro para o Anteprojecto de 1963 e, por fim, para o Código Penal de 1982 representam o pórtico de uma época em que jurisprudência e doutrina abandonaram o concurso ideal nos moldes da velha lei e se habituaram à dicotomia concurso aparente/concurso efectivo, com a particularidade de um certo grupo de casos de pluralidade de delitos deverem considerar-se um só crime continuado, dada a circunstância de neles se verificar uma acentuada diminuição da culpa do agente, segundo o modelo desenhado pelo art.º 30º, nº 2 do CP.

Na verdade, Eduardo Correia fora persuasivo na sua condenação do monismo positivista, da acção naturalística e do concurso ideal nela fundado. Um critério fáctico, afirmou, jamais pode servir de base à delimitação da unidade criminosa ou justificar uma disparidade de regimes sancionatórios para condutas que realizam os mesmos tipos legais. O delito não é uma acção voluntária com consequências no mundo exterior, independente da quantidade de juízos de valoração jurídico-penal que sobre ela possam recair. O crime consiste na violação da norma protectora de um bem jurídico e conta-se pelo número de normas infringidas pelo agente, o que equivale a dizer, no mundo do direito criminal, pelo número de efectivas realizações típicas. Ou seja: o concurso verdadeiro não carece da distinção entre concurso ideal e concurso real, pela simples razão de que o desvalor material dos comportamentos não se altera, seja qual for a categoria a que se reconduzam do prisma da quantidade de acções naturalísticas envolvidas.

Reinou, por conseguinte, a paz quanto ao bem fundado da rejeição do concurso ideal e do seu regime de menor rigor punitivo<sup>188</sup>. Afinal, mais não traduzia do que uma congruente desimplicação da falência do sistema positivista.

Para essa tranquilidade contribuiu também o abandono de rígidos pressupostos lógico-formais na caracterização do concurso aparente. Esta categoria congregava ainda — disse Eduardo Correia e também aí foi seguido —, para além das óbvias relações de especialidade (aliás pertencentes à teoria geral do direito e sem necessidade de adaptações quando em causa estiverem normas penais), constelações definidas por preceitos que se interceptam, por tipos que estão entre si como o ‘mais’ para o ‘menos’ na protecção de certo bem jurídico. A uma valoração material, descobre-se que basta a aplicação do tipo de maior abrangência para dizer o singular conteúdo criminoso daquele facto em apreço. Chama-se consunção a esta espécie de relação entre normas, que apenas se torna clara em concreto e mediante um juízo de desvalor jurídico-criminal.

O recurso a este critério para o reconhecimento de um concurso aparente supõe, em quem o aceite, a admissão ao menos implícita de um princípio segundo o qual ‘mais vale não violar o *ne bis in idem* substantivo, mesmo à custa de não *esgotar* o inteiro conteúdo de ilícito de um facto’, do que correr o risco de que se verifique o contrário.

Em suma: Eduardo Correia normativizou o concurso ideal. Ao fazê-lo, porém, esvaziou de utilidade a categoria, chegando a prescindir dela. Por um lado, contando os delitos de acordo com a simples ou plural realização típica, sem dar relevo ao número de acções naturalísticas praticadas, não sobrava lugar para a tradicional bipartição do concurso verdadeiro, para a

---

<sup>188</sup> Apesar da opinião de CAVALEIRO DE FERREIRA, que distingue concurso real e concurso ideal, caracterizando este como «pluralidade de normas incriminadoras aplicáveis a um mesmo facto» (*Direito penal* II, p. 196 s); e que critica a equiparação levada a cabo pelo CP 1982, (*Lições de direito penal* I, p. 389-391). Ainda a este propósito, TERESA BELEZA, *Direito penal* II, p. 539 s.

autonomização do concurso ideal. Tudo era concurso efectivo por igual, se assim pode dizer-se. Por outro lado, substituindo a pura lógica formal pela concreta valoração do conteúdo dos casos que, em abstracto, cabem em várias normas, encontrou o caminho para a reposição da justiça punitiva em certos grupos de hipóteses que pareceria excessivo sancionar nos quadros severos do cúmulo jurídico. Supressão, pois, do concurso ideal, mas reconformação das duas categorias sobrantes: concurso efectivo e concurso aparente.

De maneira simples: o concurso ideal nos moldes tradicionais distribuiu-se ora pelo concurso real, ora pelo concurso aparente, por recurso ao critério normativo que separa a pluralidade da unidade criminosa.

Assim funciona a jurisprudência ao longo da vigência do CP de 1982. Com tal esquema pareceu conformar-se a doutrina, talvez por entender que a tanto a obrigava o *ius conditum*. Ou por não pretender um hipotético retrocesso dogmático a concepções positivistas, mesmo que tão-só numa categoria pertencente às formas especiais da infracção.

Este cenário de quase unanimidade (ou ao menos de resignação) em torno da doutrina do concurso e do apagamento da sua forma «ideal» altera-se com a descoberta, entre nós, da tese da autora alemã Ingeborg Puppe. Abre-se à doutrina a possibilidade de superar, quer o positivismo naturalista, quer o normativismo neo-kantiano de Eduardo Correia. Por outras palavras: ainda que assente em base legal que não encontra paralelo no Código português — o § 52 do *StGB* —, a construção de Puppe oferece um concurso ideal estranho a pressupostos fácticos ou pré-jurídicos, antes normativamente justificado; um concurso ideal, além disso, destinado ao cumprimento escrupuloso do mandamento de esgotar, na punição, todos e cada um dos elementos ilícitos-típicos presentes no comportamento de um agente. A construção procede, por isso mesmo, a uma ‘rearrumação’ de categorias, transportando para o concurso ideal constelações de casos tradicionalmente pertencentes ao concurso aparente



(*maxime*, relações de consunção), com a justificação de que, de outro modo, ficaria por sancionar matéria criminosa presente no facto.

Acontece então o que poderia designar-se por ressurgimento do concurso ideal na doutrina portuguesa do século XXI. Duarte d’Almeida, José Moutinho e, por último, Figueiredo Dias estão de acordo em destacar uma categoria concursal que se situa entre a simples unidade de crime e aquela pluralidade criminosa que tem a ligá-la apenas a unidade do sujeito e a circunstância de os delitos componentes serem cometidos antes do trânsito em julgado da condenação por qualquer deles. Não coincidem no nome da figura, nem sequer no seu exacto contorno dogmático. Todavia, pretendem dar expressão, já *de iure condito*, a uma certa conexão criminosa que, apesar da efectiva diversidade de tipos aplicáveis, deve ser tratada fora do esquema sancionatório que caracteriza o concurso real.

### ***1. A tese de Duarte d’Almeida***

Duarte d’Almeida chega à necessidade de um concurso ‘ideal’ no decorrer de uma investigação sobre o problema do concurso de normas em direito penal<sup>189</sup>. Vem dizer que as situações de «consunção»<sup>190</sup> — enquadradas pela doutrina maioritária no chamado concurso aparente — constituem na realidade um «caso especial» de concurso efectivo. Segundo o autor, concurso efectivo ideal, a enunciar deste modo: uma pluralidade criminosa que, por ostentar determinadas características que a diferenciam da simples acumulação de crimes, se torna merecedora de um particular (e menos gravoso) regime sancionatório. Pluralidade de delitos, já que às hipóteses que o compõem são aplicáveis várias normas penais, com as respectivas consequências jurídicas; mas «caso especial», devido a uma conexão objectiva e subjectiva verificada entre as infracções envolvidas. Tal conexão deriva, continua Duarte d’Almeida, não de qualquer simultaneidade na perpetração desses crimes ou da

---

<sup>189</sup> DUARTE D’ALMEIDA, *O ‘concurso de normas’ em direito penal*, 2004.

<sup>190</sup> Consunção emprega-se aqui em sentido muito abrangente: todas as constelações de concurso aparente que não sejam fundadas numa relação lógica de inclusão.

circunstância de se inscreverem todos num único movimento corpóreo; mas antes da proximidade dos seus bens jurídicos e da concatenação das resoluções criminosas que os sustentam. À peculiar conexão criminosa que se vem descrevendo o autor chama, repete-se — ainda que o nome não importe demasiado —, concurso ideal. Um concurso ideal à maneira de Puppe. De critério normativo, portanto; de modo algum o resultado de uma distinção pré-jurídica entre unidade e multiplicidade de acções<sup>191</sup>.

Acrescente-se que Duarte d'Almeida não se limita a defender a reposição, *de iure condendo*, desta segunda modalidade de concurso verdadeiro; sugere e procura mostrar que existe já, na lei penal de 1982, uma pluralidade de crimes sancionados em regime de privilégio, como se constituíssem um só, justamente por entre eles se estabelecer essa conexão objectiva e subjectiva que caracteriza o concurso ideal. O autor refere-se ao crime continuado e ao sistema punitivo da exasperação. Afinal, um concurso efectivo cuja sanção escapa ao cúmulo jurídico e se determina de acordo com o regime que doutrina e tradição entendem como o que mais se adequa (também) ao concurso ideal<sup>192</sup>.

O concurso ideal de Duarte d'Almeida revela-se pois um caso de efectiva aplicabilidade de várias normas incriminadoras a um facto, sem que daí derive, para o seu autor, a sujeição à regra punitiva do art.º 77º do CP. Pluralidade de crimes e pluralidade de penas, mas carecendo individualmente de verdadeira autonomia, quer típica quer sancionatória: a sempre presente conexão objectiva e subjectiva entre os delitos recomenda a punição de ambos (de todos, seja qual for o seu número) dentro da moldura penal do mais grave, eventualmente modificada no seu limite mínimo.

Como se vem explicando, este concurso efectivo mais brando do que o «real» compõe-se maioritariamente de hipóteses de consunção 'subtraídas' ao tradicional concurso de normas. Ao lado destas, Duarte d'Almeida coloca

---

<sup>191</sup> DUARTE D'ALMEIDA, *O 'concurso de normas'*, p. 94 s.

<sup>192</sup> DUARTE D'ALMEIDA, *O 'concurso de normas'*, p. 106 s.

ainda as cláusulas de subsidiariedade expressa, as condutas negligentes com pluralidade de resultados típicos e uma outra situação residual<sup>193</sup>.

Para entender Duarte d'Almeida convém salientar o registo do seu discurso. Aborda o problema do concurso de normas de uma perspectiva, antes do mais, metodológica. Move-o a vontade de *aggiornare* o direito das penas, de o arrancar do velho procedimento lógico-subsuntivo, onde o *prius* não é o caso, mas a norma, e esta reduzida a mero enunciado linguístico. Para logo reapreciar a questão à luz da mais recente metodologia, que parte do sentido problemático do caso em busca da disposição que, no sistema, lhe corresponda com maior aproximação. Para o autor, o problema da selecção da norma não se resolve à maneira de 'encaixar' o caso num ou noutra preceito, como se de um jogo de palavras se tratasse, mas comparando as condutas já valoradas do sistema jurídico, formuladas em tipos abstractos, e as concretas actuações da vida real, de onde o sistema partiu e onde quer voltar informando-as.

Todo o esforço argumentativo de Duarte d'Almeida vai dirigido a 'acabar com' o concurso de normas. Não apenas com a designação — há muito julgada equívoca, ou mesmo errónea, por boa parte da doutrina<sup>194</sup> —, mas com a própria categoria dogmática que continua a ter esse nome e com o modo tradicional de a encarar. Essa abolição categorial, por assim dizer, não constitui fim em si mesma; antes conduz ao verdadeiro móbil do estudo: alargar o concurso efectivo à custa do aparente ou de normas. Talvez melhor: dotar a teoria do concurso de um lugar punitivo intermédio, que 'deixe' adequar a sanção ao específico desvalor jurídico-criminal de pluralidades de delitos conexos; *i.e.*, que permita puni-las sem cair, nem no erro de desconsiderar parte da matéria criminalmente relevante (como sucede quando se equiparam ao concurso aparente), nem no desacerto de sinal oposto de exagerar a sua

---

<sup>193</sup> DUARTE D'ALMEIDA, *O 'concurso de normas'*, 114 e s.

<sup>194</sup> Ver, por todos, CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito penal português*, p. 159.

gravidade global, ignorando a interligação das infracções em causa (como acontece quando se identificam com o concurso real).

Para clarificar a crítica, o autor utiliza a divisão corrente das constelações tradicionais de concurso aparente ou de normas em dois grupos. Reúne num deles as que se apoiam em relações de inclusão ou subordinação lógica entre os tipos legais abstractamente aplicáveis ao facto. Para o segundo guarda aquelas que, sustentadas em critérios teleológicos ou valorativos, ligam tipos que se entrecruzam<sup>195</sup>, servindo contudo bens jurídicos distintos. É este último grupo que vai corresponder ao concurso ideal.

Quanto ao primeiro, Duarte d'Almeida nega que exista concurso de normas nas clássicas hipóteses de inclusão entre tipos legais. Os tipos não concorrem, diz, não são conjuntamente aplicáveis ao caso. O cerne da questão continua a ser metodológico e gira, aqui, em torno da noção de «norma aplicável ao caso». Para a doutrina maioritária, «aplicabilidade» equivale a «subsumibilidade»; logo, haverá várias normas aplicáveis quando o caso 'couber' no enunciado textual de diferentes tipos. O autor contrapõe que a norma aplicável é tão-só a que o caso convoca por se ajustar, na sua intencionalidade valorativa, ao sentido problemático do mesmo. Por isso, quando o caso selecciona a norma do homicídio qualificado, por exemplo, não convoca igualmente a do homicídio simples. Não por falta de cabimento literal nesta última descrição típica, mas porque apresenta um desvalor mais consentâneo com o do homicídio de particular gravidade. O correcto proceder começa, pois, pela selecção, a partir do caso, da norma que corresponde ao seu sentido. Esta tarefa pressupõe, claro está, «um conhecimento reflectido dos diversos tipos incriminadores vigentes em um ordenamento jurídico-penal»<sup>196</sup>; e precede aquela outra — é este o ponto que Duarte d'Almeida pretende sublinhar — de interpretação/aplicação do tipo seleccionado. Constitui vício metodológico, assegura o autor, tratar de um só passo a escolha da norma correspondente ao caso — norma aplicável — e a tarefa interpretativa

---

<sup>195</sup> Ou apenas interferem, em termos lógicos. DUARTE D'ALMEIDA, *O 'concurso de normas'*, p. 70.

<sup>196</sup> DUARTE D'ALMEIDA, *O 'concurso de normas'*, p. 32-33.

conducente a verificar as condições de possibilidade de uma efectiva subsunção. Daqui conclui que, se aquela operação prévia de selecção conduzir a um resultado singular — em que um só tipo é convocado e, portanto, aplicável —, falar de concurso de normas passa a constituir um desacerto. Diz Duarte d’Almeida que equivale a levantar um problema escusado que depois reclamará uma solução<sup>197</sup>.

Mas o autor nega também — e trata-se agora do segundo grupo de casos acima mencionado — a existência de um mero «concurso de normas» nas tradicionais hipóteses de *consunção*. Já não por haver um só tipo aplicável. Ao contrário da doutrina maioritária — que apela para o concurso aparente, afirmando que um dos tipos se impõe ao outro ou outros por abranger também (e sozinho) o desvalor jurídico-penal presente nos restantes —, Duarte d’Almeida rejeita o concurso de normas; desta feita precisamente por entender que uma das normas não exclui as demais, o que remete de imediato a questão para o concurso efectivo, ainda que de natureza particular. E explica: quando, no primeiro passo metodológico (selecção da norma aplicável), o caso convoca mais do que um tipo, não há razão atendível para recusar a aplicação de qualquer deles ao facto, a não ser que a subsequente tarefa de interpretação e verificação dos vários requisitos dogmáticos («formais») tropece em algum obstáculo real. De modo directo: nas constelações de consunção há mais do que um concurso de normas, na medida em que o caso convoca e se subsume a uma pluralidade de tipos. Desconsiderar qualquer deles no teor da sentença ou na punição envolveria — acrescenta — uma autêntica violação do princípio da legalidade criminal. A solução correcta do problema terá, pois, de encontrar-se no terreno próprio do concurso verdadeiro ou efectivo. O mesmo é dizer: tão-pouco nestas hipóteses se dá um concurso de normas, porque se está perante um verdadeiro concurso de crimes<sup>198</sup>.

Sem prejuízo de explicações complementares, desde já se compreende que Duarte d’Almeida vê autêntica pluralidade criminosa nas mesmíssimas

---

<sup>197</sup> DUARTE D’ALMEIDA, *O ‘concurso de normas’*, p. 32-37.

<sup>198</sup> DUARTE D’ALMEIDA, *O ‘concurso de normas’*, p. 68-86.

situações que outros reconduzem à unidade de delito. E não se pense apenas nos defensores da consunção/concurso aparente. Também genuínos adeptos do concurso ideal de base normativa — a própria Ingeborg Puppe — o concebem como um crime só<sup>199</sup>.

Chegou-se pois ao concurso ideal entendido como concurso efectivo ‘menor’ ou ‘menos grave’. A conexão entre tipos que determina, para os adeptos da consunção, a punição por um só crime (um dos tipos contém, no caso, o outro ou outros abstractamente aplicáveis) converte-se, para Duarte d’Almeida, em conexão entre *crimes*, em concurso ideal *hoc sensu*, que apenas afasta a modalidade mais grave da pena do concurso, aquela que o art.º 77º do CP prevê para o sancionamento de delitos autónomos ou independentes.

À primeira vista, as duas teses — a do concurso aparente e a deste concurso ideal — parecem ter em comum a preocupação de encontrar, para certas constelações criminosas, um regime sancionatório alternativo ao da acumulação de crimes. Duarte d’Almeida defende até que o factor decisivo para o aparecimento da consunção foi a fuga ao rigor punitivo do concurso real<sup>200</sup>. Contudo, não podem divergir mais quanto à solução adoptada. Na ausência de um regime intermédio entre a sanção de um delito simples e o cúmulo jurídico do concurso efectivo, «a consunção» prefere punir de menos do que sancionar em excesso; para o autor que se estuda, a ‘realidade’ da conexão criminosa encontra-se, apesar de tudo, mais perto do concurso real do que do concurso aparente ou de normas. Chega a afirmar que, na falta de outra

---

<sup>199</sup> Ver, *supra*, Cap. V.

<sup>200</sup> Esta análise parece não resistir a um simples confronto com a realidade da consunção. Por um lado, a categoria encontra aceitação em doutrina e jurisprudência de países que possuem o tal regime intermédio, quer dizer, uma modalidade de concurso efectivo de consequências jurídicas menos pesadas do que as do concurso real. Por outro, há bem pouco tempo — em perspectiva histórica, que significam os cerca de trinta anos de vigência do Código Penal? —, o direito português consagrava, segundo a maioria da doutrina, regras sancionatórias diversas para os concursos ideal e real de crimes, o que nunca constituiu impedimento para a teorização e defesa da consunção como unidade criminosa (resultante do carácter aparente do concurso). Contudo, seria incorrecto ignorar que o concurso ideal era nessa altura visto segundo os moldes da unidade de acção naturalística, que não abrangeria a maioria das hipóteses para as quais a consunção/concurso aparente foi pensada.

possibilidade, aplicar a esses casos o art.º 77º do CP constituiria sempre escolha melhor do que pretender que só um dos crimes merece punição<sup>201</sup>.

Se até agora, na análise do pensamento de Duarte d'Almeida, a ênfase foi colocada na conveniência de o regime do concurso ideal 'dulcificar' a regra do cúmulo jurídico, chegou o momento de afirmar que maior importância ainda parece ser conferida ao objectivo de que jamais um dos crimes fique por punir<sup>202</sup>. Como ficou dito acima, Duarte d'Almeida acusa a doutrina maioritária de violar, com a figura da consunção/concurso aparente, o princípio da legalidade criminal. E justifica-o deste modo: afirmando-se que certo preceito incriminador é aplicável ao caso — que o caso o pede, em correcta metodologia — não pode depois prescindir-se da estatuição punitiva que o preceito igualmente integra. Tal procedimento equivaleria a romper a ligação condicional, imposta por lei, entre a realização do tipo (se...) e o desencadear do respectivo sancionamento (então...). A opção pela consunção como modalidade de concurso aparente equivale, com palavras do autor, a «negar relevância a factos — a crimes — em relação aos quais todos os pressupostos de punição se verificam»<sup>203</sup>.

A concepção em apreço, que chama em seu auxílio Ingeborg Puppe para a construção de um concurso ideal de base normativa, não ignora que a autora alemã trabalha num ordenamento penal que prevê quer os pressupostos, quer o regime dessa modalidade concursal. Na verdade, o mérito de Puppe consistiu na reinterpretação do § 52 do *StGB* à margem de considerações naturalísticas;

---

<sup>201</sup> DUARTE D'ALMEIDA, *O 'concurso de normas'*, p. 84-86.

<sup>202</sup> Cfr. DUARTE D'ALMEIDA, *O 'concurso de normas'*, p. 85-86.

<sup>203</sup> DUARTE D'ALMEIDA, *O 'concurso de normas'*, p. 70. E acrescenta esta ressalva: se a doutrina da consunção quiser conceder relevância a tais factos, então incorre na contradição metodológica de convocar a sanção de uma norma cujo conteúdo não teve por necessário para o cabal enquadramento típico do caso.

A discordância com a doutrina tradicional parece estar precisamente aqui. Em que esta última não pensa que há dois crimes, mas que um deles não merece punição; esta entende que um 'crime' está abrangido, no caso concreto, pelo 'outro', pelo que afinal se está perante uma unidade de delito, em termos de valoração jurídico-penal; logo, se há um só crime, apenas esse merecerá punição. Repete-se: nenhum crime ficará por punir, porque se pune o único crime que em concreto foi praticado.

em compreender que o preceito se destinava a criar, a partir da Parte Geral, novos tipos legais de crime, os tipos de concurso ideal, justamente. O tipo «burla-falsificação de documento», etc. E a definir para eles um sistema punitivo peculiar<sup>204</sup>. Bem diversas se apresentam as coisas para o autor português, que deve implantar o ‘seu’ concurso ideal em terreno onde parece faltar qualquer indicação legislativa sobre o problema.

A ‘novidade’ da tese — curiosamente proposta também por José Moutinho<sup>205</sup> — acontece então, quando o autor crê encontrar a solução de que precisa (*de iure condito*) no conceito e no regime legais do crime continuado. Opinando embora que esta figura carece ainda de um estudo aprofundado, Duarte d’Almeida vê nela o que procura: uma pluralidade de delitos transformada em unidade «fictícia»<sup>206</sup>, decerto para beneficiar de um regime de excepção ao cúmulo jurídico do art.º 77º do CP; benefício esse justificado por se verificar, entre os crimes que a compõem, uma particular conexão objectiva e subjectiva.

Afinal, prossegue o autor, também no delito continuado se exige (como no concurso ideal) uma conexão subjectiva — a concatenação de resoluções criminosas que permite falar de culpa diminuída —; e uma conexão objectiva: os tipos realizados hão-de ostentar tal proximidade ou parentesco que, protegendo embora bens jurídicos em si mesmos diferentes, possa dizer-se que acautelam «fundamentalmente» um só. De igual modo, o sistema sancionatório previsto para a continuação criminosa — a punição dos vários crimes no quadro da moldura penal do mais grave — coincide com o que o direito comparado e a própria tradição nacional entendem adequar-se ao concurso ideal.

Em suma: num caso como no outro, depara-se com uma pluralidade de delitos não autónomos, sancionados em conformidade. Não como um só,

---

<sup>204</sup> Para esta interpretação de Puppe, veja-se, *supra*, Cap. V.

<sup>205</sup> Ver, a seguir, neste mesmo Cap. VI 2., o pensamento concursal de José Moutinho.

<sup>206</sup> O autor segue, neste ponto, Oliveira Ascensão, a quem pertence o uso a este propósito do adjectivo fictícia, sublinhando que o crime continuado constitui realmente uma pluralidade de crimes. Cfr. DUARTE D’ALMEIDA, *O ‘concurso de normas’*, p. 109 e OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Penal I — Sumários*, p. 187 (*apud* Duarte d’Almeida).



afastando os demais tipos realizados — nisso consistiu o erro apontado à doutrina da consunção/concurso aparente; tão-pouco como uma soma de crimes independentes — afinal, é esse resultado de total equiparação do concurso ideal ao concurso real que se pretende evitar.

Convém notar que Duarte d’Almeida não força a norma da continuação criminosa para lhe subsumir todos e cada um dos casos que, segundo o próprio, configuram um concurso ideal. (Seguirão esse regime as hipóteses de consunção «que ali possam caber, como é evidente»<sup>207</sup>). Interpreta-a, isso sim, com uma elasticidade (‘generosidade’) que surpreende<sup>208</sup>. Além disso — julga-se merecido este reparo —, a ‘vaguidade’ de critério que o autor censura ao n.º 2 do art. 30.º do CP parece encontrar paralelo no seu próprio conceito de concurso ideal. De forma clara: quando o que se exige se reduz a uma conexão objectiva e subjectiva entre delitos, que os demarque da tradicional acumulação de crimes autónomos de um mesmo autor, fácil se torna julgar afins quaisquer «pluralidades indulgentes»<sup>209</sup> consagradas na lei.

Que dizer?

Antes de mais, que manifesta uma louvável preocupação metodológica — correcta quando recusa ver o concurso como relação entre enunciados normativos e restitui o primado ao caso, ao seu sentido problemático. A essa preocupação acresce um esforço positivo por retirar o problema do concurso ideal dos moldes naturalísticos em que estava posto e colocar a sua discussão nos únicos termos hoje aceitáveis: os que levam em conta o conteúdo de desvalor jurídico-criminal do comportamento em causa.

---

<sup>207</sup> DUARTE D’ALMEIDA, *O ‘concurso de normas’*, p. 113.

<sup>208</sup> Cfr. a interpretação do crime continuado ‘de Eduardo Correia’ publicada por C. LÍBANO Monteiro, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, p. 733-755.

<sup>209</sup> A expressão «pluralità indulgente» pertence a V. MUSCATIELLO — na obra *Pluralità e unità di reati. Per una microfisica del molteplice*, p. 99 (é o título do Capítulo Segundo) que a contrapõe ao que chama «pluralità di rigore». Trata-se de uma visão de cariz marcadamente subjectivista, na qual o autor encontra a raiz última de regimes opostos para os vários tipos de pluralidade criminosa numa maior ou menor congruência entre o desenho objectivo dos factos e a sua componente volitiva e emocional.

A tese de Duarte d'Almeida mostra-se ainda correcta ao afastar da resolução deste problema — como de qualquer questão jurídico-prática, supõe-se — critérios de pura lógica formal, quase sempre acompanhados, de resto, de raciocínios meramente dedutivos.

Sem querer discutir a distinção entre ‘escolha-da-norma’ do caso e ‘interpretação-da-mesma’ (com vista à possibilidade da sua efectiva aplicação), enquanto ‘puro’ problema metodológico e, nesse sentido, transversal a diversos ramos do direito, sempre se dirá que a abordagem do concurso em direito penal nunca deveria passar à margem dos critérios próprios deste último para a ‘descoberta’ de uma conduta crime. Mais: neste afastamento das específicas valorações dogmáticas da operação de escolha da norma reside o ponto fundamental de discordância entre a tese de Duarte d'Almeida e o presente estudo. Pois dele resultam, como se verá, diferenças de relevo na captação final do número singular ou, ao invés, plural das infracções criminais em juízo.

Para o autor em causa — e recorrendo às expressões que utiliza —, uma coisa é a *selecção* da norma do caso e outra a *interpretação/aplicação* da norma seleccionada. E haver ou não concurso de crimes constitui um problema que se resolve logo naquele primeiro plano, *i.e.*, consiste, essencialmente, numa decisão material sobre o preceito a seleccionar, que tem lugar antes e em separado da respectiva análise dogmática.

Em radical divergência, a tese que se propõe tem por correcto que o método próprio do direito penal para individuar os ‘seus’ factos relevantes se traduz numa valoração dos comportamentos levada a efeito através dos sucessivos passos da ‘sua’ dogmática. Uma interpretação/aplicação entendida, claro está, na mais material das acepções; e centrada na categoria dogmática do ilícito. O uno e o múltiplo em direito criminal significam — antes de mais e por exigência do «direito penal do facto»<sup>210</sup> — unidade ou pluralidade de ilícitos-típicos, concretos, situados; *i.e.*, unidade ou multiplicidade de

---

<sup>210</sup> Não pode deixar de ser assim, subentende-se, num ordenamento jurídico fiel às exigências de um estado de direito democrático.

conteúdos pessoais-objectivos de contrariedade às normas de determinação penais<sup>211</sup>.

Na medida em que torna as coisas mais claras, repare-se que a primeira crítica de Duarte d’Almeida à doutrina tradicional consiste em afirmar que a mesma — como fruto de uma metodologia positivista de que o direito criminal ainda se não libertou — *selecciona* preceitos que, na realidade, não vêm ao caso. Inverte, por assim dizer, a correcta ordem das coisas. Ou seja: verifica a aplicabilidade à situação de vários tipos legais, através de uma operação de pura subsunção, e só depois afasta algum (ou alguns), recorrendo às relações entre eles e detectando eventuais sobreposições (que levariam à violação do princípio *ne bis in idem* substantivo).

Tem razão Duarte d’Almeida ao criticar esse modo superficial, pouco fundado — característico de uma dogmática formalista — de selecção da norma do caso. E, todavia, não será possível dirigir crítica análoga à sua própria maneira de a seleccionar?

Note-se que a dogmática do autor acaba por se revelar formal — uma mera subsunção do facto à norma escolhida, verificada através da passagem ‘técnica’ pelas categorias do tipo, do ilícito, da culpa e da punibilidade. Mas pouco fundada se mostra também — é esse o aspecto que cumpre sublinhar — a sua operação de selecção da norma do caso.

Como se explicou acima, Duarte d’Almeida propõe-se distinguir entre as hipóteses de unidade de norma aplicável e todas as outras — aquelas que, por constituírem ‘o caso de várias normas’, não podem (não devem) deixar de pertencer ao universo do concurso efectivo. A pretensão é, pois, apontar o critério que separa o «não-concurso» do «concurso», a unidade da pluralidade

---

<sup>211</sup> Esclareça-se que esta pluralidade de ilícitos constitui tão-só uma pluralidade *provisória* de crimes. A razão é a seguinte: depois da categoria dogmática do ilícito, onde se resolve o concurso, pode acontecer que não exista culpa ou que falte alguma condição de punibilidade relativamente a um dos ilícitos-típicos ou a ambos. Não haverá, então, pluralidade criminosa, na primeira hipótese, ou, na segunda, não se verificará qualquer crime.

A explicação cabal do ponto de vista defendido encontra-se na Parte Segunda do trabalho.

de crimes. E encontra-o (ou pretende encontrá-lo) num juízo precoce levado a cabo pelo julgador, apoiado no seu conhecimento reflectido, experiencial dos tipos legais disponíveis no ordenamento jurídico. Em tal decisão, tomada, por assim dizer, na antecâmara da análise dogmática do comportamento, assentaria a *definitiva* pertença da hipótese em apreciação ao não concurso (= unidade criminosa) ou ao concurso efectivo (= pluralidade criminosa).

Em expressão sintética: talvez esta via de resolução do problema concursal tenha ultrapassado o formalismo tradicional — com a sua procura da relação entre tipos legais ‘abstractos’ — e o tenha substituído pela procura da norma cuja ‘intencionalidade’ corresponda ao sentido problemático do caso. Do mesmo passo, ter-se-á o autor libertado do concurso aparente ou de normas que fixa uma pluralidade de subsunções, para depois preterir as que, afinal, nunca foram necessárias para qualificar a situação.

Não foi, todavia, completa a referida libertação. Duarte d’Almeida fica preso às normas que selecciona com o seu critério: esgota nessa operação, onde falta a dogmática e sobra a ‘intuição judicial’, os argumentos materiais. A partir dela, apenas uma falha subsuntiva permitirá concluir que, afinal, não existia mais do que um delito; está-lhe, por assim dizer, vedado corrigir uma primeira impressão que se mostre incorrecta em função de uma análise mais funda do caso.

A análise deve incluir, agora, os casos que, em oposição à doutrina da consunção/concurso aparente, Duarte d’Almeida assegura pertencerem à pluralidade criminosa, uma vez que configuram um concurso efectivo. Tome-se o seu próprio exemplo: a falsificação de documento realizada com a única finalidade de burlar alguém, finalidade que vem a cumprir-se<sup>212</sup>. Dois tipos,

---

<sup>212</sup> Decidiu o legislador, na revisão de 2007, modificar o tipo legal da «falsificação ou contrafacção de documento». Acrescentaram-se, no corpo do n.º 1 do art. 256.º do Código Penal, novas intenções para além do dolo, nomeadamente «preparar, facilitar, executar ou encobrir outro crime». Fosse ou não (espera-se que não) propósito da lei decidir problemas de concurso — e sem cuidar agora de comentar o novo texto — continua a fazer sentido discutir o problema da relação com a burla, tal como tem sido colocado.

dois bens jurídicos protegidos; o caso, dirá o autor, é caso das duas normas<sup>213</sup>, convoca as duas, há dois desvalores jurídico-penais a reclamar punição; logo, há dois crimes, a não ser que a operação de subsunção dogmática, categorial, encontre algum obstáculo, a falta de certo requisito que impossibilite a aplicação de uma das normas, ou mesmo das duas.

A propósito da tese de Ingeborg Puppe — que faz também deste caso banco de ensaios —, explicou-se já por que razão parece possível e mais correcto considerar que existe, em certas situações concretas que envolvem<sup>214</sup> os preceitos referidos, um só crime de burla. Afinal, um dos elementos deste tipo de ilícito, parte integrante do seu conteúdo, é precisamente o engano ou a indução em erro da vítima; elemento que o legislador levou ao cômputo do desvalor da conduta e, por conseguinte, à definição da moldura penal do crime. Ora, pode provocar-se o engano da vítima de maneiras muito heterogéneas, sendo uma delas o recurso à falsificação documental. Quando isso acontece, *i.e.*, quando o instrumento para enganar reveste a forma de um documento falsificado, a actividade do agente apresenta uma característica penalmente desvaliosa prevista, *não apenas* no preceito da burla (art. 217º do CP), *mas também* em tipo à parte (art. 256º do CP). Sem dúvida. Contudo, a questão decisiva para efeitos de concurso não é essa, mas a de saber se o facto de o meio de indução em erro constituir igualmente matéria de outra norma incriminadora (a falsificação de documento) obriga, de modo necessário, à autonomização do elemento «engano» — do seu desvalor jurídico-penal — relativamente ao delito que o integra (a burla). Repete-se: porque deve este comportamento considerar-se mais grave — dois crimes — do que aquele em que o agente engana através de um meio não-típico, porventura revelador de

---

<sup>213</sup> DUARTE D'ALMEIDA, *O 'concurso de normas'*, p. 18, falando da selecção da norma, usa a expressão «caracterizar o caso como caso da norma». O que se diz em texto tem como referente esta expressão do autor.

<sup>214</sup> Ver-se-á na Parte Segunda deste estudo que todo o concurso nasce de uma dúvida, ao menos metódica, sobre a correcta qualificação jurídico-penal dos factos em apreço. Cfr., *infra*, I e III 1.

maior astúcia e incisividade delituosa? A dupla tipicidade (abstracta) importará em cada caso a duplicação de crimes<sup>215</sup>?

No exemplo em debate, pode admitir-se, sem dificuldade, que a conduta traz consigo — num primeiro momento em que o juiz recorre à experiência que possui dos tipos legais— a dúvida sobre o carácter unitário ou plural da sua antinormatividade penal: ‘caso de burla’ ou ‘caso de burla e de falsificação de documento’. E, todavia, como vem de argumentar-se, tal não impede a conclusão, mais conforme — assim se pensa — com a intencionalidade própria do sistema criminal, de que se está em presença de um único delito.

O caso escolhido por Duarte d’Almeida para ilustrar o melhor desempenho do critério que propõe mostra a fragilidade do mesmo— já atrás assinalada. Onde uma aturada análise do conteúdo de ilícito do comportamento veria um só crime, Duarte d’Almeida reivindica uma pluralidade, um concurso efectivo. Que depois quererá tratar quase como uma unidade de delito.

Questione-se uma vez mais: porque não admite o autor a unidade de sentido do ilícito? Porque não se basta com a aplicação da norma da burla, que prevê todos e cada um dos elementos que caracterizam o caso; todos e na sua exacta concatenação; com o seu inteiro e preciso significado jurídico-penal?

Parte da resposta foi dada: porque a sua operação de convocação da norma aplicável se rege por um critério intuitivo ou de ‘primeira aproximação’; e nesse plano depara-se, sem dúvida, com dois bens jurídicos diferentes, dois tipos legais que convêm ao caso; e quando assim é seleccionam-se as duas normas; e tem-se, por isso, um concurso efectivo; e este significa uma pluralidade de crimes, a não ser que alguma das normas se mostre afinal inaplicável por não preencher os necessários pressupostos dogmáticos.

Convém centrar-se agora neste outro lado do problema: o da incapacidade da dogmática de Duarte d’Almeida para corrigir eventualmente — e por razões materiais — o juízo de ‘primeira aproximação’ formulado em

---

<sup>215</sup> Em relação aos casos nos quais a própria estrutura dos tipos afasta a selecção de um deles — os casos de que Duarte d’Almeida tratou.

sede de concurso. Como já foi explicado, o autor em análise toma a decisão concursal, tanto no sentido do «não-concurso» como no do «concurso de crimes», procurando no universo dos tipos legais aquele ou aqueles cuja intencionalidade corresponda ao conteúdo problemático do caso. Se bem se atentar, tal operação reconduz-se a uma selecção de tipos abstractos. Não se trata de uma selecção formal, como a que critica — e bem — à doutrina maioritária. Não procura o enunciado textual a que possa subsumir o caso.

Contudo, não obstante o critério material que preside à busca, selecciona proposições normativas, naturalmente abstractas; traz à decisão do caso tipos legais inteiros. E com isso se esgota, diz, a valoração do conteúdo de ilícito da conduta, o problema do concurso. O labor ‘dogmático’ que se segue à solução do concurso está, por conseguinte, na tese que se avalia, privado de considerações materiais sobre a mesma; confinado a uma análise formal; impedido de levar a cabo a sua função de determinar o sentido de ilícito, singular ou plural, do concreto comportamento.

Duarte d’Almeida parece esquecer que nem todas as hipóteses que realizam idênticos tipos legais apresentam igual conteúdo de ilícito. E que, por isso, à convocação dos mesmos tipos uma vez segue-se um concurso efectivo e outras um não-concurso. E que tudo — a selecção das normas e a sua interpretação — é tarefa unitária da dogmática. Dividi-la equivale a não compreendê-la, a desfigurá-la, a ficar sem critério bastante para delimitar os concretos factos ilícitos.

Tem razão quando diz que o caso selecciona a norma; que o concurso não é problema de relação entre normas. Mas já dificilmente a mantém ao não precatar-se de que o caso convoca a norma como critério de valoração, de captação do seu peculiar desvalor, não como solução apta à subsunção formal.

Em suma: o padrão decisório do concurso reduz-se, afinal, para o autor em apreço, a dois momentos sucessivos que, pela sua própria índole — um intuitivo e outro formal —, se mostram inaptos para a correcta apreensão do sentido de ilícito do caso concreto, ou seja, da adequada destrição entre unidade e pluralidade de factos-crime.

Se as considerações críticas até agora desenvolvidas se mostrarem acertadas, então deixa de haver lugar para um concurso ideal, *i.e.*, para um concurso efectivo menos gravemente punido. Não porque não se justifique, em muitos dos casos que Duarte d'Almeida integra nessa categoria, uma sanção diferente da que provém do cúmulo jurídico. Mas pela razão de que essas hipóteses representam afinal um único ilícito-típico, pelo que sempre deverá seguir-se, quanto a elas, o normal e justo procedimento de determinação da medida da pena, a partir da moldura prevista para essa mesma unidade criminosa.

E não procederá a crítica — já referida — feita pelo autor português, segundo a qual desse modo se violaria o princípio da legalidade, uma vez que estaria a negar-se a consequência jurídica de um tipo convocado, a desatender-se a relação de implicação existente entre o cumprimento de todos os pressupostos da punição e o desencadear desta. E não procede pela simples razão de que não há mais do que um ilícito-típico a sancionar. A argumentação vai precisamente no sentido de que a quantidade de factos-crime não se resolve com base no número de tipos (abstractos) seleccionados, impedindo que uma valoração concreta, dogmático-material, do 'grande facto' possa a final desdizer essa primeira impressão por ele causada. Não se trata, pois — retoma-se o fio — de um crime que se admite ao lado de outro e depois se ignora na punição; mas antes de um crime que pura e simplesmente nunca existiu, dado que foi cometido apenas um: o outro.

Um confronto rápido e sincopado entre o concurso ideal de Duarte d'Almeida e o de Ingeborg Puppe poderá revelar-se de alguma utilidade para a apreciação crítica da perspectiva do autor português.

Duarte d'Almeida afirma que o problema do concurso é um problema de selecção da norma ou norma aplicáveis; melhor, que só existe concurso a partir do momento em que o caso selecciona ou convoca mais do que uma norma. E que o critério para o saber não pode ser formal-subsuntivo, mas sim material e,



sobretudo, partindo do caso para a norma, não ao contrário. Trata-se de olhar para o facto e procurar no sistema a norma (o tipo legal) cuja intenção incriminadora corresponda ao sentido problemático-jurídico do caso. Se apenas uma, não há concurso; se várias, concurso efectivo. À pergunta «concurso efectivo quer dizer vários crimes?», o autor contestará «sim, embora nalguns casos essa pluralidade criminosa deva punir-se de maneira mais benigna do que noutros». E quais são esses casos? Aqueles em que, entre os vários crimes, se der uma conexão objectiva e subjectiva. E quando acontece tal conexão? Sempre e antes de mais, nas hipóteses que a doutrina maioritária considera como de consunção, *i.e.*, como uma modalidade de cunho teleológico — não lógico — de concurso aparente. É *este* concurso (aparente, na acepção tradicional) que Duarte d'Almeida vê como um concurso efectivo punido de forma mais benigna: um «concurso ideal».

Percebe-se que Duarte d'Almeida alude — ele próprio o revela<sup>216</sup> — ao mesmo tipo de conexão normativa (não naturalística) que está na base do concurso ideal de Ingeborg Puppe e que corresponde, portanto, a uma punição do 'grande facto' dentro da moldura penal abstracta do mais grave, com alguma influência da sanção dos outros tipos. Prossiga-se o cotejo entre os dois autores, no mesmo estilo directo e impressivo.

Para que constrói Puppe este concurso ideal, quando o seu critério leva a reconhecer um só crime singular nos precisos casos em que a doutrina 'clássica', na base da ideia da consunção (pura), já reconhecia estar perante uma unidade criminosa? Explicou-se acima que a penalista alemã necessita, antes de mais, de dar conteúdo útil ao § 52 do *StGB* e encontrar uma alternativa ao critério tradicional e injusto, de cunho naturalístico — aquele segundo o qual existe concurso ideal quando os tipos forem realizados através de uma só acção. Com a sua ideia, devolve ao concurso real casos que nunca dele deveriam ter saído: o tiro que mata duas pessoas, a pedra que atinge a montra e fere quem nela trabalhava, etc. Por outro lado, retira ao concurso aparente (puxando-as para a *Tateinheit*) hipóteses que entende insuficientemente

---

<sup>216</sup> DUARTE D'ALMEIDA, *O 'concurso de normas'*, p. 92 s.

punidas, se deixadas num quadro sancionatório de absoluta ineficácia do outro ou outros tipos que o caso também convoca.

Ora, é apenas neste derradeiro segmento que, de um ponto de vista substancial, Duarte d'Almeida se encontra com Puppe. Repare-se. O autor português não tem um § 52 para interpretar. Tão-pouco precisa de um concurso ideal para obstar a injustiças graves de punição. Nem por defeito, nem por excesso. Na verdade, os casos atrás referidos como insuficientemente sancionados na Alemanha e que Puppe reconduz à pluralidade criminosa — o disparo duplamente mortal, etc. — constituem já, para o CP, concurso efectivo.

Restam as hipóteses trazidas da 'antiga' consunção<sup>217</sup> que Duarte d'Almeida identifica como concurso ideal. As únicas, por conseguinte, onde o propósito do autor vem a coincidir com o da penalista germânica. Ainda aí, porém, se regista uma diferença. Ingeborg Puppe jamais coloca a possibilidade de sancionar tais casos nos quadros da verdadeira acumulação de crimes; o seu ponto consiste em que se note a diversidade desta unidade criminosa (a do § 52 do *StGB*) por referência à unidade de crime simples. Já o autor português, em face das mesmíssimas hipóteses, admite que, posto perante a alternativa de as punir em concurso aparente ou sujeitá-las ao regime do concurso real, optaria por este último. Procura, é certo, para esses crimes conexos e sempre dentro do concurso efectivo, uma regra sancionatória menos dura; mas ao mesmo tempo confessa que *não* lhe pareceria errado integrá-los no cúmulo jurídico. Quer dizer, Duarte d'Almeida ultrapassa Puppe no seu afã de que nada fique por punir. Prefere assimilar o 'seu' concurso ideal ao real a tratar a consunção nos quadros da unidade de delito.

Em conclusão: o que para Ingeborg Puppe e o seu *StGB* pode significar um ganho, não parece sê-lo entre nós. Duarte d'Almeida persegue um *aggiornamento* metodológico, mas o seu critério desvia-se da natureza específica do ilícito penal e conduz, porventura, a um exagero sancionatório.

Um concurso efectivo menos grave parece, pois, carecer de espaço no ordenamento criminal português. Lá onde, segundo Duarte d'Almeida, se

---

<sup>217</sup> Não são as únicas, mas sim o sector mais significativo.

haveria de sentir a sua falta, encontra-se, bem vistas as coisas, uma unidade de ilícito. E onde realmente se apresentem — a uma valoração criminal — dois ou mais ilícitos, não se vê por que motivo a pena justa não há-de resultar do cúmulo jurídico.

## 2. *A tese de Moutinho*

Compreender a tese de José Moutinho sobre o concurso de crimes, o fio condutor do seu pensamento nessa matéria, obriga a abrir o CP no seu art. 30º e a lê-lo como quem nele procura, pela primeira vez, a chave do problema.

O problema do concurso consiste em separar a unidade da pluralidade de crimes, no pressuposto de que se analisa a actuação de um só agente. Dito de outra maneira, trata-se de contar delitos, de averiguar o seu número. A chave da questão estará pois em discernir qual a «unidade de conta». E fazê-lo, não como quem equaciona um tema em geral, mas tentando chegar à solução concreta que para ele pensou o legislador português. Esta é a opção do autor: pôr a descoberto o que resulta da lei vigente — art. 30º do CP e regimes punitivos para os quais remete — sobre o concurso<sup>218</sup>.

Desse labor interpretativo, Moutinho retira as seguintes conclusões:

A lei portuguesa conta os crimes de acordo com o número de «tipos de crime» que o autor «efectivamente» comete. O «tipo de crime», para este efeito, é o tipo legal de crime, quer dizer, o tipo abstracto da parte especial, entendido em sentido amplo, nunca o tipo sistemático ou o tipo de ilícito, categorialmente oposto à culpa; o «tipo de crime» é a previsão da norma incriminadora que, uma vez preenchida, dará lugar à consequência jurídica. O «tipo de crime» e o facto-crime que lhe corresponde estão portanto previstos na sua inteira abrangência: tanto nos momentos que definem o delito enquanto tal («estrutura essencial ou nuclear», invariável), como nas circunstâncias que rodeiam cada realização concreta («estrutura accidental ou periférica», variável)<sup>219</sup>.

---

<sup>218</sup> Veja-se, para a interpretação do art. 30º CP, MOUTINHO, *Da unidade à pluralidade dos crimes*, p. 93 s.

<sup>219</sup> José Moutinho chama a atenção para o facto de os tipos legais — tal como os factos — possuírem uma estrutura que abrange não apenas os aspectos essenciais do crime mas

Conclui o autor: usando este critério, pode afirmar-se como crime simples — pura unidade — qualquer actuação que seja exaustivamente regulada por um único «tipo de crime», *i.e.*, que caiba, em toda a sua extensão penalmente relevante, na previsão de uma norma incriminadora; e ainda a conduta cuja «estrutura essencial» coincida com a do tipo legal e cuja «estrutura accidental» não exceda o modo normal (os modos normais) de acontecer do mesmo tipo. As coisas devem ver-se assim, também na hipótese em que o concreto modo de praticar o facto constitua o núcleo desvalioso de uma outra norma incriminadora. Esta será afastada do caso, pela simples razão de que quando um tipo regula exaustivamente um facto, nenhum outro poderá acrescentar algo a essa regulação: se ela se mostra «exaustiva», deve reconhecer-se-lhe igualmente a «exclusividade» na aplicação ao caso. Como está bem de ver, Moutinho delimita desta maneira o que chama «concurso aparente de normas» ou «não-concurso»<sup>220</sup>.

E afirma depois: o que está para além da unidade de crime simples — do facto exaustivamente regulado por um tipo da Parte Especial — constitui um espaço que sai fora do domínio normativo de cada preceito incriminador<sup>221</sup>.

---

também os momentos accidentais que os individualizam e utiliza as expressões que no texto aparecem entre aspas (MOUTINHO, *Da unidade à pluralidade dos crimes*, p. 319 s). Diz ainda concretamente — aproximando deste modo a estrutura accidental do delito das circunstâncias que intervêm na determinação da medida concreta da pena (art. 71º, nº 2 CP) — que é a inclusão dessa estrutura periférica no tipo especial que legitima que o sistema sancionatório seja de pena variável (moldura penal) para uma mesma estrutura essencial, e não de pena fixa (cfr. *ibidem*, p. 389 e s). Esta consideração estará na base das soluções concursais a que chega.

<sup>220</sup> Ao contrário de outros adeptos do novo concurso ideal — Duarte d'Almeida e Figueiredo Dias —, Moutinho integra a consunção no seu concurso aparente de normas ou não-concurso, explicando-o deste modo: «Raiz última da consunção [...] é o facto de o crime, na sua estrutura e significado valorativo, ir além da sua estrutura essencial, de modo que a norma incriminadora o alcança e esgota não só nessa sua estrutura, mas ainda na sua estrutura accidental» (MOUTINHO, *Da unidade à pluralidade dos crimes*, p. 1019). E um pouco antes citara Cavaleiro de Ferreira: «a perplexidade da doutrina [...] não atenta suficientemente na relevância jurídica que, geralmente, os factos anteriores, concomitantes ou posteriores impunes mantêm, aumentando a gravidade do crime principal como elemento accidental do crime em que se integram» (CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito penal português* I, p. 184).

<sup>221</sup> Moutinho repete, como ideia rectora do seu discurso concursal, que «o significado geral da norma incriminadora principal [é este]: se este agente e só este cometer este crime e só este, a sua punição é esta e só esta». Por conseguinte, está ausente da norma incriminadora a regulamentação de todos os restantes casos, seja qual for a respectiva estrutura e relevância. Ou seja, com palavras do autor: «desta limitação das singulares normas incriminadoras

E é essa «lacuna», assim se exprime o autor, que o art. 30º do CP se destina a integrar. Só essa lacuna. A intenção legislativa não passa, portanto, pela delimitação do concurso aparente relativamente ao verdadeiro concurso de crimes: o preceito «serve apenas para diferenciar as várias formas de concurso *efectivo* de normas»<sup>222</sup>; para separar dos restantes, dentro do universo dos casos que não cabem num só tipo legal, os que ainda configuram uma unidade criminosa. O texto legal, sustenta Moutinho, cria duas realidades concursais: o «concurso de crimes», que reúne delitos independentes ou desconexos, definitivamente plurais, ligados tão-só na pessoa do seu agente; e a «conexão de crimes», unidos não apenas quanto ao sujeito mas também quanto ao conteúdo, à estrutura típica. Só da primeira se pode dizer, com a lei, que contém um número plural de tipos de crime *efectivamente* cometidos. A segunda recolhe os factos que violam mais de um tipo, mas *não efectivamente*, ou seja, não os preenchendo todos de modo integral. Vistas as coisas assim, não é apenas o nº 2 do preceito que reduz à unidade uma concreta forma de concatenação de delitos, chamando-lhe crime continuado; o nº 1 alberga (tipifica indirectamente) outras «conexões de crimes», utilizando também esse conceito analógico de unidade (em parte igual e em parte diferente da unidade do crime simples).

A categoria da «conexão de crimes» exige um esclarecimento suplementar. Trata-se, como foi referido, de uma unidade especial, analógica, que não se confunde com a unidade do crime simples, e sai ao encontro daqueles casos da vida real que, na sua variada complexidade, não cabem por inteiro na estrutura de um só tipo e tão-pouco ocupam de modo cabal a estrutura de dois. Casos assim possuem circunstâncias que, mantendo-se tais, *i.e.*, continuando a configurar um concreto modo de preparar, executar ou aproveitar um crime principal, extravasam contudo os limites normais — o limite máximo — da estrutura accidental deste último. Com palavras de Moutinho: na conexão de crimes, um dos tipos preenchidos vem ocupar o lugar

---

especiais resulta um amplo espaço de indefinição» — a 'lacuna' de que se fala a seguir (MOUTINHO, *Da unidade à pluralidade dos crimes*, p. 287).

<sup>222</sup> MOUTINHO, *Da unidade à pluralidade dos crimes*, p. 1102-1103.

de «circunstância *excessiva*» de outro, razão que de algum modo o unifica e, simultaneamente, faz dele mais do que um crime, mas menos do que dois — crime e meio, afinal<sup>223</sup>. Daí decorrendo a necessidade de modificar, adaptando-os ao facto real, por um lado, os tipos de crime e, por outro (mas no mesmo sentido), os tipos de pena. Em definitivo e sempre segundo o autor: recriar-se-ia nesta figura, embora de modo indirecto, algo de semelhante ao que o legislador leva a cabo quando funde/reúne num só tipo complexo dois outros tipos que todavia, fora dele, continuam a existir separadamente<sup>224</sup>.

Como «conexão de crimes» classifica Moutinho, além do crime continuado, o concurso ideal (que recorta em moldes normativos<sup>225</sup>) e a consunção impura de Eduardo Correia<sup>226</sup>. Afinal, casos assimiláveis a um concurso parcial, comenta o autor, atribuindo à expressão o significado de «concurso parcialmente aparente e parcialmente efectivo entre os tipos de crime e de pena», querendo, pois, sublinhar que há elementos comuns entre os factos típicos<sup>227</sup>.

Para punir a nova figura, parece-lhe lógico o regime da exasperação<sup>228</sup>: expressamente previsto, no art. 79º do CP, para a continuação criminosa, mas

---

<sup>223</sup> Quando o limite máximo da estrutura accidental de cada tipo de crime é excedido, o facto «deixa de ser um só e o mesmo crime». «Fica a meio caminho entre o totalmente uno e idêntico e o totalmente múltiplo e diverso [...] é simultaneamente o mesmo, mas já não é o mesmo, é um só, mas não é só um: é um intermédio, uma conexão de crimes» (*ibidem*, p. 436-437).

<sup>224</sup> Ver *ibidem*, p. 1162.

<sup>225</sup> Fá-lo à maneira de Puppe, embora critique a autora alemã (cfr. *ibidem*, p. 1153 e p. 1159): a conexão do art. 30º, nº 1 CP alcança casos habitualmente considerados como concurso ideal (veja-se *ibidem*, p. 1191 s).

<sup>226</sup> Ao tratar de resolver um problema concursal concreto, MOUTINHO conclui: «Estariamos [...] diante de um lídimo caso de concurso efectivo de normas — aquilo que na terminologia de EDUARDO CORREIA se chama um caso de consunção impura» (*ibidem*, p. 986). Note-se que o autor faz a equivalência apenas num sentido, *i.e.*, a consunção impura de Eduardo Correia constitui sempre uma categoria do seu concurso efectivo de normas, mais exactamente, da sua «conexão de crimes». Porque, naturalmente, nem todo o seu concurso efectivo de normas, nem sequer toda a sua conexão de crimes são «consunção impura» de Eduardo Correia (veja-se, também, *ibidem*, p. 666 e s).

<sup>227</sup> Não que se dê uma necessária sobreposição de actos de execução de vários tipos — afinal os elementos comuns podem corresponder a um acto preparatório ou de aproveitamento de um crime que constitui a própria estrutura accidental do outro (cfr. *ibidem*, p. 1150-1151).

<sup>228</sup> Veja-se MOUTINHO, *Da unidade à pluralidade dos crimes*, p. 1163 s.

igualmente indicado — dada a analogia estrutural de todos os casos de conexão<sup>229</sup> — nas restantes hipóteses.

À maneira de uma observação final, sublinhe-se que, subjacente à análise de José Moutinho, está a rejeição de um mundo concursal feito da contraposição entre a absoluta unidade e a absoluta pluralidade criminosas. Da unidade à pluralidade estende-se uma gradação ou uma variedade de estádios, que tornam preferível e mais real recorrer a uma ideia analógica das coisas e falar de unidade mesmo em hipóteses que encerram aspectos de pluralidade e vice-versa. Ponto é que a pena final reflecta com justeza a realidade a sancionar.

Do que fica dito sobre o pensamento concursal de José Moutinho — e passando deste modo à sua apreciação crítica — ressalta a ausência de um princípio material ao qual possam reconduzir-se as soluções que apresenta. Reconhecendo no problema do concurso a questão do uno e do múltiplo em direito penal, *i.e.*, da destriça entre a unidade e a pluralidade de infracções, o autor faz depender a sua argumentação de uma análise de predominante teor filológico-gramatical do art. 30º do Código, sem a ancorar numa qualquer ideia substancial de crime, sem lhe fornecer um adequado enquadramento dogmático.

Que uma concreta actuação humana consubstancie um ou vários delitos é assunto que José Moutinho decide em sede de «formas especiais do surgimento da infracção», através, por conseguinte, de um juízo (valorativo) global, que pressupõe a verificação positiva do tipo, do ilícito, da culpa, da punibilidade e, até, das circunstâncias com relevo para a medida da pena presentes em cada um dos segmentos do comportamento em causa. Neste sentido, o próprio autor classifica o concurso como uma forma de crime<sup>230</sup>.

---

<sup>229</sup> Os aspectos que diferenciam as várias conexões de crimes (que não o crime continuado) «são aspectos estruturais com posição e significado globalmente análogos às notas definitórias do crime continuado» (*ibidem*, p. 1181). Por outro lado, para indicar a ordem de exposição que segue, o autor indica — sem qualquer pretensão de as esgotar — possíveis formas de conexões de crimes: conexão teleológica e conexão causal; e ainda, conexão por unidade de comportamento ou de resultado e continuação criminosa (*ibidem*, p. 1182).

<sup>230</sup> Cfr., por exemplo, a p. 287 da obra que se vem citando.

Sustenta que o crime, no âmbito da teoria do concurso, não se identifica com o crime da doutrina geral da infracção. Trata-se, em seu entender, de conceitos que pertencem a campos problemáticos diferentes. Desde logo, o tipo da doutrina geral estaria pensado para a análise de um só crime *isolado* ou, se se preferir, orientado para a fixação das condições mínimas que uma conduta deve apresentar para que possa conduzir legitimamente a uma pena; não para um problema de eventual pluralidade de infracções<sup>231</sup>. Depois, o art. 30º não mandaria contar delitos em geral, mas delitos em especial, como exige o *nullum crimen*. Além disso, se tal preceito, como pretende o autor, visa distinguir duas modalidades de «concurso efectivo de normas» — por um lado, a «conexão de crimes», lugar dos comportamentos que, contendo embora elementos de pluralidade, estão mais próximos da unidade de delito e merecem ser sancionados como tal e, por outro lado, o «concurso de crimes», onde a uma clara multiplicidade de infracções deve corresponder a pena do concurso<sup>232</sup> —, então não pode deixar de apelar para todos os momentos do facto que de qualquer modo condicionem a consequência jurídica a aplicar-lhe<sup>233</sup>. Por último, o argumento fácil: se o concurso diz respeito à contagem de delitos, como pretender resolvê-lo apelando para uma só das categorias dogmáticas — no caso, o tipo — quando a eventual falta de qualquer das outras, como a ilicitude ou a culpa, impediria a existência do presumível crime (e sua pena)<sup>234</sup>?

Por estranho que pareça, é o próprio autor a abdicar da consideração do sentido do facto-crime; a afastar das suas preocupações, em matéria de concurso, a questão do «sistema adequado à teoria geral do crime»<sup>235</sup>. Não

---

<sup>231</sup> Veja-se MOUTINHO, *Da unidade à pluralidade dos crimes*, p. 218.

<sup>232</sup> Como se disse *supra*, o art. 30º CP destinar-se-ia, na concepção de José Moutinho, a separar do «concurso de crimes» (e do cúmulo jurídico do art. 77º) a figura da «conexão de crimes» (a punir segundo o sistema de exasperação).

<sup>233</sup> MOUTINHO, *Da unidade à pluralidade dos crimes*, p. 199.

<sup>234</sup> *Ibidem*, p. 211.

<sup>235</sup> A citação completa é a seguinte: «Neste momento convém recordar que o objecto do presente estudo não é nem o amplo e complexo problema do sentido do “tipo de crime” no actual momento da ciência jurídico-penal, nem o problema, não menos amplo e complexo, da análise do crime e correlativamente do sistema adequado à teoria geral do delito. Visa-se tão-só esclarecer o problema da unidade e da pluralidade das infracções dos termos do Direito penal português actualmente vigente. É, por isso, em função das necessidades deste que deve ser delimitado o âmbito do campo problemático, sendo metodologicamente rejeitável e



repara Moutinho que, ao fazê-lo, está precisamente a prescindir do critério material de que necessita para encher de conteúdo e tornar operativas as fórmulas estruturais que apresenta como resposta à questão do concurso. Não se apercebe, talvez, de que, renunciando a compreender onde radica o sentido da antinormatividade penal, se torna do mesmo passo incapaz de interpretar correctamente o próprio art. 30º do CP, assim como cada um dos preceitos incriminadores e as relações porventura existentes entre eles. Despidos de uma noção material de «facto típico», os textos da lei transformam-se em proposições dispersas, a apreciar de acordo com o uso habitual da linguagem, a serem deixadas, afinal, à intuição qualificada (mas intuição) do julgador.

José Moutinho estará por certo convicto de encontrar mais elementos para um correcto juízo do facto, da sua unidade ou pluralidade, considerando a matéria do crime como um todo incindível, de um modo, por conseguinte, ‘dogmaticamente indiferenciado’. No entanto, se bem se vêem as coisas, tal opção acaba por esbater as diferenças entre as várias categorias dogmáticas, perdendo-se o específico contributo que de cada uma se espera na resolução dos distintos problemas jurídico-penais<sup>236</sup>.

A negação da utilidade do sistema — ou de determinado ‘degrau’ categorial — para a dilucidação da dúvida respeitante ao número de crimes praticado por um agente pode significar uma de duas coisas. Ou que quem produz tal afirmação se revê numa concepção pobre, automatizada, de índole marcadamente exegética do labor dogmático. Ou que se trabalha com um sistema em si mesmo pouco aperfeiçoado, incapaz por isso de encontrar dentro dos seus recursos a resposta que se procura. Esta última nota traduz o que se

---

imprudente alargar o âmbito da discussão para além do que é imposto pelo fim que nos propomos» (*ibidem*, p. 208).

<sup>236</sup> Não se ignora a natureza puramente instrumental da dogmática relativamente ao facto-crime. Ou, de outra forma, que as categorias dogmáticas não passam de momentos analíticos da unidade que caracteriza toda a acção da pessoa e, portanto, também a acção criminosa. É precisamente por isso que deve recorrer-se à dogmática e às suas categorias quando se trata de resolver questões. A resposta a um problema no quadro deste ou daquele plano dogmático significa sempre a solução do mesmo em conformidade com certa concepção do direito e da infracção penal. No mesmo sentido — a propósito das construções de Beling e de Welzel —, afirmando que todo o sistema dogmático se traduz na desimplicação de uma ideia material de crime 'pré-suposta', ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, Parte I, Tít. III, Cap. II 1. (texto correspondente à nota 43) e 4. (texto da nota 275).

passa com os sistemas clássico e neoclássico: necessitam do recurso às formas especiais do crime, a um momento ‘pós-dogmática-geral’, para abarcar as hipóteses em que a actuação não cumpre, directamente, o cânone previsto em cada tipo legal — uma só realização típica, consumada e levada a cabo por um único sujeito. Ao tratar o concurso como uma forma especial do crime, José Moutinho está a tomar implicitamente partido por um sistema de tipo clássico ou neoclássico. De ilícito objectivo, portanto. Ainda que não adopte, em tese geral, essa concepção.

Deve observar-se, apesar de tudo, que, por sobre este *deficit* sistemático (ou mesmo prescindindo de qualquer opção explícita nesse domínio), seria ainda possível ao autor encontrar e propor, para o modelo de concurso que defende, um princípio material operativo. Na verdade, Eduardo Correia, com os seus quadros de ilícito objectivo, indicou com clareza um critério material de destrição entre a unidade e a pluralidade de delitos. Moutinho, porém, não o faz. Apresenta uma ideia baseada na estrutura das normas incriminadoras e dos factos que lhes correspondem. Ideia, aliás, motivada por uma preocupação correcta e justa, a merecer concordância. Qual seja a de assentar o problema do concurso no «mundo da vida», arrancando-o assim ao mero jogo das relações formais entre normas; a de trabalhar com um crime ‘real’, com um facto já valorado — nem puro facto, nem pura qualidade desvaliosa<sup>237</sup>. Todavia, repete-se, a nitidez (aliás indispensável) da distinção entre um crime e mais do que um crime — entre o «não-concurso», a «conexão de crimes» e o «concurso de crimes», para usar a tripartição do autor — não se compadece com simples fórmulas estruturais, a preencher segundo interpretações de cunho literalista dos vários tipos da parte especial.

Recordem-se os parâmetros decisórios do autor:

---

<sup>237</sup> «O crime, enquanto fundamento da pena, nem é um facto real informe, nem é uma pura forma sem realidade; não é o “facto”, não é o “desvalor”, mas o facto desvalioso» (MOUTINHO, *Da unidade à pluralidade dos crimes*, p. 352).

a) Dá-se um não-concurso quando, das duas ou mais normas aparentemente convocadas pelo caso, uma delas se revela «capaz de o ilustrar e punir exhaustivamente»<sup>238</sup>.

b) Tudo o que ultrapasse o crime simples — mesmo que ‘vindo’ da operação que descobre os casos de não-concurso — é concurso efectivo de normas, ou seja, reclama o complemento de mais de uma norma para a sua completa valoração. E o concurso efectivo de normas não está previsto em cada norma incriminadora. Constitui, portanto, uma lacuna de regulamentação, a resolver em sede de art. 30º e 77º e seguintes.

c) Existe uma conexão de crimes — não um concurso de crimes — quando um deles se mostra como circunstância do outro, mas «circunstância excessiva», *i.e.*, com um conteúdo que vai para além dos modos normais — e, portanto, ainda previstos e sancionados pela norma incriminadora — de perpetração do delito.

As palavras-chave são claras: norma que regula exhaustivamente o caso; na sua ausência, lacuna de regulação a exigir a aplicação do art. 30º do Código; circunstância integrante da estrutura accidental do facto ou circunstância que excede a referida estrutura. Mas suscitam de imediato a pergunta: e quando se dá a referida lacuna? A partir de que momento sai um caso do domínio de regulação exhaustiva de um tipo incriminador?

Não basta apontar para a estrutura do tipo e também do facto, dizer que é bipartida — núcleo e circunstâncias —, para habilitar o intérprete a distinguir, em concreto, um facto que está inteiro na dupla estrutura da norma e outro que, pelo contrário, contém elementos que o fazem exceder a estrutura accidental da mesma e, desse modo, o âmbito do crime simples. A falta de um critério material torna-se talvez mais notória a partir da comparação de casos de estudo.

José Moutinho serve-se, na sua exposição e entre outros, do exemplo que vem acompanhando desde Puppe a controvérsia sobre o concurso ideal: a relação entre burla e falsificação de documento, quando esta serve de meio à

---

<sup>238</sup> «Fundamento e critério do concurso aparente de normas é a índole de regulação exhaustiva da norma incriminadora — no sentido de que ela identifica exhaustivamente o caso e a correspondente solução» (*ibidem*, p. 897).

perpetração da primeira<sup>239</sup>. Não se duvida em dar razão ao autor quando afirma que, atento o seu recorte fundamental, entre os dois tipos se observará, por princípio, um «concurso aparente de normas»<sup>240</sup>. Para tanto, Moutinho recusa — e bem — um critério puramente lógico-formal na apreciação do «não concurso»<sup>241</sup>. Assegura que uma das normas incriminadoras regula exaustivamente — logo, exclusivamente — o caso, já que a matéria de um dos tipos faz parte da estrutura accidental normal do outro<sup>242</sup>.

Logo a seguir, porém, afirma que, se a hipótese envolver os ‘mesmos’ crimes na forma agravada ou qualificada (*i.e.*, os arts. 218º e 256º, nº 3, do CP), estar-se-á perante uma «conexão de crimes». Motivo: a agravação faz com que esse tipo deixe de integrar a estrutura accidental normal do outro, para se tornar circunstância excessiva do mesmo. À pergunta sobre o porquê desta mudança (afinal em ambos os casos a contrafacção «é um modo de preparação e execução da burla»), Moutinho responde: a burla integra uma falsificação de documento *simples*, enquanto modo possível e normal de a executar; mas «já não está preparada [nem na forma simples nem na qualificada] para alcançar e esgotar os casos de falsificação de documento autêntico ou equiparado (e seu

---

<sup>239</sup> MOUTINHO, *Da unidade à pluralidade dos crimes*, p. 1161 s.

<sup>240</sup> Note-se que Moutinho admite sem dúvidas o não-concurso entre falsificação e burla simples, afirmando que a falsificação regula exaustivamente o caso. Mas o inverso — burla contendo em si, como modo de execução, o tipo da contrafacção — já não: aceita essa hipótese, mas com hesitações (*ibidem*, p. 1161). Não se pense, contudo, que a opção pela prevalência da falsificação de documento tem a ver com o sentido jurídico-penal do facto; prende-se, antes, com a estrutura das normas (ver *infra*, nota 242) e, muitas vezes, com uma interpretação demasiado literal das mesmas.

<sup>241</sup> Trata-se aliás de um ponto em que critica duramente a autora alemã (cfr. MOUTINHO, *Da unidade à pluralidade dos crimes*, p. 1159).

<sup>242</sup> *Ibidem*, p. 978 e s, em especial p. 983-989. Convém mostrar o raciocínio do autor a propósito do caso em estudo. O crime de falsificação de documento apresenta uma estrutura de delito de intenção: consuma-se no próprio momento do forjar do documento falso, antes, por conseguinte, de se ver (ou não) cumprida a intenção exigida pelo tipo — a causação de prejuízo a outra pessoa. Logo, «o objecto a que se dirige a intenção do autor [— o prejuízo de outrem, que pode ser patrimonial ou não —], embora não faça parte da estrutura essencial do tipo, ainda integra a sua estrutura accidental, sendo ainda alcançado e esgotado pelo tipo de crime» (p. 981). Tal como acontece em todos os casos de concurso aparente de normas ou não-concurso, a norma da burla que (na aparência) concorre com a da falsificação, na verdade não chega a tocar o caso: «os âmbitos de aplicação [das duas normas] delimitam-se perfeitamente: onde uma chega a outra não alcança; os casos previstos numa não estão previstos na outra: *lex legi derogat*» (p. 881); «a relação em que, realmente, as normas em concurso aparente estão sempre é de heterogeneidade» (p. 883).

ulterior uso) praticada com esse fim. Este último é um modo de preparação (e execução) *excessivamente grave* para as suas forças»<sup>243</sup>. Em definitivo: o tipo de burla pode regular sozinho casos em que o meio enganoso passa por uma contrafacção de documento; trata-se de um modo, como tantos outros, de preparar e executar tal crime contra o património, integrando-se, por isso, na sua estrutura accidental. Já não, porém, se o documento for autêntico. «A burla [...] alcança e esgota o modo de execução. Mas não aquele»<sup>244</sup>: é demasiado grave.

E, do ângulo reverso: a norma incriminadora da falsificação e uso de documento — simples ou autêntico, tanto importa —, pode abranger um prejuízo patrimonial para outrem, mas «já não está preparada para alcançar e esgotar prejuízos patrimoniais *elevados* (...). Ela [a incriminação] conta com outras consequências do facto (...) que não esse prejuízo patrimonial elevado, pelo que este coloca o caso para além dos limites regulativos da norma e ela deixa de se poder aplicar ao caso sem adaptação.» E insiste: a incriminação «conta com a possibilidade de produção de um prejuízo patrimonial. Não porém aquele»<sup>245</sup>. Em suma: o ponto de ruptura com o não-concurso é pois função directa da magnitude do prejuízo patrimonial ocasionado.

Repare-se que não basta a Moutinho — como bastava a Puppe ou a Duarte d'Almeida — o facto de a falsificação estar prevista em tipo autónomo ao da burla, para de imediato saltar para um concurso ('ideal', mas concurso) entre os dois preceitos. Moutinho sai da unidade de crime por causa da excessiva *gravidade* da contrafacção, que a faz ultrapassar a simples condição de meio de execução do crime patrimonial. O mesmo deve dizer-se partindo da falsificação de documento que causa um prejuízo patrimonial elevado. Volta a ser a *gravidade* do prejuízo patrimonial a impedir que se considere o facto um só delito de contrafacção, e o prejuízo uma consequência normal do mesmo.

---

<sup>243</sup> MOUTINHO, *Da unidade à pluralidade dos crimes*, p. 1161 (itálico nosso).

<sup>244</sup> *Ibidem*, p. 1161.

<sup>245</sup> *Ibidem*, p. 1161.

Continuando à procura da fronteira entre a gravidade da falsificação ou do prejuízo ainda integrável no tipo principal e aquela que Moutinho considera já excessiva, *i.e.*, mantendo a pergunta sobre o critério que define o seu traçado, depara-se com a ausência de uma razão material. O problema encontra a sua resolução num mero jogo de formulações típicas. Por diferentes palavras: a falsificação documental como meio de execução da burla forma, com esta, um «não-concurso» — o comportamento não excede o art. 217<sup>o246</sup> —, desde que não entre na descrição legal da falsificação agravada (nº 3 do art. 256º do CP). O mesmo se diga para a relação inversa: a burla cabe numa contrafacção documental, não excedendo a estrutura do art. 256º, desde que a gravidade do prejuízo patrimonial provocado não a converta num crime do art. 218º (burla qualificada). Mais uma vez, portanto, a aparência ou a efectividade do concurso de normas, quer dizer, a capacidade (ou a falta dela) de um preceito incriminador para regular sozinho certos factos depende, não dele próprio, do seu âmbito de protecção — e do significado jurídico-penal do facto —, mas do modo como o legislador desenhou outros tipos legais.

Repisando o argumento: José Moutinho concede que a contrafacção de documento constitui meio de preparação e execução da burla; logo, que pertence à sua estrutura accidental, que apenas a norma da burla é chamada ao caso, não concorrendo efectivamente com qualquer outra. Por que razão reconsidera o problema e lhe dá solução diferente, sempre que a contrafacção preencha literalmente um dos casos que o art. 256º considera de maior gravidade? Terá essa maior gravidade repercussão sobre a circunstância de o documento contrafeito esgotar o seu potencial criminoso naquela burla isolada?

Mudará o sentido unitário ou plural do comportamento em causa, a circunstância de simultaneamente preencher dois tipos legais determinados? Será necessariamente mais grave uma burla praticada através de um vale de correio contrafeito (art. 256º, nº 3 do CP) do que outra que utiliza um documento não autêntico ou equiparado, mas igualmente falso?

---

<sup>246</sup> Ou qualquer dos outros tipos, mesmo qualificados, de burla.

José Moutinho continua a socorrer-se da estrutura das normas, da interpretação literal das mesmas, da moldura penal abstracta que ostentam; mantém também o paralelo com a estrutura do facto correspondente à norma incriminadora. Parece, todavia, continuar a esquecer o sentido jurídico-criminal desse facto. A ilustrá-lo note-se o seguinte.

O autor segue Puppe quando admite que a análise dos tipos em conexão pode partir indistintamente de um preceito ou de outro, que sempre alcançará o mesmo resultado: o caso configurará só um tipo de burla ou só um tipo de contrafacção de documento (se cada um deles, por separado, o puder esgotar); negando-se o não-concurso, então a hipótese passará a burla/falsificação ou a falsificação/burla, a punir, certamente, na moldura penal mais gravosa. Parece, assim, que o autor consegue encontrar a correcta fórmula sancionatória do comportamento complexo, sem no entanto fixar qual o sentido jurídico-criminal do mesmo. Com efeito, na perspectiva de José Moutinho, deverá afirmar-se que o agente praticou uma burla, agravada pelo meio utilizado, ou, diferentemente, uma contrafacção mais gravosa, dado o avultado prejuízo patrimonial que originou?

Como já foi dito<sup>247</sup>, pode acontecer que a contrafacção encerre em si um potencial enganador extensível a muitos outros delitos — falsificar o próprio registo predial e não apenas uma certidão do mesmo. E, nesse caso, não será o próprio sentido criminoso do facto a desdobrar-se, de modo a que deva afirmar-se um verdadeiro concurso de crimes? Tal como Puppe, Moutinho não pode admitir tal qualificação: impede-lho a comunidade parcial de elementos entre os dois tipos, o facto de um constituir circunstância, ainda que excessiva, do outro. E regressa a questão básica: o 'preconceito' estrutural parece prejudicar a correcta apreciação do significado jurídico-penal do facto.

Retomando o ponto de partida destas observações à proposta de José Moutinho: subjacente às soluções apresentadas — em especial a da criação de

---

<sup>247</sup> Cfr., *supra*, Cap. V, a referência a este caso, a propósito da análise que Puppe dele faz.

uma nova categoria, a «conexão de crimes», com características análogas à do novo concurso ideal, com raiz em Puppe —, encontra-se uma preocupação de justiça punitiva que não logra, contudo, concretizar-se num critério material e controlável de destrição entre o delito regulável exaustiva e exclusivamente por um tipo legal e aquele outro que, indo para além dele, não perfaz contudo dois crimes inteiros. Ficam soluções casuísticas, resultantes de uma interpretação carecida de uma ideia material de facto-crime, de um enquadramento dogmático que aponte critérios constantes de valoração jurídico-penal. Tanto do art. 30º CP como das normas da Parte Especial.

Não se afirma que não exista a preocupação, por parte do autor, de analisar todas e cada uma das categorias do concurso aparente, todos e cada um dos casos que aponta como de «conexão de crimes» e por que razão se distinguem do autêntico concurso de delitos. Tão-pouco se diz que não haja critério ao fazê-lo. O que se aponta ao esforço de Moutinho é não ter logrado encontrar e empregar um princípio de valoração material, jurídico-penalmente fundado, que permita ao juiz determinar quantas vezes deve censurar ao agente o seu comportamento contrário ao ordenamento criminal.

### ***3. A tese de Figueiredo Dias***

Em data recente, Figueiredo Dias afasta-se da sua posição tradicional e aproxima-se do pensamento de quantos procuram criar espaço para uma forma intermédia de concurso, entre o concurso aparente (ou não concurso) e o concurso efectivo na sua modalidade mais evidente, mais nítida quanto à pluralidade de crimes que alberga. Segue, por conseguinte, a reconformação normativa do ‘concurso ideal’, levada a cabo por Ingeborg Puppe<sup>248</sup>.

Recorde-se que, na procura de uma solução satisfatória para o problema criado pela divisão imposta pelo *StGB* entre concurso ideal e concurso real,

---

<sup>248</sup> A posição actual chegou ao grande público com a 2ª edição (2007) do seu manual de direito penal: FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal I*, Cap. 41 a 43. O autor faz expressa referência ao contributo dogmático de Puppe para a distinção que leva a cabo entre concurso efectivo/ concurso aparente.



com notável diferença de regime sancionatório, e por não querer abandonar um claro direito penal do facto e uma igualmente clara culpa pelo facto, Puppe interpreta a expressão «mesma acção», definitória do concurso ideal, como um ponto de chegada de uma indagação material sobre os ilícitos-típicos presentes no comportamento do agente. Conclui a autora que se dá concurso ideal quando existir, em unidade de contexto espaço-temporal, o que chama um «parentesco de ilícito» entre os vários tipos preenchidos pela conduta do agente. Lançando mão do método analítico de Carnap, chega a distinguir os casos de unidade de crime concreto, ainda que devedor de vários tipos, dos de pluralidade de crimes e de autêntico concurso aparente (que para ela se reduz à relação lógico-formal de especialidade<sup>249</sup>). Na base de todas as considerações — para além da vontade de encontrar os casos que se ajustam ao regime punitivo do §52 do StGB —, estão presentes dois ‘axiomas’ fundamentais: o princípio da proibição da dupla valoração (importante por em causa estarem, no concurso ideal, casos de intersecção entre dois ou mais tipos legais de crime) e o mandamento de esgotar ou exaurir (na punição) o conteúdo de ilícito e de culpa presente no comportamento em análise. Boa parte dos casos que a autora reclama como hipóteses de concurso ideal coincidem com os que tradicionalmente se colocam nas categorias da subsidiariedade e da consunção — que, juntamente com a especialidade, compõem o concurso aparente, na opinião habitual de quem usa esses conceitos.

Seguindo esta linha de pensamento — através sobretudo de dois autores portugueses que em data recente se debruçaram sobre o assunto<sup>250</sup> —, Figueiredo Dias vem concordar em substância com a necessidade de ‘reinventar’ o concurso ideal. Aquele género de concurso que, não se identificando com o não concurso — o caso que se resolve pela simples análise

---

<sup>249</sup> Entendida à sua maneira, o que significa que chama ainda especialidade (especialidade aproximativa) a relações que outros identificariam como subsidiariedade implícita (veja-se PUPPE, *NK Vor § 52*, Rn. 9 e 21).

<sup>250</sup> São eles Luís Duarte d’Almeida e José Lobo Moutinho. O pensamento concursal de ambos foi objecto de análise nos números precedentes. Em data recente, adere à concepção de concurso de Figueiredo Dias, J. COSTA ANDRADE, *Da unidade e pluralidade de crimes*, afirmando-o expressamente na p. 143 s e 296 s.

lógica da relação entre as normas abstractamente aplicáveis ao caso —, tão-pouco parece apto a deixar-se punir pela soma, ainda que jurídica, das penas cabidas aos vários tipos legais de crime concretamente aplicáveis ao facto.

Chama-lhe concurso aparente, impuro ou impróprio; não utiliza a expressão concurso ideal<sup>251</sup>. Talvez por não haver, para este último, regime jurídico disponível no nosso código penal. Ou pela conveniência de marcar a ruptura com a concepção tradicional, que o funda na unidade naturalística de acção. Ou ainda para acentuar que ao novo 'concurso aparente' corresponde um só «facto punível»<sup>252</sup>.

A construção de Figueiredo Dias compreende assim dois planos. Um assente na relação lógico-formal entre as normas em abstracto aplicáveis ao caso. O outro fundado sobre um juízo material de ilicitude, destinado a verificar se, no comportamento global a apreciar, persiste ou não — apesar do número plural de tipos concretamente aplicáveis — uma multiplicidade de sentidos *autónomos* de desvalor jurídico-social.

O primeiro dos planos tem precedência metodológica sobre o segundo, na medida em que trata de uma questão prévia ao concurso propriamente dito. Se a estrutura dos preceitos com apetência sobre o caso permite concluir — por mera comparação dos seus elementos constituintes — que um deles recobre os demais e basta, por conseguinte, para esgotar o conteúdo criminal do comportamento, torna-se inútil continuar a indagar, passar a avaliação para o plano concreto, levar a cabo qualquer operação posterior, de carácter valorativo. Se, pelo contrário, a relação lógico-formal entre as normas se revela inconclusiva, incapaz de dar resposta à questão da unidade ou pluralidade de delitos, a análise do caso há-de prosseguir, agora num novo plano: aquele em que o critério se converte em teleológico e a pergunta a colocar tem por objecto

---

<sup>251</sup> FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal* I, Cap. 41º, de modo especial § 26 s.

<sup>252</sup> Ver-se-á depois que não parece feliz o aproveitamento da expressão «concurso aparente», ligada há muito ao concurso de normas, à aparência de concurso, à unidade de tipo de ilícito aplicado ao caso, para designar realidade distinta. (Para que as diferenças terminológicas não perturbem a clareza da exposição, usar-se-á doravante o composto «concurso ideal/ aparente» para designar tal categoria).

a quantidade de sentidos de ilícito que, numa perspectiva jurídico-social concreta, aquela conduta alberga. O juízo abstracto cede o seu lugar a um juízo situado e global.

Figueiredo Dias designa o primeiro plano, o conjunto de questões que nele encontram solução imediata por «unidade de norma» ou «unidade de lei» («Gesetzeseinheit», na denominação alemã). E o segundo, no qual várias normas se mostram, não apenas em abstracto, mas também em concreto aplicáveis ao caso, por «concurso de crimes». Concurso de crimes significa pois, para este autor, diversidade de normas, de tipos incriminadores, concretamente aplicáveis a uma conduta. E importa esclarecer que «concretamente aplicável» será todo o tipo legal que encerre uma definitiva pretensão sancionatória sobre ela; *i.e.*, que encontre verificados, na conduta subjacente, cada um dos pressupostos materiais de punibilidade de que depende o seu preenchimento.

Não se pense, porém, que «concurso de crimes» e «pluralidade de crimes» se equivalem. Ou, de outro ponto de vista, que a presença de diversos tipos aplicáveis ao mesmo comportamento consubstancia um concurso efectivo. Figueiredo Dias guarda a expressão «concurso efectivo (puro ou próprio)» para as situações a que devam aplicar-se, por inteiro e com autonomia, os diferentes tipos legais preenchidos<sup>253</sup>.

Renunciando por momentos aos nomes das coisas — para poder voltar às coisas mesmas —, dir-se-á que o autor distingue, no universo dos casos que preenchem formalmente vários tipos legais, aqueles em que essa diversidade típica se resolve em unidade de norma pelo simples funcionamento das regras do relacionamento lógico-formal entre preceitos; e aqueles outros em que tal

---

<sup>253</sup> Esta arquitectura do concurso fica patente na própria divisão dos Capítulos do livro que tratam a matéria: depois da exposição introdutória, o autor dedica um Capítulo ao que chama «Unidade de norma ou de lei», seguido pelo último, com o título de «Concurso de crimes». Este subdivide-se, por sua vez, em «concurso efectivo, puro ou impróprio» (o tradicional concurso efectivo ou verdadeiro) e «concurso aparente, impuro ou impróprio» (na substância, a tradicional consunção), onde a pluralidade de tipos preenchidos tem relevo — logo, não é unidade de lei —, sem que lhe corresponda, todavia, uma pluralidade de crimes.

não acontece. Nesta hipótese, em que a relação lógico-formal entre as normas não consegue apontar uma como prevalecente, excluindo as restantes, o intérprete deverá então — assim pensa Figueiredo Dias — dirigir o olhar para o comportamento no seu todo e interrogar-se sobre o sentido de ilicitude nele presente. Encontrará sempre (num primeiro nível de análise) um número plural de normas violadas, um número plural de tipos de ilícito realizados e, nesta acepção, a mesma quantidade de ilícitos-típicos singulares. Todavia, sobre esse primeiro juízo analítico, por assim dizer, há-de erguer-se um outro, sintético, que procurará averiguar se dessa pluralidade típica se desprende, a uma consideração global, um sentido social de ilicitude igualmente plural, atomizado, formado pela justaposição dos concretos ilícitos; ou, pelo contrário, um sentido ‘único’, na exacta medida em que um dos ilícitos singulares domina, prepondera sobre os outros. Há-de verificar, numa palavra, se a essa pluralidade típica corresponde ou não uma pluralidade de sentidos de desvalor jurídico-sociais *autónomos*.

Quando todos os sentidos dos concretos ilícitos-típicos forem autónomos, independentes entre si, o concurso será «efectivo, puro ou próprio» — o protótipo do concurso de crimes, a figura subjacente ao art. 77º do CP. Quando, inversamente, apenas um dos ilícitos-típicos singulares possuir essa autonomia de sentido — já que o sentido dos outros, integrados na conduta global, lhe está subordinado, é dele dependente—, então o concurso deverá considerar-se «aparente, impuro ou impróprio».

Confessa Figueiredo Dias que a base desta última categoria a vai buscar à consunção de Eduardo Correia<sup>254</sup>. Admite também o autor que este último (Eduardo Correia), apesar de enquadrar a consunção no *seu* concurso aparente, atendia nela não a puras relações entre normas mas antes a considerações materiais. O concurso impuro de Figueiredo Dias procura assim captar

---

<sup>254</sup> Note-se, porém, que a consunção de Eduardo Correia abrangia também as relações de subsidiariedade: não via o autor razão para diferenciar duas categorias de concurso aparente que assentavam em pressupostos muito semelhantes, além de se destinarem a idêntico regime sancionatório (cfr. EDUARDO CORREIA, *Direito criminal* II, p. 206). De maneira diferente, Figueiredo Dias classifica a subsidiariedade como sub-espécie da unidade de lei (FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal* I, Cap. 42º, § 11 s).

«relações entre sentidos dos ilícitos singulares no contexto da realidade da vida constituída pelo comportamento global»<sup>255</sup>.

Num pensamento orientado «pelo resultado» (pela «consequência jurídica»), a delimitação desta figura parece ficar a dever-se a considerações de justiça punitiva. A manter-se a ideia de que casos de unidade de sentido de ilicitude com violação não autónoma de vários tipos legais de crime deveriam punir-se como se de uma unidade de norma se tratasse, estar-se-ia a infringir o mandamento de esgotante valoração da matéria ilícita. Punindo-se com pena conjunta, seguramente se violaria o princípio da proibição de dupla valoração — uma vez que quase sempre intercede, entre os tipos preenchidos, uma relação de intersecção<sup>256</sup>.

Para solucionar idêntico problema, José Moutinho recorre à aplicação analógica do regime do crime continuado — afinal uma pluralidade criminosa juridicamente reduzida à unidade punitiva. Duarte d'Almeida interpreta de forma lata os pressupostos substantivos da mesma figura, de maneira a nela integrar muitos dos casos de concurso ideal (acepção acima referida); reconhecendo embora que só deve punir-se desse modo o que puder considerar-se crime continuado, mesmo nessa definição mais abarcante.

Figueiredo Dias não procura essa via. Na ausência de normas expressas que regulem a questão, constrói um regime, adequado às «orientações político-criminais e princípios dogmáticos que subjazem» à figura do concurso impuro. Será sempre mais favorável ao arguido, uma vez que a alternativa consistiria em sancionar este tipo de concurso com a pena conjunta do art. 77º, nº 1, do CP<sup>257</sup>.

Recorde-se que o concurso impuro resulta de uma conduta global violadora de uma pluralidade de tipos legais, mas caracterizada pela

---

<sup>255</sup> FIGUEIREDO DIAS, Cap. 43º, § 13 e nota 15.

<sup>256</sup> Ver, *infra*, sobre os dois princípios, a nota 278.

<sup>257</sup> Note-se desde já que apenas pode afirmar-se que a alternativa seria a punição destes casos em cúmulo jurídico — e só isso permite falar de *favor rei* como fala o autor — quando se dá por assente que não lhes convém a solução do tradicional concurso aparente. Porque, como está bem de ver, esta última apresenta-se como a mais favorável, em termos absolutos, ao arguido.

dominância de um único sentido de desvalor do ilícito. Daí deve seguir-se a unidade da moldura penal abstracta dentro da qual o juiz há-de encontrar a pena concreta — a do crime dominante, por assim dizer —, assim como a obrigatoriedade de considerar os restantes tipos violados enquanto factores agravantes da medida da pena.

Até aqui, nada de diferente se nota em relação ao regime daqueles casos que Figueiredo Dias designa por «unidade de norma»<sup>258</sup>. A diferença vem depois, com fundamento na efectiva violação de vários tipos. Já fará sentido que a medida concreta da pena nunca fique abaixo do limite mínimo mais elevado dos tipos não dominantes<sup>259</sup>. Assim como a aplicação do n.º 4 do art. 77º do CP, *i.e.*, que possam impor-se no caso penas (acessórias) ou medidas de segurança previstas em qualquer daqueles tipos legais que não prevalecem. Isto acontecerá, segundo o autor, «se tanto for pedido pelo conteúdo de sentido do ilícito dominado»<sup>260</sup>. Enfim, o regime sancionatório que corresponde ao que o § 52 do *StGB* prevê para o concurso ideal por ele definido.

Ficou descrito, em termos gerais, o pensamento de Figueiredo Dias quanto à figura a que chamou «concurso aparente, impuro ou impróprio», uma modalidade de concurso intermédia, situada entre a evidente unidade de crime simples e a evidente pluralidade de factos puníveis. Importa agora aprofundar no seu significado, do mesmo passo que se interroga a nova construção, em ordem a uma sua apreciação global.

Figueiredo Dias compreende e trata o concurso como um verdadeiro e próprio lugar de destrição entre a unidade e a pluralidade de factos puníveis; de crimes, nesta acepção. Renuncia, pois, a vê-lo (ao menos no seu todo) como

---

<sup>258</sup> Cfr. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal* I, Cap. 42º, § 1-2 e 21 s. Para o autor, a figura da «unidade de norma» significa que, de vários tipos legais abstractamente aplicáveis ao caso, apenas um é aplicável em concreto. Ou seja: «unidade de norma» equivale a unidade de norma *concretamente aplicável*. Daí que nenhuma outra deva, enquanto tal, influenciar o regime jurídico da categoria.

<sup>259</sup> O chamado *Sperrwirkung* (efeito de bloqueio) do mais alto dos limites mínimos previstos para os tipos em concurso. Esse limite mínimo mais elevado adquirirá importância quando pertencer, não ao crime dominante em cuja moldura se calcula a pena concreta, mas precisamente a um dos tipos dominados.

<sup>260</sup> FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal* I, Cap. 43º, § 58.

um problema abstracto, resolúvel no mundo das normas, das relações entre elas, para o situar no mundo da vida, dos concretos comportamentos delituosos. Recusa, ao mesmo tempo, uma perspectiva atomística, quer dizer, uma perspectiva *tipicamente* recortada desde o início, que olha para as condutas sempre e apenas em função do número de normas que lhes são concretamente aplicáveis. Por diferentes palavras, tem por imprescindível uma apreciação global do comportamento do agente, sabendo que só assim poderá calibrar, não apenas o sentido abrangente do ‘acontecimento’ social como um todo, mas também o verdadeiro significado das suas partes: o exacto relevo de cada uma delas e o modo como se relaciona com as restantes.

Chama, enfim, a atenção para a circunstância de que o mesmo ilícito-típico adquire sentido diferente conforme o contexto — a concreta unidade subjectivo-objectiva — em que está inserido<sup>261</sup>. Concretizando: o dano de um fato praticado como conduta *a se*, querida também por si, distingue-se do ‘mesmo’ ilícito (dano de um fato) cometido como parte de um projecto, como circunstância de um homicídio (a executar, completando o exemplo, a tiro de caçadeira). Não porque o desvalor do dano não esteja lá — ao menos no resultado. Mas porque o sentido social daquele singular ‘homicídio que danifica o vestuário da vítima’ o reduz a simples ‘complemento circunstancial’ dele. A ‘ablativo de modo’, para usar a gramática latina.

Quando fala de «unidade de sentido do ilícito» para caracterizar o seu concurso impuro, Figueiredo Dias quer, pois, exprimir um peculiar modo de relacionamento entre concretos ilícitos-típicos perpetrados por alguém; a saber: a manifesta dominância de um sobre os outros, percebida à luz do sentido social global do comportamento. De igual modo, ao referir-se a um único ilícito *autónomo*, não pretende transmitir a noção de que afinal toda a conduta se pode integrar num só tipo de ilícito ou caber no mesmo tipo legal. Antes procura vincar, em simultâneo, a ‘real’ violação de várias normas incriminadoras (a realização de diversos tipos de crime) e a ‘real’ hierarquia existente entre esses concretos ilícitos cometidos. As duas realidades provêm,

---

<sup>261</sup> Veja-se *ibidem*, Cap. 43º, § 11 s.

contudo, de perspectivas diversas: a primeira, de um ângulo estritamente jurídico; a segunda, de uma conjugação de pontos de vista — o do direito e o do significado social global do acontecimento.

Em suma: a unidade de sentido do ilícito advém ao comportamento, não de se deixar valorar suficientemente por apenas um dos tipos de ilícito, mas sim como consequência de uma valoração «supra-típica» — social, englobante — que os transcende e une. Nada fica a dever, por conseguinte, a uma eventual proximidade de conteúdo dos tipos de ilícito envolvidos<sup>262</sup>. Por vezes, a proximidade será tão-só vital<sup>263</sup>.

Figueiredo Dias sublinha que o problema do concurso — ficam pois de fora os casos de «unidade de norma» — ajuda a compreender a natureza concreta do ilícito-típico, a sua ligação incindível a um «substrato de vida»; melhor: em palavras do autor, o ilícito-típico é um «substrato de vida dotado de um sentido negativo de valor jurídico-penal»<sup>264</sup>.

Torna-se agora mais fácil captar a ideia do autor segundo a qual, no concurso impuro, se está em face de um concurso de crimes (não de uma unidade de norma) e, ao mesmo tempo, de um só crime (ou facto punível). Concurso de crimes, na medida em que se tome a palavra «crime» na sua acepção normativa: a concreta realização de um tipo legal. Um só crime, pegando desta vez numa definição socialmente vinculada, muito embora determinante em matéria de consequências jurídicas. Um só facto punível, porque o sentido material (social) de ilicitude é unitário, quer dizer, dominado por um significado mais forte que, enquanto tal, encontra correspondência num dos tipos realizados.

A sanção há-de caber, por isso, dentro da moldura penal desse tipo predominante. E os outros ilícitos típicos, os ilícitos dominados, precisamente por serem dominados, por não possuírem sentido *autónomo* (uma vez que o seu

---

<sup>262</sup> Como o mostra o exemplo, já referido, do dano na roupa da vítima, associado a um homicídio à facada (*ibidem*, Cap. 43º, § 20).

<sup>263</sup> Figueiredo Dias (*ibidem*, Cap. 43º, § 35) chega a afirmar, a propósito da chamada consunção impura, que a realidade natural ou social põe limites à sua reconformação normativa: esta não pode alterar a natureza ôntica (pré-jurídica) do substracto.

<sup>264</sup> FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal I*, Cap. 41º, § 26.



sentido passou a ser o que lhes advém da pertença ao todo), não podem relevar *com autonomia* na punição, embora tão-pouco devam deixar de influenciar a sanção. Dá-se como que uma transposição do peculiar relacionamento entre os ilícitos-típicos perpetrados para o modo adequado de punir o 'grande facto' por eles formado. Tal como um só dos ilícitos-típicos é *autónomo*, uma só moldura penal será tomada — a sua. Assim como a pluralidade típica não se apaga, também cada um dos tipos relevará para a medida da pena, como factor de agravação, de acordo com o seu grau de influência no desvalor do conjunto. Em síntese: à hierarquia de significado ilícito corresponderá uma hierarquia de contributos para a formação da pena devida<sup>265</sup>.

Analisando deste modo o concurso de crimes impuro ou impróprio, compreender-se-á por que razão lhe não convém o título de concurso efectivo, sobretudo ao seu regime sancionatório. Na verdade, um cúmulo de penas — ainda que jurídico — apenas se mostrará consentâneo com um comportamento que integre uma pluralidade de tipos *autónomos*, de tipos que apresentem uma estrutura paralela, que ‘nunca se encontrem’, que não se influenciem mutuamente quanto ao sentido; que apresentem, em definitivo, a estrutura de parcelas, *i.e.*, de grandezas afins mas incomunicáveis.

Uma apreciação — agora crítica — do concurso ideal/aparente de Figueiredo Dias deveria convergir com a que atrás se dirigiu à tese de Ingeborg Puppe. Na verdade, a categoria pensada pelo autor português insere-se no modelo de Puppe: um concurso ideal totalmente alheio à unidade de acção naturalística, que despede do seu âmbito casos de evidente pluralidade criminosa, ligados tão-só pela simultaneidade, ou por uma coincidência do gesto executante: o tiro que mata duas pessoas, para citar o exemplo emblemático. Um concurso ideal, por conseguinte, que repõe as correctas fronteiras do concurso efectivo<sup>266</sup> e recruta as suas constelações de casos, de

<sup>265</sup> Cfr., *ibidem*, Cap. 43º, § 53 s.

<sup>266</sup> À maneira de esclarecimento: o concurso ideal de critério naturalístico dividia com o concurso real o espaço do concurso efectivo. Isto, claro está, em legislações, como a alemã, que prevêem as duas modalidades. Fala-se, pois, de repor no âmbito do concurso efectivo,

acordo com um critério normativo, no seio do tradicional concurso aparente, legal ou de normas. É das tradicionais relações de subsidiariedade e de consunção (em termos lógicos, de intersecção ou interferência) que se nutre o concurso ideal de Puppe; para o ‘velho’ concurso aparente sobram tão-só, como já foi dito, as relações de especialidade (ou inclusão lógica).

Como Puppe, também o autor português defende esta cisão na categoria que a doutrina maioritária chama concurso aparente e continua a entender como a suficiência de um dos tipos preenchidos para exprimir o conteúdo jurídico-penalmente desvalioso de um comportamento. Figueiredo Dias separa, pois, dentro do tradicional concurso aparente, a vertente em que os tipos preenchidos não podem aplicar-se uns ao lado dos outros, sob pena de violação do princípio *ne bis in idem*; e a vertente em que os tipos preenchidos devem aplicar-se uns ao lado dos outros, mas não em toda a sua extensão. Neste último caso, punir o agente pelos dois crimes redundaria no incumprimento, ainda que parcial, da mesma regra. Sancioná-lo à luz de um só deles, o dominante, infringiria o mandado de esgotar o conteúdo típico realizado: os elementos não-comuns escapariam à punição.

Por diferentes palavras: como Puppe, o autor português pretende distinguir os casos em que a norma preterida o é sem resto — o que em rigor só acontece quando a realização de um tipo está necessária e totalmente contida na realização de outro — daquelas hipóteses nas quais o tipo dominante não esgota todo o conteúdo de ilícito (e de culpa<sup>267</sup>) do facto, pelo que também o

---

punidos com a pena conjunta da pluralidade criminosa, os casos que, a uma correcta valoração jurídico-penal, em nada se deveriam diferenciar dos já considerados como de concurso real. Uma vez que o Código Penal não prevê (ao menos de modo expresse) duas modalidades de concurso efectivo, esse efeito de reposição não se verifica. A identificação doutrinária de um concurso ideal de corte normativo não vai, portanto, bulir com a extensão que o concurso efectivo/real já possui entre nós.

<sup>267</sup> Apesar de afirmar que o concurso se resolve no domínio do ilícito-típico, Figueiredo Dias nunca deixa de fazer — quando se trata de saber se basta uma norma ou se são necessárias mais do que uma para completar o conteúdo de ilícito do caso — uma alusão ao conteúdo de culpa do facto. Em rigor, tal leva a crer que, afinal, muitas das considerações que diz respeitarem ao tipo se reportam afinal ao tipo de garantia. Na base do problema julga-se estar, contudo, a necessidade de tornar compatível o que afirma em sede de concurso com a natureza dogmática da distinção entre homicídio fundamental e homicídio qualificado ou privilegiado: para o autor, o tipo de ilícito é comum a esses vários homicídios, que se separam

tipo ou tipos dominados, em vez de definitivamente excluídos, devem manter alguma eficácia jurídica na valoração da situação controvertida.

Não vêm, de momento, ao caso algumas diferenças de classificação dentro do puro concurso de normas (ou unidade de norma), que em nada afectam a ideia forte da categoria. Tão-pouco importa a discrepância nas designações e até no afeiçoamento do critério do concurso ‘impuro’ de normas. Puppe fala de concurso ideal, Figueiredo Dias chama-lhe concurso aparente, impuro ou impróprio. Puppe exige sempre o parentesco de ilícito, Figueiredo Dias não. Em substância, porém, o que Figueiredo Dias transpõe para o direito português, com a designação de concurso aparente, é o concurso ideal de Puppe<sup>268 269</sup>.

Deve notar-se, porém, que o concurso ideal de Puppe tem base legal — o § 52 do *StGB*, na interpretação que lhe dá. Através dele, conjugando-o com as normas incriminadoras da Parte Especial, a autora consegue identificar um «tipo de concurso ideal» (o tipo de «burla-falsificação de documento», para voltar ao exemplo apresentado)<sup>270</sup>. O concurso ideal/aparente de Figueiredo Dias, em contrapartida, carece de qualquer norma da Parte Geral que lhe preste o indispensável apoio para poder edificar um «tipo» que una incriminações diversas.

---

apenas pelo tipo de culpa presente em cada um (cfr. *Comentário Conimbricense*, Artigo 31º, § 44 e Artigo 132º, § 2 s, 40 e 42).

<sup>268</sup> Figueiredo Dias faz a equivalência substancial entre o seu concurso aparente e o concurso ideal de Puppe, no § 14 do Cap. 43º do seu livro. Para um como para o outro, tal figura nada deve a uma qualquer «unidade de acção» pré-jurídica. Aliás, esse concurso ideal em moldes positivistas fora já definitivamente desacreditado por Eduardo Correia. Com ele tinham desaparecido os evidentes desajustes sancionatórios de há muito ilustrados com o exemplo dos dois homicídios dolosos executados ora com um ora com dois disparos, merecendo o primeiro uma sanção menos gravosa do que a do segundo, sem que existisse razão suficiente para valorações jurídico-penais tão dispares.

<sup>269</sup> Deve acrescentar-se uma precisão. Na substância, o concurso aparente/ideal de Figueiredo Dias recobre, como o de Puppe, hipóteses de parcial sobreposição de conteúdos criminalmente desvaliosos. Todavia, enquanto para Puppe os casos de concurso ideal são todos de efectiva sobreposição de conteúdos, para Figueiredo Dias existe também concurso aparente/ideal em outros casos, fundados tão-só no tal sentido global de ilicitude jurídico-social.

<sup>270</sup> Para este tipo de concurso ideal, cfr., *supra*, Cap. V, o texto relativo à exposição e crítica da tese de Ingeborg Puppe.

Além disso, a distinção, para Puppe, entre concurso aparente e concurso ideal e, para Figueiredo Dias, entre unidade de norma e concurso aparente justifica-se por um e outro acarretarem — ou deverem acarretar — consequências jurídicas diferentes. No concurso aparente/unidade de norma<sup>271</sup> a lei afastada não exerce qualquer influência na medida da pena<sup>272</sup>, nas penas acessórias ou nos efeitos do crime. Ao passo que no concurso ideal/concurso aparente, apesar de determinada na moldura do tipo dominante, a pena concreta será devedora do contributo do tipo ou tipos dominados, devendo considerar-se que ambos encontram nela o seu sancionamento. Uma vez mais, o peculiar regime do concurso ideal encontra, para Puppe, assento legal no § 52 do *StGB*, norma que falta no direito positivo português.

Afirmou-se que, na substância, o concurso ideal/aparente de Figueiredo Dias equivale ao concurso ideal de Puppe. Abrange (quase) as mesmas constelações de casos, provindas do tradicional concurso de normas, *i.e.*, das relações de subsidiariedade e de consunção que — indevidamente, segundo os referidos autores — alberga. Possui igual fundamento: cumprir o imperativo de esgotar, na punição, o conteúdo de ilícito (e de culpa) presente no comportamento do agente; e tornar patente este conteúdo no teor da sentença. É idêntico pressuposto: o preenchimento de mais de um tipo legal implica sempre um acréscimo de ilícito (ou de culpa), exceptuados os casos de inclusão lógica entre esses tipos. Por tudo isto, o concurso ideal/aparente do autor português torna-se merecedor do mesmo reparo já formulado à tese de Puppe e que constitui, afinal, o núcleo da crítica que deve dirigir-se ao ‘novo concurso

---

<sup>271</sup> Os pares de expressões utilizadas, neste período e no próximo, contêm no primeiro termo o nome que Puppe dá à figura, aliás o nome comum; no segundo, as designações que Figueiredo Dias adopta.

<sup>272</sup> Figueiredo Dias admite a influência da «lei excluída» — do seu conteúdo — na determinação da medida concreta da pena, um pouco em desacordo com a ideia do seu completo afastamento. É certo que fala de influência não típica. Mas, para além das palavras, fica a realidade da concessão porventura desnecessária.

ideal': medir a gravidade do crime por um índice que vem a revelar-se formal — o do número de tipos legais preenchidos<sup>273</sup>.

Disse-se que havia formalismo na proposta de Ingeborg Puppe e que se concretizava em dois planos. Desde logo, na rígida separação entre tipos «aparentados pelo ilícito» e tipos, a essa luz, estranhos entre si, fazendo depender a possibilidade do concurso ideal — e o conseqüente afastamento da acumulação de crimes — da relação que, já em abstracto, se der entre o conteúdo das normas que a conduta viola. Depois, e sobretudo, na ideia segundo a qual há forçosamente mais ilícito (e mais culpa) onde mais tipos legais puderem convocar-se. O que, na prática, significa que nunca pode prescindir-se de qualquer desses tipos na punição do facto criminoso; *i.e.*, não se dará jamais nesses casos um mero concurso de normas.

O concurso ideal/aparente, tal como Figueiredo Dias o vê, está longe do formalismo de Puppe no primeiro dos aspectos referidos. O autor tem uma preocupação forte por fazer descer o problema do concurso do plano das relações abstractas entre normas para o plano do significado existencial das condutas. Não faz depender a unidade de sentido de uma actuação da mera intersecção formal dos tipos preenchidos, da pertença destes a uma mesma família de ilícitos: fala antes de «uma *conexão objectiva e/ou subjectiva* entre os sentidos de ilícito coexistentes no comportamento global»<sup>274</sup>; apresenta, para a descoberta dessa conexão, critérios bem distantes da simples existência de elementos típicos comuns; acolhe no concurso ideal/aparente, por exemplo, a hipótese, sempre invocada, do homicídio que comporta o dano do facto da vítima (dois tipos que, em abstracto, não se cruzam); aponta, por fim, a Puppe, a crítica de que não foi suficientemente longe na adopção de um critério que saia do plano das relações entre os tipos legais de crime convocados para a captação do «sentido de ilícito que vive no comportamento total»<sup>275</sup>.

<sup>273</sup> Para uma explicação do que se afirma, além da breve alusão que se faz em texto já a seguir, ver *supra*, Cap. V, as considerações críticas sobre a tese de Ingeborg Puppe.

<sup>274</sup> FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal* I, Cap. 43º, § 17.

<sup>275</sup> FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal* I, Cap. 43º, § 16. Parece contudo injusta a acusação que Figueiredo Dias dirige à construção de Puppe, no sentido de que consideraria concurso ideal a morte de várias pessoas, por o tipo preenchido ser o mesmo e não, como exigiria a regra,

Todavia, no concurso ideal/aparente de Figueiredo Dias está presente o segundo dos aspectos em que a concepção de Puppe revela algum formalismo. Na verdade, também dele se pode dizer que — pese embora o esforço por unir, quanto ao sentido de ilícito, os vários tipos que a conduta global do agente preenche — nunca abre mão do pressuposto segundo o qual o puro dado ‘formal’ da violação de mais de uma norma denuncia uma maior gravidade do ilícito (e da culpa), ou seja, impede a valoração do comportamento à *exclusiva* luz do tipo dominante. Há como que uma impossibilidade lógica de olhar o sentido da norma e o sentido do facto e admitir que não há «mais ilícito» (ou ilícito mais grave) pela simples circunstância de se preencher mais um tipo<sup>276</sup>. De novo há-de convocar-se o exemplo recorrente da burla realizada através de documento falsificado para o efeito. Segundo Figueiredo Dias, em caso algum bastará a norma da burla para descrever e sancionar o desvalor da conduta. Contudo, como vem sendo repetido, há argumentos valiosos — porventura decisivos — na outra direcção<sup>277</sup>.

A «falsificação de documento» — como qualquer norma incriminadora — só adquire o seu sentido definitivo quando informa uma conduta concreta. É *na conduta* que essa qualidade desvaliosa, proibida pelo preceito legal, aparecerá, marcando o respectivo conteúdo de antinormatividade (com maior ou menor relevo) ou mostrando-se, pelo contrário, irrelevante. A falsificação de documento é crime porque engana; é crime por constituir meio para prejudicar outra pessoa ou o Estado, para obter benefício ilegítimo. A burla é crime porque engana, porque conduz a um prejuízo patrimonial para outrem e ao correlativo enriquecimento ilegítimo de alguém, ao menos na intenção de quem

---

vários aparentados pelo ilícito. De acordo com o que se expôs acima, Puppe qualifica esse caso de concurso real. Aliás, a autora alemã não insere no § 52 *StGB* hipóteses do tradicional concurso ideal homogéneo, uma vez que, em sua opinião, tal figura não existe.

<sup>276</sup> E parece haver alguma ambiguidade na utilização do conceito de tipo por parte do autor. Quando fala de vários tipos preenchidos está com certeza a apontar para tipos legais, *i.e.*, para o tipo garantia, onde todos os pressupostos materiais de punibilidade se encontram. Quando fala de sentido do ilícito-típico terá em mente a categoria dogmática que dá forma à ilicitude material.

<sup>277</sup> Veja-se a argumentação expendida no sentido de que em muitas hipóteses deste teor a aplicação do tipo da burla se mostrará suficiente para agarrar o conteúdo de ilícito do facto, *supra*, nas partes da tese dedicadas ao diálogo com Puppe, Duarte d’Almeida e José Moutinho (Cap. V e Cap. VI 1. e 2.).

o pratica. Isto posto, cumpre perguntar se haverá sempre *mais crime* quando o burlão, para provocar o engano, se serve de um documento falsificado.

Pense-se numa *concreta* falsificação de documento realizada com o único fim de levar a cabo uma *concreta* burla, também ela consumada. Ao punir a burla não se sanciona também e inseparavelmente o engano, o prejuízo por ele ocasionado, a intenção de extrair de tudo isso um benefício indevido? Por que razão a previsão do meio enganoso em tipo legal autónomo deveria então tornar mais grave aquela burla, aquele ilícito-típico singular? Vendo as coisas da perspectiva adequada, *i.e.*, a partir do concreto conteúdo de ilícito da conduta, poder-se-á afirmar que a lesão do bem jurídico património e o engano que está na sua origem aumentam de intensidade pelo facto de a indução em erro da vítima assumir a forma de contrafacção de documento? Não haverá formas de enganar mais perniciosas do que a apresentação, por hipótese, de uma factura de mercearia falsificada, por dela constarem um ou dois litros de azeite que na verdade não foram entregues ao cliente? Talvez consubstancie uma maior danosidade social fazer crer a alguém que um familiar necessita com urgência de uma delicada e dispendiosa intervenção cirúrgica, solicitando-lhe o depósito imediato, para esse fim, de uma avultada quantia. Ora, se não se duvida que o tipo da burla esgota, sanciona por inteiro este último comportamento, porquê descrer da suficiência do mesmo tipo para punir o desfalque patrimonial obtido através da factura contrafeita? Negar essa possibilidade equivaleria a medir a gravidade penal de um comportamento por critérios em parte alheios à matéria desvaliosa nele contida; quer dizer, a confessar que os tipos violados, em vez de representarem critérios que interagem com o caso — e entre si em função do caso — na busca da correcta reprovação criminal da conduta, influenciariam a valoração e punição da mesma, antes de mais pelo seu número. Regressando ao exemplo que se trabalha. Quando um caso selecciona os tipos burla e falsificação de documento, em muitas ocasiões o primeiro bastará para esgotar o conteúdo de ilícito do facto. Só em contadas hipóteses tal não acontecerá. Por exemplo

quando o documento falsificado permanece, estendendo o seu potencial enganador a outras burlas ou a factos criminosos de diferente natureza.

Fez bem, sem dúvida, o legislador, ao criar os tipos independentes de burla e de contrafacção documental. Cada um deles tem um conteúdo de ilícito que pode produzir-se em separado, que faz sentido sozinho. Mas anda mal o intérprete que condiciona a apreensão do significado jurídico-criminal do facto à simples circunstância de este ‘caber’ em duas normas que não estão, uma para a outra, já em abstracto, numa relação lógico-conceptual que inviabilize a sua aplicação simultânea. Analogamente ao que faz Puppe, também Figueiredo Dias defende que, quando um facto se subsume a duas normas, só pode excluir-se uma delas do seu sancionamento por apelo à relação formal que mantêm entre si. Aqui radica o aludido formalismo: o afastamento de uma norma nunca resultará de uma valoração material do sentido de ilícito do caso. Esta terá quando muito a força de retirar a hipótese do âmbito próprio do concurso efectivo (tratando-a como concurso ideal/aparente), mas nunca a de permitir considerá-la uma unidade de crime simples.

Deve notar-se que o formalismo de que se vem falando capta-se e aparece como nocivo quando o intérprete se coloca na perspectiva que se afigura mais correcta. Explica-se. A argumentação de Figueiredo Dias — como a dos outros autores portugueses que pugnam pela ‘reinvenção’ do concurso ideal — parte do princípio de que, não fora o concurso ideal/aparente, as condutas que este abrange enfrentariam a pena do concurso, o cúmulo jurídico do art. 77º do CP. Vários tipos preenchidos; logo, várias penas. O sancionamento próprio do concurso ideal surge, nesse pressuposto, como menos gravoso.

Acontece que este modo de pôr o problema resulta de um equívoco. Bem vistas as coisas, a sanção que agora se propõe apenas se mostraria mais benévola se os casos a que vai aplicar-se procedessem do domínio do ‘velho’ concurso *efectivo*. Ora o que se viu foi que as situações candidatas ao novo regime saem, na sua maior parte, *não* desse domínio, mas de constelações até



agora pertencentes ao ‘velho’ concurso *aparente*: a consunção (e a subsidiariedade). Para estas, e ao contrário do que pretendem os referidos autores, o novo regime proposto resulta, como facilmente se compreende, se não mais gravoso, pelo menos de igual severidade.

Em definitivo: no novo concurso ideal nunca é questão de adequar o regime jurídico ao concreto desvalor de condutas de outro modo injustamente submetidas à pena do concurso. Antes do aparecimento da ‘nova figura’, essas condutas consideravam-se e sancionavam-se no âmbito do concurso aparente, *i.e.*, como um só crime, a partir da moldura penal do único tipo realmente aplicado. A necessidade de as arrancar do âmbito de influência do art. 77º do CP foi criada pelos defensores do concurso ideal/aparente, quando restringiram a ‘unidade de norma’ a casos de relações lógicas (de inclusão ou afins) entre preceitos, atirando todos as outras hipóteses para um heterogéneo mas autêntico concurso.

Figueiredo Dias, tal como Puppe e como se deixou apontado, justifica o que aqui se critica como ‘formalismo’ com o apelo para o mandado — a seu ver constitucional<sup>278</sup> — de «esgotante apreciação da matéria ilícita» presente no comportamento global. Representaria um incumprimento deste imperativo a desconsideração, na pena, de algum dos elementos dos tipos preenchidos pela conduta.

Para que as coisas fiquem claras, reitera-se que a ideia subjacente às observações que se vêm tecendo é a de que, na maior parte dos casos apresentados por Figueiredo Dias como de concurso ideal/aparente, o conteúdo

---

<sup>278</sup> Constitucional, por lhe parecer resultar do princípio — esse sim, inequivocamente constitucional — *ne bis in idem*. Afinal, argumenta, a necessidade de precisar quando se está já a punir, ‘de novo’, ‘o mesmo’, obriga a fixar com exacta minúcia o conteúdo do crime. O *ne bis in idem* abrange, pois, além da vertente da proibição de dupla valoração, uma outra — precisamente a do «mandado de esgotante apreciação de toda a matéria tipicamente ilícita submetida à cognição do tribunal num certo processo penal» (FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal I*, Cap. 41º, § 2 e § 28-29; Cap. 43º, § 55-56). Diferentemente, Puppe funda esta última regra no princípio geral de justiça segundo o qual ninguém deve retirar benefício da sua conduta ilícita. Quer dizer: a conduta que é mais grave, por violar duas normas, não pode ser tão punida como a que viola só uma. Volta sempre a enganosa ideia, já criticada em texto, segundo a qual a mais tipos preenchidos, maior gravidade do facto.

de ilícito do comportamento global se encontra esgotado através da aplicação de um só dos tipos em causa. Porque esse tipo de ilícito não reflecte apenas o sentido dominante da conduta: reflecte o seu *inteiro* significado antinormativo, considerado à luz dos valores jurídico-penais e das categorias próprias deste ramo do direito. Persistir em não o reconhecer equivale a reger-se por um retribucionismo que surpreende, não só por proceder de um acérrimo defensor das doutrinas da prevenção, como também por traduzir uma valoração afinal atomística (elemento típico a elemento típico), e não englobante ou compreensiva, do comportamento ilícito. Além disso, vistas as coisas de outro ângulo, a posição do autor português parece desconsiderar, em matéria de concurso, a categoria específica que perpassa toda a dogmática jurídico-criminal e dá pelo nome de necessidade de pena. Não se desconhece ser Figueiredo Dias mais propenso a guardar tal conceito para a dogmática das consequências jurídicas do crime<sup>279</sup>; contudo, não se vê como possa evitar uma pena (ao menos parcialmente) desnecessária, quando o seu concurso ideal/aparente obriga a recorrer ao tipo dominado como «factor agravante da medida da pena»<sup>280</sup>.

Em suma: «esgotar o conteúdo de ilícito (e de culpa) do comportamento global» não deveria significar senão que a aplicação de uma das normas ‘esgota’ a necessidade de punição, ‘esgota’ ou completa a valoração jurídico-penal do facto. Que o recurso a outra está a mais. E não se percebe por que razão essa desnecessidade de convocar um preceito tenha de ser ditada pela lógica conceptual e não também por uma específica e concreta valoração jurídico-penal do facto ilícito.

---

<sup>279</sup> Cfr. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal I*, Cap. 26º, § 15-19.

<sup>280</sup> FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal I*, Cap. 43º, § 56: «Diferentemente [...] do que dissemos em caso de unidade de norma ou de lei, aqui tem o juiz de tomar obrigatoriamente em conta os crimes que concorrem com aquele que serviu para eleger a moldura penal do concurso como factores agravantes da medida da pena; considerados portanto na sua própria tipicidade e, deste modo, como elementos dotados, para este efeito, de ‘relevância jurídico-penal autónoma’» (os dois primeiros sublinhados são do autor).

Viu-se até agora que a aproximação de Figueiredo Dias ao problema do concurso ideal — por ele designado de aparente — suscita reparos críticos análogos aos apontados à tese de Ingeborg Puppe. Contudo, para além desse ‘formalismo’ já caracterizado, a construção do autor português apresenta aspectos peculiares, de natureza dogmática, que merecem consideração à parte.

Não podendo socorrer-se, por falta de lei, da estrutura do concurso ideal de Puppe, Figueiredo Dias procura uma via, um instrumento dogmático que lhe possibilite unir os ilícitos típicos dominante e dominado (ou dominados) num só facto punível. E encontra-a, assim se julga, aproximando-se da ‘velha’ «unidade natural de acção» (*natürliche Handlungseinheit*) do *Reichsgericht*. Explica-se.

De acordo com a interpretação a que se chegou neste estudo, a *natürliche Handlungseinheit* consiste, em definitivo, num juízo jurídico de culpa global (diminuída), numa valoração do total comportamento do agente à luz dos critérios jurídico-penais, dogmaticamente situada em momento posterior à análise categorial, por separado, de cada um dos tipos preenchidos<sup>281</sup>. Quer dizer, a unidade de acção a que se chama «natural» nada deve a uma perspectiva puramente causal-naturalística ou, sequer, meramente social, no sentido de alheia a uma genuína apreciação jurídico-criminal. O adjectivo «natural» exprime apenas a superação de um enfoque incapaz de se elevar para além da subsunção imediata da conduta a certos tipos legais e, por conseguinte, de precatar-se do seu sentido global<sup>282</sup>.

A unidade natural de acção (= juízo jurídico de culpa global) representa pois a consideração do comportamento como um todo, levada a cabo pelo tribunal quando já conhece a aplicabilidade das várias normas ao caso, umas ao

---

<sup>281</sup> Deve ainda notar-se que Figueiredo Dias se refere, de passagem, à «unidade natural de acção», mas apontando apenas uma das suas funções: aquela que doutrina e jurisprudência alemãs lhe assinalam na descoberta dos casos de realização iterativa e sucessiva de um mesmo tipo legal de crime (FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal I*, Cap. 41º, § 16). Nunca chega, portanto, a abordar a «unidade natural de acção» na vertente que aqui importa: a que diz respeito ao discernimento do concurso ideal em casos de violação de vários tipos legais de crime. Para a caracterização das duas funções do conceito, ver, *supra*, Cap. II 4. e a bibliografia aí indicada.

<sup>282</sup> Sobre esta interpretação da unidade natural de acção ver, *supra*, Cap. III.

lado das outras; quando já sabe que todas possuem ao menos um aspecto não compreendido no conteúdo de ilícito das demais; quando pode afirmar a existência, no caso, de diversos ilícitos-típicos integrantes da conduta do agente. Representa um recomeçar da apreciação do caso, de uma outra perspectiva: total, englobante. A atenção centra-se agora no ‘grande facto’ e procura captar nele um sentido de desvalor unitário, a partir do modo como se relacionam (objectiva e subjectivamente) as diversas realizações típicas que o compõem.

Bem vistas as coisas, a estrutura dogmática do concurso ideal/aparente de Figueiredo Dias retoma este percurso. Fixa primeiro as normas concretamente aplicáveis, os ilícitos-típicos singulares; não se esqueça que o autor português trabalha tão-só com tipos legais cujos pressupostos materiais de punibilidade se encontrem integralmente satisfeitos pela conduta em apreço, *i.e.*, os seus factos parcelares configuram autênticos crimes — acções típicas, ilícitas, culposas e puníveis<sup>283</sup>. E só depois volta atrás, para recomeçar a análise do comportamento, procurando agora um desvalor global<sup>284</sup>.

Tal como o *RG*, Figueiredo Dias classifica o seu critério definitivo — que o conduzirá a afirmar um concurso aparente/ideal e não um concurso efectivo — como integrando um «juízo material (social) de ilicitude»<sup>285</sup>. E, do

---

<sup>283</sup> Cfr. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal I*, Cap. 41º, § 28: «há concurso de crimes em todos os casos em que o comportamento global do agente preenche mais de um tipo legal concretamente aplicável», embora isso não equivalha sempre a «pluralidade de crimes efectivamente cometidos» (*ibidem*, Cap. 43º, § 11), a pluralidade de factos puníveis. De qualquer modo, também no concurso ideal/aparente, onde há unidade de facto punível, «as leis abstractamente aplicáveis são também aplicáveis *em concreto*, são na realidade aplicáveis ao ‘grande facto’» (*ibidem*, Cap. 43º, § 36).

<sup>284</sup> Em apoio do que se afirma: Figueiredo Dias estabelece como premissa para que possa falar-se de concorrência de normas que «no caso a subsumir se verifiquem todos os pressupostos materiais de punibilidade em relação aos vários tipos legais de crime em abstracto aplicáveis. Se falta algum destes pressupostos não pode em rigor falar-se nem de ‘concorrência de normas’ aplicáveis, nem de norma ‘prevalecente’ e de norma ‘excluída’: concretamente aplicável é apenas aquela que prevê o tipo legal que foi preenchido pelo comportamento». Pressupostos materiais de punibilidade, que são diferentes dos «pressupostos positivos ou negativos da punição (não da punibilidade) — queixa e acusação particular, amnistia e indulto, prescrição [...]» (FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal I*, Cap. 42º, § 22). «[...] com uma tal verificação [dos pressupostos de punibilidade] perfecciona-se o *Tatbestand* (no sentido da Teoria Geral do Direito, que faz entrar em jogo a consequência jurídica e a sua doutrina autónoma» (*ibidem*, Cap. 10º, § 75). Cfr., ainda, o § 15 do Cap. 26.

<sup>285</sup> O autor fala, ora em «sentido jurídico-social da ilicitude material do facto» (FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal I*, Cap. 41º, § 22 e 31), ora em «consideração *global* do sentido social do comportamento que integra o tipo» (*ibidem*, Cap. 41º, § 23). Contrapõe a «pluralidade de

mesmo modo que aquele Tribunal, está afinal a proceder a uma genuína valoração jurídico-criminal do comportamento do agente, visto como um «todo».

Na verdade, o autor português, através do que chama ilicitude *social*, mais não procura do que o referido desvalor criminal «global» daquele singular comportamento. Dá a impressão de que Figueiredo Dias utiliza a expressão «sentido *social* de ilicitude» como meio de vincar, por um lado, que não lhe servem conexões abstractas entre as normas do caso, apenas conexões concretas entre os vários ilícitos inseridos na conduta e, por outro lado, que a valoração que realiza segue um critério novo. Esclarecendo um pouco mais este último aspecto: o autor fala de sentido social de ilicitude para poder ultrapassar a pluralidade dos singulares ilícitos-típicos que detectou através de uma simples operação de subsunção dos factos às normas penais (atendendo ao sentido próprio de cada uma) e reconduzir, desse modo, tal pluralidade a uma unidade de ilícito, agora de acordo com o sentido que se desprende do «facto global».

Por diferentes palavras: o seu apelo a um critério *social* de ilicitude esconde apenas a necessidade de construir, por sobre a multiplicidade dos tipos de ilícito preenchidos, uma unidade de desvalor que os converta em partes integrantes de um todo incindível; quer dizer, de um «pedaço de vida» cujo significado jurídico-penal decorra da exacta interpenetração das qualidades desvaliosas que o caracterizam.

As conexões que unem os ilícitos-típicos singulares não consubstanciam meros laços fácticos entre eles. Constituem antes conexões de sentido que conduzem à afirmação de uma unidade de desvalor jurídico-penal de nível *superior*. Uma unidade subjectivo-objectiva que atesta o verdadeiro significado

---

sentidos sociais autónomos dos ilícitos-típicos», que caracteriza o concurso de crimes efectivo, puro ou próprio, ao «comportamento dominado por um único sentido autónomo de ilicitude», apanágio do concurso de crimes aparente, impuro ou impróprio (Cap. 41º, § 30). Ainda a propósito de concurso ideal/aparente: «apesar de o comportamento global ser subsumível a uma pluralidade de tipos legais concretamente aplicáveis, todavia deva concluir-se pela *unidade do sentido social de ilicitude do facto punível*» (Cap. 42º, § 2). No Cap. 43º, § 17-18, enuncia o primeiro de vários pontos de vista relevantes para a caracterização da nova modalidade de concurso: «a unidade de sentido social do acontecimento ilícito global».

criminal do comportamento, apreciado como um todo. À pluralidade de ilícitos-típicos que se sobrepõem em maior ou menor medida sucede, através de um juízo jurídico de culpa global, um ‘grande ilícito-típico’, a punir unitariamente. A unidade de sentido social de ilicitude mostra-se, afinal, como uma unidade *jurídico-penal* de facto punível. Aliás, não poderia ser de outro modo. A não aceitar esta interpretação das coisas, persistindo no genuíno carácter normativo-social do seu critério, Figueiredo Dias contrariaria a sua própria concepção de ilícito-típico<sup>286</sup>. E, sobretudo, como iria justificar, baseado num mero critério social, uma alteração das consequências jurídicas de um facto-crime, um sancionamento desigual para a realização dos mesmos tipos de ilícito?

Em suma: o critério que Figueiredo Dias utiliza para a ‘reunificação’ do ilícito-típico criminal mostra-se, na realidade (ao menos na interpretação que aqui se faz dela), não social, como diz o autor, mas autenticamente jurídico-penal.

Esta proximidade entre a estrutura atribuída por Figueiredo Dias ao seu concurso ideal/aparente e a «unidade natural de acção» («juízo jurídico de culpa global») que a seu tempo elaborou o *Reichsgericht* obriga a um derradeiro reparo crítico. Qual seja o da inserção das escolhas feitas em matéria de concurso dentro do sistema dogmático que o autor sustenta, em tese geral. Mais concretamente: o de saber se não haverá uma certa incongruência entre o ilícito-típico da doutrina da infracção e este outro ‘ilícito-típico’ concursal, que se perfila tão-só num momento dogmático ulterior — o das formas especiais de surgimento do crime —, estranhamente dependente do juízo de culpa e de punibilidade.

---

<sup>286</sup> «Com a categoria do ilícito quer-se traduzir o *específico sentido de desvalor jurídico-penal* que atinge um concreto comportamento humano numa concreta situação, atentas portanto todas as condições reais de que ele se reveste ou em que tem lugar» (FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal* I, Cap. 10º, § 54). E ainda: «O critério decisivo do ilícito é *juridicamente* fundado e, *só por isso*, também socialmente relevante» (*ibidem*, Cap. 10º, § 34). (Os itálicos não se encontram no original).

Na verdade, o modo como, nessa sede, contrapõe o ilícito às outras categorias dogmáticas — em especial, à culpa —, vê-se profundamente contrariado pela manutenção do problema do concurso de crimes no seu lugar tradicional, entre as formas especiais de surgimento do delito, e pelo papel que a culpa desempenha afinal na sua resolução<sup>287</sup>.

Não há, em Figueiredo Dias, uma afirmação expressa sobre o lugar dogmático em que o concurso de crimes deveria resolver-se. Não se encontrará uma frase clara que o situe no degrau analítico da ilicitude, da determinação do ilícito-típico. E, contudo, seguindo a sua linha de pensamento, desde o conceito de ilícito de que parte ao expor a doutrina geral do crime, até ao próprio momento de fornecer a chave de leitura que em seu entender ilumina o inteiro problema da unidade e pluralidade de crimes, tudo aponta para a consideração do concurso como uma questão do ilícito-típico. «O ‘crime’ por cuja unidade ou pluralidade se pergunta é o *facto punível* e, por conseguinte, uma violação de bens jurídico-penais que integra um tipo legal ao caso efectivamente aplicável. A essência de uma tal violação [...] reside no *substrato de vida* dotado de um sentido negativo jurídico-penal, reside [...] no ilícito-típico: *é a unidade ou pluralidade de sentidos de ilicitude típica*, existente no comportamento global do agente submetido à cognição do tribunal, *que decide em definitivo da unidade ou pluralidade de factos puníveis e, nesta acepção, de crimes*»<sup>288</sup>. Ao desenvolver o modelo assim enunciado, Figueiredo Dias acaba porém, como se viu, por corrompê-lo.

---

<sup>287</sup> Na verdade, no Prefácio à 2ª edição do manual (primeira a conter as matérias relativas à tentativa, à comparticipação e ao concurso), o autor escreve: «[...] as teorias da ‘tentativa’ e da ‘comparticipação’ constituem, de corpo inteiro, capítulos integrantes do ilícito-típico dos delitos dolosos de acção, dos delitos de omissão e (em parte) dos delitos negligentes, *só o ‘concurso’ podendo justificar-se como ‘forma especial de aparecimento do(s) crime(s)’*» (FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal I*, Prefácio à 2ª ed.; itálico nosso).

Curiosamente, no que ao concurso *homogéneo* diz respeito, Figueiredo Dias aponta que o elemento ‘unidade de resolução’, situado pelos sistemas anteriores na categoria dogmática da culpa, pode, numa concepção do ilícito pessoal, ser adiantado para o plano do ilícito. Quer dizer, a distinção entre unidade e pluralidade de crimes pode fazer-se ao nível do ilícito, quando a dúvida residir no número de vezes que o agente violou a mesma norma e precisar, por isso, do recurso ao elemento subjectivo do crime. (Cfr., *ibidem*, Cap. 41º, § 22).

<sup>288</sup> FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal I*, Cap. 41º, § 26 (sublinhado do autor). Ver, também, no mesmo Cap. 41º, os § 5 e 7; e ainda, no Cap. 43º, toda a explanação da diferença entre

Com efeito, se o problema fosse realmente o ilícito, que necessidade teria de apurar a culpa do agente e a definitiva punibilidade do facto, fazendo depender delas a própria existência do concurso de normas? Condicionará a culpa do agente a afirmação do carácter ilícito da conduta, a existência de um, dois ou mais factos ilícitos?

De igual modo: se o que Figueiredo Dias procura é o ilícito-típico, porque desfasa o ilícito do tipo? Se, ao contrário de Ingeborg Puppe, não tem lei que lhe permita construir um tipo de ilícito do concurso ideal/aparente (com o seu próprio regime sancionatório), como pode afirmar depois que a essa modalidade concursal corresponde um único ilícito-típico? Como, se esse tipo de ilícito não abrange o inteiro facto pelo qual o agente vai ser punido? Apontou-se que o autor define a sanção do *seu* concurso ideal recorrendo aos vários tipos — dominante e dominado(s) — que contribuem para a formação do ilícito unitário. Ora isso significa que o tipo predominante, em cuja moldura aquela se determina, precisa do complemento dos outros tipos para perfazer a pena devida, para a ajustar à conduta: ele sozinho não esgotaria, portanto, o conteúdo de ilícito do facto. Pergunta-se, pois, de novo: onde está o ilícito-típico?

Acresce que Figueiredo Dias defende, na esteira de Roxin, uma dogmática penetrada pelas opções político-criminais, orientada para o problema e para a sua justa composição. Nesta matéria, porém, parece ceder a uma dogmática subsuntiva, incapaz de conduzir à definição do facto crime. Se assim não fosse, se a categoria do ilícito-típico compreendesse um juízo material do facto, à luz dos pertinentes critérios de desvalor que orientam a ordem jurídico-penal, com certeza e como se defende neste estudo, o autor chegaria à conclusão de que muitas — se não a quase totalidade — das constelações do seu concurso ideal/aparente consubstanciam verdadeiros casos de unidade de norma. Esta última compreendida, não como categoria formal, no sentido de relação lógico-conceptual entre normas, mas antes como a

---

concurso efectivo (pluralidade de sentidos de ilícito presentes no comportamento global) e concurso ideal/aparente (unidade de sentido de ilícito...).



categoria material que abarca todas aquelas hipóteses que, depois de uma dúvida inicial, se percebem como justamente avaliadas e punidas no âmbito de um só ilícito-típico.

## **VII. A valoração final do concurso ideal e a reposição do problema do concurso**

Ao começar esta investigação sobre o concurso ideal, advertiu-se de que se procurava tão-só avaliar a necessidade de tal figura: descobrir o seu bom fundamento ou, pelo contrário, surpreender o carácter supérfluo ou prejudicial da mesma. Já nessa altura a questão se colocava, em última análise, dentro do problema mais vasto da unicidade ou pluralidade de crimes, pois nele reside, assim se pensa, o âmago da questão concursal.

Não se pretende alcançar, por conseguinte e apenas, uma sanção justa para o agente que com o seu comportamento viola várias leis penais, atentas as circunstâncias (sempre cambiantes) do caso. Aspira-se a que a pena adequada apareça como consequência normal e expectável de uma correcta identificação do carácter singular ou plural do facto ilícito. Esta tarefa detém, pois, a primazia no esforço desenvolvido. É certo que um sistema de punição pode revelar-se ‘errado’, tornando desse modo inútil a bondade da opção feita em sede de facto ilícito. Mas torcer a teoria do crime para a adaptar a um deficiente regime sancionatório significaria agravar o problema e não contribuir para a sua resolução.

Assim, a crítica definitiva a dirigir ao concurso ideal — como quer que se chame à figura que em substância se situa entre a pluralidade de crimes apreciados *uti singuli* (concurso ‘real’) e a unidade simples de delito (aquele que cabe inteiro num tipo de ilícito) — é que falha o princípio de identificação do facto ilícito.

Falha quando pretende construir a unidade criminosa sobre a unidade de acção naturalística, ou mesmo natural: não pode uma *mera* circunstância fáctica ou um *puro* juízo social justificar uma mudança de valoração jurídico-

penal como a que se considera. O critério carece de legitimidade, o que importa ainda mais do que a imprecisão e a incerteza que lhe andam associadas.

A *Formel*, se entendida como a exigência de um acto material onde se cruzem duas ou mais realizações típicas, sem relevo para os correspondentes conteúdos de ilícito, torna-se ainda passível do mesmo reparo. Dito de outra maneira: se na base da «fórmula» continua a estar uma acção física, coberta embora com a roupagem dos tipos de crime que co-executa<sup>289</sup>, há-de concluir-se que não serve.

O juízo jurídico de culpa global, no qual se apoia a jurisprudência superior alemã — de acordo com o significado atribuído no presente estudo à «unidade natural de acção» e à *Formel*<sup>290</sup> —, embora possua um étimo genuinamente normativo-penal, acaba por assimilar à unidade de facto punível conjuntos de realizações típicas que melhor se qualificariam como efectiva pluralidade criminosa, ao tempo que, agora em sentido inverso, não chega a concluir pela unidade de crime simples (*i.e.*, não-concurso) em casos nos quais a conexão de sentido dos concretos ilícitos-típicos se revela afinal tão perfeita e completa que um só deles diz, de modo bastante, o conteúdo de antinormatividade da situação.

Tão-pouco parece encontrar princípio convincente, padrão capaz de reconhecer *um* facto ilícito-penal, aquela doutrina mais recente, que procura o concurso ideal na conexão de conteúdos de ilícito e de culpa. Afinal, tem a intuição certa de que no centro da questão do concurso deve colocar-se a unidade do facto-ilícito, não a acção única recrutada com critério exterior aos tipos penais. Constrói, portanto, em clave normativa. Ao fazê-lo, porém, Ingeborg Puppe — pois dela se fala, antes de mais —, ao tempo que devolve (com inteira razão) à pluralidade de crimes grupos de casos que nunca dela

---

<sup>289</sup> Esta crítica é feita por Puppe, na 2ª ed. do *NK*, que a seguir pergunta: se não for assim e se se der verdadeira relevância ao conteúdo dos tipos, para que servirá então manter a exigência da unidade de acção natural ou movimento corpóreo? (Cfr. PUPPE, *NK*, 2ª ed., § 52, Rn. 34 s, em especial 37).

<sup>290</sup> Ver, *supra*, Cap. III 1. e 4. e Cap. IV, 1. e 2.

haveriam de ter saído<sup>291</sup>, transporta para a *Tateinheit* hipóteses que melhor se classificam como genuína unidade de crime<sup>292</sup>.

Como se viu, o problema deste concurso ideal à maneira de Puppe reside em confundir a provisória convocação de vários tipos com a obrigatoriedade da sua selecção definitiva. Por diferentes palavras: a hipertrofia do tipo, no seu recorte formal — (formalismo, *hoc sensu*) — impede muitas vezes a percepção da unicidade (que não apenas da preponderância) de sentido de ilícito que caracteriza o comportamento a julgar; e que faria dele, em bom rigor, um único facto ilícito-típico, *i.e.*, uma conduta cujo conteúdo de antinormatividade, em termos criminais, fica suficientemente definido e punido pela aplicação exclusiva de um só dos preceitos.

Pode talvez afirmar-se que o concurso ideal de corte normativo não levou até às últimas consequências a tarefa que empreendeu ou, inclusive, as conclusões a que chegou. Compreendendo a supremacia do conteúdo de ilícito do comportamento global sobre qualquer critério a ele alheio — em matéria de concurso, claro está —, mostrou-se incapaz de o aplicar. Justapôs tipos, quando deveria ter compreendido que um só bastava — sobrando os demais — para dizer sem resto o sentido de ilícito do facto praticado. Talvez por uma interpretação quase positivista do princípio do *nullum crimen* (vertente da tipicidade), o novo concurso ideal parece servir um direito penal retribucionista e esquecido das suas peculiares categorias de valoração: a dignidade penal e, sobretudo, a necessidade de tutela penal.

Depois da *Tateinheit* à maneira de Puppe, a geografia do concurso, *rectius*, a topografia do universo criminal mudou. Ao lado dos crimes simples, sancionados como tal, aparecem agora crimes ditos singulares, mas que

---

<sup>291</sup> Relembre-se o exemplo do tiro que mata duas pessoas, tratado como concurso ideal, em oposição ao caso em que dois tiros fazem as mesmas vítimas e se resolve nos quadros do concurso real. Cfr., *supra*, nota 74.

<sup>292</sup> A verdade é que estas hipóteses procedem do tradicional concurso aparente ou de normas, do não-concurso, afinal. Sobre isto, veja-se, *supra*, Cap. V e VI. 1 (texto a seguir à nota 216). Aí fala-se ainda de casos que, bem vistas as coisas, consubstanciam um concurso real e não a *Tateinheit* de Puppe (exemplo da falsificação do próprio registo e não de um certificado do registo, usado como meio para burlar).

albergam vários tipos: um dominante e os outros dominados, não autónomos. O primeiro é modificado pelos demais, quer no seu rigoroso conteúdo de ilícito e de culpa, quer no modo de fixação da pena concreta. Deste modo se obtém mais do que um delito, mas menos do que um concurso real de delitos<sup>293</sup>.

Deve acrescentar-se que, por trás de tais resultados, se encontra talvez o ‘hábito’ das formas especiais do crime — assim chamadas por, na verdade, as realidades que acolhem não caberem nos esquemas categoriais classificatórios tradicionais. De maneira clara: o ‘hábito’ de remeter a matéria do concurso para fora ou para momento posterior ao da análise ‘normal’, sistemática, da infracção penal parece transformar, ainda hoje, este capítulo da ciência criminal num domínio onde não entram as virtualidades da doutrina do ilícito pessoal. Mesmo os penalistas que dela partem, não retiram depois, nas suas construções concursais, as consequências a que uma tal dogmática conduz, assim se julga, no tema da unidade e da pluralidade de delitos. A fazê-lo dedicar-se-á a segunda parte deste estudo.

---

<sup>293</sup> Note-se que — como tem sido sublinhado nestas páginas — a formação de um tipo de ilícito de concurso ideal, como o que vem de descrever-se, pode estar legitimada através de um preceito da Parte Geral. Ingeborg Puppe interpreta nesse sentido o § 52 do *StGB*. José Moutinho pretende fazer o mesmo com os art. 30º e 79º do Código Penal. As posições de ambos foram já analisadas (Cap. V e VI 2., respectivamente).

## **PARTE SEGUNDA**

**O concurso como momento de determinação do sentido de ilícito de um comportamento. Concretamente, do seu sentido unitário ou plural**

## I. Considerações introdutórias

O texto que agora começa há-de entender-se como o princípio do fim deste estudo. Nele encontrarão o seu sentido próprio, cabal, exposto de modo afirmativo, ideias convocadas para o diálogo com outros autores. Sobretudo aquela convicção — fortalecida em cada nova análise de hipóteses *ditas* de «concurso ideal», mas *realmente* reconduzíveis às duas formas concursais ‘puras’ — segundo a qual o problema do concurso se sobrepõe, ao menos no resultado, à questão de saber se no caso acontece um só ou vários crimes. Um só: «concurso aparente»<sup>294</sup>; vários: «concurso efectivo».

Como é natural, numa matéria que trata de unidade e de pluralidade de crimes, o princípio que presidiu à crítica e à rejeição do concurso ideal há-de ser o mesmo que permite a distinção entre «concurso aparente» e «concurso verdadeiro». De um modo mais correcto: afastado o concurso ideal, por se entender que na realidade corresponde, ora a um só facto ilícito, ora a dois ou mais, importa entrar em definitivo na apresentação do critério que se entende idóneo para delimitar a unidade criminosa. Fazendo-o, perceber-se-á que a doutrina geral da infracção tem instrumental válido para acolher e resolver, na ‘rotina dogmática’ habitual, a questão em estudo.

Repita-se: o concurso não constitui problema que deva esperar pelas chamadas «formas especiais de surgimento da infracção» para encontrar a resposta oportuna. Não necessita de um arsenal de conceitos próprios; nem exige um desvio metodológico do caminho seguido, em geral, para a captação e sancionamento do ‘material criminoso’ presente na conduta de alguém. A ideia que se propõe nas próximas páginas restabelece a sintonia entre a dogmática do concurso e a dogmática do crime e das suas consequências jurídicas. Não há um significado de delito para os casos em que a norma a convocar se mostra, com evidência, uma só; e outro, em parte distinto, para as

---

<sup>294</sup> Usa-se a expressão tradicional «concurso aparente» apenas enquanto modo de chamar à unidade criminosa que, para se afirmar, obrigou o intérprete a ultrapassar a dúvida sobre o seu carácter unitário ou, pelo contrário, plural. Adiante (Parte Segunda, III 2.) tomar-se-á posição no sentido de negar entidade à figura assim designada.

situações de dúvida quanto ao número de tipos a seleccionar<sup>295</sup>. Afigura-se mais simples e dogmáticamente mais congruente que um delito signifique sempre o mesmo; quer dizer, que quando se afirma «*B* cometeu tal crime» se esteja a mencionar a mesmíssima realidade que subjaz a esta outra asserção: «apesar de (formalmente) subsumível a diversos tipos legais, a conduta de *B* representa um crime só e como tal será sancionada».

Além disso, no quadro de um «direito penal do facto»<sup>296</sup> — único compatível com os pressupostos de um Estado de direito democrático —, o número de delitos há-de procurar-se, positivamente, no número de ilícitos ou, se se preferir, de ilícitos-típicos. Não na culpa — pois ela é culpa por *um certo* facto. Não num juízo compreensivo de culpa global<sup>297</sup>, que esbate os contornos nítidos do facto e pressupõe o esquecimento de que o ilícito consiste, não num acontecimento exterior desligado de sentidos pessoais (concepção do ilícito objectivo), mas antes numa unidade subjectivo-objectiva, *i.e.*, num conteúdo pessoal-objectivo de contrariedade a uma norma de determinação penal<sup>298</sup>.

Como melhor se verá adiante, facto e ilícito-típico equivalem-se, em matéria de concurso, sempre que se trabalhe o tema da perspectiva do ilícito pessoal. A culpa nada acrescenta ao número — unitário ou plural — de ilícitos-típicos perpetrados. Estes, enquanto unidades subjectivo-objectivas de sentido antinormativo, não se modificam em virtude de juízos de censurabilidade individual: nem se dividem, nem se multiplicam. Pode, com certeza, acontecer que algum ou alguns dos ilícitos-típicos não cheguem a constituir um crime, por se apresentar um obstáculo à culpa do agente ou uma causa que a exclua<sup>299</sup>.

---

<sup>295</sup> Falar em situações de evidência sobre a unidade criminosa significa apenas referir-se aos casos em que a experiência do intérprete torna mais fácil a ‘descoberta’ do seu sentido jurídico-penal. Abstraindo desse factor, rara será a hipótese que, de uma maneira ou de outra, não levante alguma dúvida quanto à exacta qualificação do seu conteúdo.

<sup>296</sup> Sobre a contraposição direito penal do facto e direito penal do agente, ver, por todos, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal* I, Cap. 10, § 1 s; ROXIN, *Strafrecht*, I, § 2, Rn. 1 s.

<sup>297</sup> Cfr., para a caracterização deste juízo, o Cap. III da Parte Primeira.

<sup>298</sup> ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, Parte II, Tít. I, Cap. I 2. (texto correspondente às notas 44 e 45). No próximo capítulo explicitar-se-á a noção de ilícito em causa.

<sup>299</sup> Não se pretende com isto dizer que inexistam factos ilícitos-típicos que só depois do concreto juízo de culpa ‘saibam’ qual o tipo legal de crime a que pertencem, qual a moldura penal que se lhes adequa. É o caso, por exemplo, de alguns homicídios privilegiados (do art. 133º do CP), que se distinguem de outros homicídios tão-só por uma específica diminuição da

Tal circunstância não impede, porém, que continue a estar presente uma pluralidade *de ilícitos*. E, sobretudo, a indagação da culpa e da punibilidade não sofre qualquer desvio substancial ou metodológico quando levada a cabo em circunstâncias de concurso: em qualquer dos planos se encerra sempre uma possível infirmação do crime, mas nunca um contributo que contrarie o sentido já afirmado do facto. Acresce ainda, como melhor se explicitará adiante, que as questões dogmáticas essenciais suscitadas nesse contexto pertencem ao plano do ilícito<sup>300</sup>. Por isso, a matéria que se estuda deveria, em bom rigor, ostentar o título, não de concurso de crimes, mas de «concurso de ilícitos».

Rejeitada a figura do concurso ideal, nada parece obstar à recondução do problema do concurso à sua função mais simples e inafastável<sup>301</sup>: a de resolver, em cada caso, a pertença de certa situação *ou* à unidade *ou* à pluralidade criminosas, quer dizer, de ilícitos. Isto, claro está, no contexto da dúvida que caracteriza o primeiro momento da questão concursal e tem por objecto a convocação de uma só ou de várias normas incriminadoras para valorar e punir o comportamento de alguém.

Com efeito, há dúvidas que contendem com o número singular ou plural de delitos (*i.e.*, de ilícitos) e nada têm a ver com a questão do concurso. Uma dúvida probatória, por exemplo. A incerteza sobre se o inteiro comportamento pode imputar-se a um mesmo sujeito. A dúvida de natureza concursal, porém, prende-se sempre com a selecção dos tipos-de-ilícito necessários para reprovar

---

culpa do agente. Ainda aí, contudo, o número de factos-crime não se modifica: esclarece-se apenas que o único facto corresponde ao tipo legal do art. 133º e não a qualquer outro.

Pode ainda, em planos diversos, acontecer que o ilícito-típico não chegue a consubstanciar um crime, por ausência de um qualquer elemento da punibilidade; ou que não venha a ser punido, por falta de algum requisito de perseguibilidade do facto.

<sup>300</sup> Ver, *infra*, sobretudo o Cap. VI.

<sup>301</sup> A matéria do concurso de crimes responde, na verdade, a duas perguntas fundamentais: a de saber quando praticou o agente um só crime e quando vários; a de determinar como deve punir-se o concurso verdadeiro. De forma parecida, Friedrich Geerds vê dois círculos de problemas na doutrina do concurso. Um deles, o concurso aparente, debruça-se sobre a aplicação material de leis formalmente aplicáveis e tem a sua origem na técnica de tipicização abstracta das condutas criminosas. O outro consiste em regular o modo de tratar quem viola várias leis ou várias vezes a mesma: a tarefa do concurso efectivo (GEERDS, *Zur Lehre von dem Konkurrenz*, p. 523).



certa conduta. Com a decisão, portanto, sobre o número de ilícitos-típicos que ela incorpora.

O concurso mostra-se, assim, parte do percurso normal de fixação do conteúdo de antinormatividade penal presente na actuação de uma pessoa. Por diferentes palavras: o problema do concurso, enquanto tal, 'consuma-se' na identificação do facto ou factos ilícitos, embora atinja a sua perfeição derradeira (exaurimento) tão-só mais tarde, depois de verificada a ausência, no caso, de circunstâncias excludentes da culpa ou de condições de punibilidade.

A tese que se defende — recorde-se — diz ser o problema do concurso de crimes uma questão atinente à resolução da dúvida sobre o número singular ou plural de ilícitos-típicos presente na actuação de uma pessoa. O que equivale, por um lado, a afirmar que tal problema se refere *sempre* ao modo como o direito penal desvalora um concreto comportamento e *nunca* a uma mera relação entre normas em si mesmas consideradas<sup>302</sup>. Por isso pertence à doutrina do *facto* (ilícito) penal e não à teoria da *norma* penal. Por isso lida com conteúdos de antinormatividade material e não apenas com recortes de ilicitude formal. Por isso, ainda, se apresenta como tarefa do juiz — que deve apreciar o 'mundo da vida' (onde as pessoas interagem) à luz dos critérios valorativos que compõem o 'mundo das normas'. Caso a caso.

Por outro lado, a posição adoptada, na medida em se acolhe à categoria dogmática do ilícito e pensa, nos termos já expostos<sup>303</sup>, bastar-se com ela, pressupõe uma noção de ilícito criminal que reúna duas características em aparência opostas: a capacidade de *individuar definitivamente* conteúdos de antinormatividade e a necessária *objectividade*. Com efeito, parece razoável que a separação do uno e do múltiplo em matéria criminal se leve a cabo através de um critério ainda generalizável e não já estritamente subjectivo; mas critério que abarque algum momento pessoal, sob pena de se revelar impotente

---

<sup>302</sup> Ver-se-á adiante que também a situação que alguns autores denominam «unidade de lei ou de norma» ou «concurso aparente de normas» melhor se compreende através da abordagem que aqui se propõe.

<sup>303</sup> *I.e.*, como se vem dizendo nestas «Considerações introdutórias» da Parte Segunda.

para dividir condutas objectivamente homogéneas, tal como para discernir o carácter doloso ou negligente das mesmas<sup>304</sup>.

As páginas que se seguem destinam-se, pois, a descrever a concepção de ilícito-típico que sustenta este trabalho e, em seguida, o critério material (de ilícito) conducente a discernir, em situações de dúvida concursal, quando esta deve resolver-se a favor da unidade e quando, pelo contrário, o caso reúne mais do que um sentido de ilícito. Na última hipótese levanta-se, em princípio, uma nova dúvida, específica da pluralidade de delitos encabeçada por um mesmo sujeito: a de saber como puni-la. Este estudo não terá por objecto a resposta à nova interrogação. Como tão-pouco se debruça sobre a análise dogmática sobranete — conferir a culpa do agente e eventuais condições de punibilidade relativas a cada um dos factos ilícitos saídos do esclarecimento da questão fundamental do concurso; ou, o que é o mesmo, verificar se a provisória pluralidade de delitos se converteu, ou não, em definitiva. Adiante se verá que os juízos posteriores ao de ilicitude não são afectados pela circunstância de o caso em apreço chegar até eles depois de ultrapassada a primeira dúvida concursal.

## **II. Do «concurso de crimes» ao «concurso de ilícitos»**

### ***1. Caracterização do ilícito pessoal que está na base deste estudo***

O direito ordena a vida comunitária através de normas de diferente natureza e função. Aquilo a que por tradição se dá o nome de ramos do direito não corresponde a uma mera arrumação de matérias, nem a qualquer

---

<sup>304</sup> O que se afirma pode parecer contraditório: individuar definitivos conteúdos de ilícito, utilizando para tal um critério que seja ainda generalizável, não estritamente subjectivo. A contradição desaparece quando se atenta em que o que se quer individuar são conteúdos pessoais-objectivos de antinormatividade, *i.e.*, acções criminalmente desvaliosas de uma pessoa; e que o sujeito de tais acções, no momento do juízo de ilícito, é um indivíduo concreto no qual se supõem, todavia, presentes as qualidades do homem-médio da sua condição sócio-existencial. Dito de outro modo: o critério do ilícito penal individua, tomando (provisoriamente) como sujeito da acção antijurídica uma pessoa individual cuja estrutura psicológico-emocional se ficciona coincidir com a do homem-médio. Tudo quanto se diz tornar-se-á claro no capítulo seguinte.

classificação destinada a facilitar a procura de um preceito por entre os muitos que a ordem jurídica alberga. Deriva antes da circunstância de a justiça que se pretende realizar não possuir uma só medida ou um ponto de vista apenas. Fazer justiça em determinada situação ou relação interpessoal compreende por vezes distintas tarefas, diferentes abordagens<sup>305</sup>.

A função do direito penal costuma designar-se, numa pequena parte da doutrina, de «função de protecção ou garantia» (*Schutz-, Garantiefunktion*)<sup>306</sup>. Não lhe compete traçar um esquema social de repartição de encargos e benefícios, de definição de direitos e deveres dos sujeitos comunitários, e recompô-lo de cada vez que o seu equilíbrio originário se altera, por terem ocorrido lesões a interesses contemplados. Esta «função de conformação ou ordenação» (*Gestaltungs-, Ordnungsfunktion*)<sup>307</sup> própria, por exemplo, do direito civil, está condensada em normas de valoração, que fundamentam, quando violadas, uma pretensão de reparação ou indemnização por parte da vítima<sup>308</sup>. Não é questão, nestes ramos do direito, de uma censura ao comportamento do agente, de uma avaliação do seu desvalor intrínseco; o núcleo do ilícito civil esgota-se no mero desvalor do resultado, na diminuição ou no aniquilamento da situação patrimonial ou não patrimonial de vantagem,

---

<sup>305</sup> Isto acontece em sistemas jurídicos de matriz continental — baseados em normas gerais e abstractas, materializadas em textos legislativos —, que não permitem, por estas suas características, resolver um caso da vida apelando para um só preceito que o apreenda em todas as suas particularidades. Diferentes se apresentam as coisas em sistemas do *common law*, onde um precedente jurisprudencial pode ditar em globo a justiça do caso.

<sup>306</sup> Ver a nota seguinte.

<sup>307</sup> A diferenciação de funções e as expressões que a servem devem-se a WELZEL, *Naturalismus*, p. 83 s. Retomou-as, recentemente, como base de toda uma visão do direito e, em particular, do direito penal, ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, «Considerações introdutórias», p. 2 s.

<sup>308</sup> O binómio norma de valoração/ norma de conduta ou de determinação (esta aparecerá a seguir como característica do direito sancionatório, nomeadamente penal) não pretende exprimir uma oposição absoluta entre as duas, no sentido de não poderem coexistir num mesmo ramo do direito. Indo ao que importa esclarecer: a norma que impõe uma conduta, fá-lo — nos quadros dogmáticos que subjazem a este estudo — no seguimento de uma valoração, com base nela. Ou seja, a norma de determinação assenta sobre uma norma de valoração. Ver um pensamento análogo, por exemplo, em MIR PUIG, *Derecho penal*, 9ª ed., p. 68 s. EDUARDO CORREIA, *A teoria do concurso*, p. 91 s, diz, seguindo Mezger, que «o direito penal não valora negativamente certas condutas apenas por valorar. [...] valora-as para determinar» (p. 93). Mas, diferentemente do que se expõe em texto, fala do ilícito como violação de uma norma de valoração e da culpa como violação de uma norma de determinação. Cfr. MEZGER, *GS 89* (1924), p. 239 s, 250 s; *idem*, *Strafrecht*, 3ª ed., p. 162 s.

com indiferença pela concreta causa que lhe deu efeito. Como lógico corolário de um ilícito assim caracterizado, a ausência de prejuízo efectivo equivale a ausência de ilícito, que consiste tão-só, repita-se, no resultado danoso. Dizendo o mesmo por diferentes palavras: não faz sentido, para a função de ordenação própria do direito civil, atribuir qualquer relevo jurídico a um comportamento inconsequente, por assim dizer, a uma conduta que não ultrapassou o limiar da tentativa<sup>309</sup>.

Em contraponto, a ordem jurídico-penal, na sua função de protecção ou garantia, pretende, em última análise, a tutela subsidiária de bens jurídicos. Não determina o «*suum*» de cada cidadão, o seu quinhão no bolo comunitário ou a sua quota parte nos encargos da vida social. Dá antes por assente essa ordenação societária e toma sobre si a missão de preservar os seus valores primários, mais valiosos, os que se revelam imprescindíveis para a sobrevivência da comunidade<sup>310</sup>. Importa contudo observar, com Welzel, que o direito penal chega tarde demais, tantas vezes, a esse objectivo<sup>311</sup>. Punir quem provocou a lesão ou a colocação em perigo de tais bens nunca repõe estes últimos na situação de tranquilidade em que se encontrariam se a actuação ilícita não tivesse ocorrido. Ora essa circunstância parece exigir — para evitar um sem sentido — uma compreensão das coisas que passe pelo reconhecimento de que o direito sancionatório, com o direito penal em primeiríssimo plano, estabelece com os bens jurídicos que cuida uma relação singular. Procura prevenir a sua lesão ou colocação em perigo proclamando normas de conduta ou de determinação, quer dizer, normas de natureza prospectiva que devem informar o actuar pessoal dos seus destinatários<sup>312</sup>. Ao direito penal interessam as acções, o seu sentido, antes mesmo da concretização

---

<sup>309</sup> ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, «Considerações introdutórias», p. 2 s, e Parte II, Tít. I, Cap. I 1. (texto correspondente às notas 2 s).

<sup>310</sup> Não pretende desenhar-se uma visão do direito penal como uma ordem imóvel e parada no tempo. Sublinha-se tão-só a ideia já descrita, segundo a qual o direito penal quer assegurar ou garantir os valores básicos, aquelas condutas que tornam sofrível a vida comunitária. Não lhe compete presidir à distribuição desses mesmos bens; antes torná-la efectiva, depois de a ter apreendido da própria vida e da Constituição que a reconhece e proclama.

<sup>311</sup> WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11<sup>a</sup> ed., p. 3.

<sup>312</sup> Ver, *supra*, nota 308.

do dano ou sequer do perigo próximo que elas encerram. A punibilidade da tentativa é reveladora de que à justiça criminal importa o desvalor intrínseco do comportamento do agente. Não decerto pela mera desobediência formal à norma, mas pela indiferença ou pela ligeireza perante o conteúdo da mesma que dito comportamento revela.

Há, no desvalor ínsito ao ilícito penal, como que um duplo aspecto de antinormatividade, que afinal se conjuga de modo inextrincável: a ofensa ao bem jurídico e a atitude pessoal que a anima. Note-se que animar não é causar. Causar não possui densidade valorativa própria, é movimento que se especifica e avalia pelo efeito que se lhe segue. Causar não tem em si nada de pessoal, ainda que um movimento voluntário de alguém se apresente como condição de certa modificação do mundo exterior. Animar, pelo contrário e neste contexto, exprime a relação desse movimento com um conteúdo de vontade, a interdependência entre o que acontece fora e o que confere a esse acontecimento o sentido de uma realização pessoal.

Em suma: a função de protecção ou garantia da ordem jurídico-penal requer que os seus comandos revistam a natureza de normas de comportamento ou de determinação e, em consequência, se destinem a conformar actuações pessoais. A antinormatividade criminal supõe, então, para além do eventual desvalor de situação (lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico-penal), um inarredável desvalor de acção. Tipificado. Objectivo. Como se verá a seguir: pessoal-objectivo.

Parte-se, assim, neste estudo, de uma ideia do crime como violação de uma norma de determinação, de um dever de conduta imposto pelo legislador com vista à preservação de certos bens considerados, de uma perspectiva comunitária, como os mais valiosos e necessitados de protecção. Tal ideia de crime leva implicada uma ‘pessoalização’ de todos os planos dogmáticos em que se analisa; com a consequência de que também o facto ilícito — e não apenas a culpa do agente — se torna *pessoal*, quer dizer, passível de compreender-se como obra ou realização de uma pessoa. O desvalor específico

do ilícito penal encontra-se então na própria *acção desvaliosa*, pois é ela — a acção —, perfeita ou imperfeita, seguida ou não de um evento desvalioso dela cindível, que encarna o sentido de contrariedade (ou de descuido) em relação ao dever-ser jurídico-criminal.

Fica longe, por conseguinte, a noção de ilícito objectivo, centrada no desvalor do resultado, na simples ocorrência de uma situação de perigo ou de dano para um bem jurídico — situação em si mesma impessoal, exterior ao sujeito, dele independente, na medida em que esses mesmos contornos de risco ou lesão (para além de envolverem quase sempre o factor «acaso») poderiam igualmente provir de uma força da natureza ou de um animal. Não se ignora que os sistemas clássico e neoclássico exigem, como base de ulteriores predicções, uma acção humana e, sobretudo, que não admitem um crime sem a comprovada culpa do agente. Mas, na sequência analítica de tais construções, observa-se como que um hiato: ao abordarem a categoria do ilícito-típico, parecem esquecer que caracterizam, precisamente, uma acção humana, lembrando-o apenas mais tarde, em sede de culpa. Dito de outro modo: o ilícito como que se torna independente da acção humana que estão a caracterizar. E a consciência de lidar com uma realização pessoal reaparece só depois, no momento da culpa. A afirmação expendida pretende pois e tão-só assinalar a falta de «pessoalidade» que contradistingue, nos mencionados sistemas, um degrau dogmático da importância do facto ilícito. Se a ilicitude se reporta a uma acção humana, conviria que esta viesse inteira ao confronto com os cânones da ordem jurídico-penal. Inteira, repete-se: como unidade subjectivo-objectiva, expressão de um sentido não redutível à facticidade do que acontece exteriormente<sup>313</sup>.

---

<sup>313</sup> Não se pretende, com certeza, afirmar que os sistemas clássico e neo-clássico ignorem a noção de valor/ desvalor no plano do ilícito-típico. Diz-se tão-só que o objecto da valoração se reduz, para tais construções dogmáticas, ao que aconteceu no exterior do sujeito activo. Uma lesão da vida de uma pessoa, da sua integridade física ou património, da sua honra. Se se pensa no autor do facto, pensa-se apenas no seu papel de causador do perigo ou da lesão, da negação dos valores criminalmente protegidos. O valor ou desvalor está no resultado em si mesmo considerado, que só no plano da culpa se voltará a unir à intencionalidade do sujeito.

Mas o sistema que está na base deste estudo tão-pouco se identifica com uma interpretação do ilícito pessoal a que pode chamar-se ‘minimalista’, no sentido de que se limita a trazer para o plano dogmático da ilicitude parte, ao menos, dos elementos que compõem as categorias do dolo e da negligência, criando assim, ao lado do tipo objectivo de ilícito, o respectivo tipo subjectivo. Esta visão que, como se verá adiante, não retira da pessoalidade do ilícito consequências bastantes, *i.e.*, que não se demarca em muitos aspectos do ilícito objectivo que diz repudiar, informa hoje ainda a generalidade do pensamento escrito dos penalistas que se revêem numa concepção pessoal da ilicitude<sup>314</sup>.

Em data muito recente, A. M. Almeida Costa, num estudo sobre a participação criminosa, propõe, para a superar, um sistema dogmático assente, ele também, na compreensão do crime como violação de uma norma de determinação, mas onde o ilícito reforça o seu carácter pessoal ao ser entendido como «culpa do homem médio»<sup>315</sup>. Afinal, ilícito e culpa consubstanciam juízos de contrariedade a uma norma de comportamento, a uma norma que impõe deveres (não apenas a uma norma que desvaloriza situações<sup>316</sup>) e supõe, por isso, um destinatário pessoal. *I.e.*, tanto o ilícito como a culpa não podem deixar de reportar-se a um agir pessoal<sup>317</sup>. Contrariamente, porém, à culpa, o juízo do ilícito não atende às características psicológico-emocionais do indivíduo-autor; põe, no lugar delas, em transitória ficção, as que a ordem jurídico-criminal espera do homem médio, da «pessoa social»<sup>318</sup> que projecta como padrão das suas exigências, como destinatário ideal dos seus comandos. Por diferentes palavras: o facto criminalmente ilícito, infractor da norma de comportamento, apresenta-se como *conduta pessoal* ilícita. O seu

---

<sup>314</sup> Quanto a este modo de ver as coisas cfr., por exemplo, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, p. 563 s; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Strafrecht. AT* 2, § 43, Rn. 17 s; STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht. AT* I, § 15, Rn. 11; ROXIN, *Strafrecht. AT*, § 11, Rn. 44 s, e § 24, Rn. 3 s e 8 s; FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, 2ª ed., 2007, Cap. 11, § 9 e 10, § 63). Para uma crítica a esta noção 'pobre' de ilícito pessoal, ver ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, Parte II, Tít. I, Cap. I 1. (texto correspondente às notas 13 s).

<sup>315</sup> ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, Parte II, Tít. I, Cap. I 2. e 3.

<sup>316</sup> Cfr., *supra*, nota 308.

<sup>317</sup> Em boa verdade, agir é acto próprio de uma pessoa, pelo que a expressão utilizada se pode classificar de redundante. Neste caso, a redundância pretende enfatizar essa mesma realidade.

<sup>318</sup> A este propósito, cfr. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, Parte II, Tít. I, Cap. I 2. (nota 44 e texto correspondente).

conteúdo de antinormatividade reflecte, pois, não uma *situação* contrária ao dever-ser jurídico-penal, mas uma *actuação*, uma *unidade subjectivo-objectiva de sentido* contrária a esse dever-ser. Com efeito, o ilícito é expressão de uma intencionalidade de sentido<sup>319</sup>, exteriorização de uma atitude de contrariedade ou de indiferença, de leviandade ou de descuido perante a ordem de valores jurídico-criminal. Atitude que se imputa ao sujeito individual, porquanto nele se presumam as capacidades do homem médio. Atitude concretizada em diversíssimos contornos materiais: aqueles que o legislador seleccionou como merecedores de tutela, por corresponderem às suas exigências de dignidade penal e de necessidade de pena. Mas atitude, ela também, seleccionada pelo legislador, possuidora em si mesma de um concreto desvalor, onde interferem os tradicionais elementos do tipo subjectivo (dolo, negligência, especiais intenções, etc.). O teor de antinormatividade de cada tipo de ilícito advém-lhe, então, do entrosamento dos dois factores: desvalor de acção e desvalor de resultado.

Note-se que o juízo que se reporta a um substrato assim entendido — unidade subjectivo-objectiva — não se converte por isso em juízo subjectivo<sup>320</sup>. A matriz de uma valoração varia, não consoante a natureza do seu objecto — essa supõe-se constante, sob pena de se tornar impossível qualquer intento de a apreciar —, mas de acordo com os critérios que a norteiam. O juízo de ilicitude penal mantém-se objectivo, mesmo quando recusa desconfigurar o seu substrato, reduzi-lo ao resultado. E mantém-se objectivo porque é generalizável: a ilicitude que se diz da conduta *X* praticada por *A* é a

---

<sup>319</sup> Usa-se, como se percebe, a palavra «intencionalidade» no sentido tradicional da filosofia prática, *i.e.*, para traduzir a ideia de que o actuar humano, por estar ligado a uma inteligência, pode antecipar fins e orientar-se espontaneamente, de dentro para fora. E note-se que «intencionalidade» não equivale a «teleologia» ou a «finalização». Processos naturais, estruturas podem estar teleologicamente orientados, dispostos para um fim; mas não se orientam a si próprios, não agem: estão organizados em termos de causas operativas. Em suma, quer frisar-se que pode haver teleologia e ordem sem inteligência interna; mas não intencionalidade: esta caracteriza as intervenções de uma inteligência. A acção, o agir é um modo de operar pessoal. As ideias expostas pertencem a MARTIN RHONHEIMER, «*Intelligent design e creazione*», *Acta philosophica*, fasc. I, vol. 17, p. 94.

<sup>320</sup> Como está bem de ver, as expressões juízo *objectivo* e juízo *subjectivo*, usadas neste contexto, possuem um significado que nada tem a ver com a isenção ou imparcialidade no acto de julgar, ou com a falta dela.



mesmíssima ilicitude que se diria da conduta *X* levada a cabo por *B*, *C* ou *D*, todos na veste de «pessoa social». A «culpa do homem médio» é generalizável. O critério que a fixa é pessoal-objectivo. Ao contrário da culpa individual. A esta última chega-se através de um juízo que atende às qualidades emocionais (atitude de contrariedade/ indiferença ou de descuido/ leviandade) que a pessoa *singular* manifestou no facto. É, pois, um critério pessoal-subjectivo que a determina.

Em suma: a construção do ilícito pessoal proposta por A. M. Almeida Costa não confunde pessoalidade com subjectividade individual, afastando-se assim, quer de um ilícito objectivo, inadequado à função e à natureza específicas do direito penal, quer de um ilícito subjectivo, «do agente», incompatível com os pressupostos do Estado de Direito democrático. Trata-se, pois, de um ilícito-típico subjectivo-objectivo quanto ao seu substrato, valorado segundo um critério pessoal-objectivo (o do «homem médio»), no quadro das exigências de um direito penal do facto<sup>321</sup>.

O ilícito criminal a que se adere neste estudo pode descrever-se, pois, como «um juízo provisório de culpa sobre o agente individual, enquanto presumível detentor das capacidades do homem médio»<sup>322</sup>. Juízo *provisório*. Porque o juízo definitivo — de verdadeira culpa individual — pode vir a revelar um agente inimputável, ou agindo em circunstâncias que tornam inexigível, para ele, a conduta lícita, ou ainda em erro não censurável sobre a ilicitude. Se assim for, a culpa do homem concreto considera-se excluída, não havendo portanto lugar a conduta punível. Caso contrário, confirma-se o sentido de antinormatividade detectado no plano do ilícito.

Recuando um pouco no tempo, para obter perspectiva histórica, talvez possa dizer-se que o ilícito pessoal pretende ganhar em clareza à dogmática do

---

<sup>321</sup> A este propósito, contrapondo a perspectiva pessoal-subjectiva do juízo de culpa individual (e da velha *imputatio iuris*) à perspectiva pessoal-objectiva subjacente ao juízo de ilicitude pessoal, veja-se ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, Parte II, Tít. I, Cap. III, texto de notas 173 s.

<sup>322</sup> *Ibidem*.

séc. XIX — separando, ao contrário desta, o ilícito e a culpa —, sem contudo abandonar a compreensão do facto criminalmente relevante como *facto de uma pessoa*.

Alcança-se esse objectivo percebendo que a distinção entre o ilícito e a culpa passa pela valoração do comportamento de alguém de acordo com um critério pessoal-objectivo — juízo de ilícito — e, depois, segundo uma medida pessoal-subjectiva — juízo de culpa individual. «Culpa do homem médio» e «culpa (individual) *tout court*» passam a constituir os dois conceitos-chave da dogmática jurídico-criminal.

O «homem médio» desempenha, assim, no direito penal, um duplo papel. Antes de mais, o de padrão da exigibilidade criminal, *i.e.*, o de bitola pela qual se medem as exigências gerais das suas normas. Estas não impõem aos membros da comunidade o que apenas se encontra ao alcance de quem possuir qualidades extraordinárias; mas tão-pouco se basta com o que não atinge sequer o patamar mínimo julgado imprescindível para uma convivência interpessoal digna desse nome<sup>323</sup>. De outra parte, o homem médio aparece ainda como ideal destinatário da norma de determinação, por apresentar aquele conjunto de capacidades de discernimento e liberdade que caracterizam o actuar pessoal e presumivelmente o acompanham.

## ***2. A definitividade do dolo e da negligência determinados em sede de ilícito***

### ***2.1. Introdução***

A adopção deste peculiar sistema de «ilícito pessoal», tradução dogmática de uma peculiar ideia de crime e capaz de a reflectir em decisões judiciais, estará presente neste trabalho em exclusiva função do concreto tema a dilucidar. O que vale por dizer: as opções sistemáticas a que se adere, resultantes de um coerente aprofundar no carácter pessoal do ilícito, serão

---

<sup>323</sup> Segue-se, neste ponto, o entendimento maioritário: por todos, MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Strafrecht. AT* 2, 7<sup>a</sup> ed., § 43, Rn. 28 s; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, p. 578; WESSELS/BEULKE, *Strafrecht. AT*, § 15, Rn. 667a e 669.

referidas na medida do necessário para alicerçar, com segurança doutrinal, a visão do concurso aqui defendida. Nomeadamente a convicção, tantas vezes reiterada, de que o lugar dogmático onde se suscitam as questões do concurso é o ilícito-típico e não o momento das «formas *especiais* de surgimento da infracção». Numa palavra: o problema por antonomásia que deve ser esclarecido reside em saber se existe ou não no caso um «concurso *de ilícitos*».

Na verdade, um sistema como o que se assume — que retira da pessoalidade do ilícito virtualidades explicativas ainda não consideradas — permite tratar dentro de tal categoria as matérias que as doutrinas ‘objectivistas’ do ilícito relegaram para uma dogmática especial (admitindo assim a inaptidão das suas categorias comuns para as entender).

A assunção de tal sistema — e a superação crítica do que se chamou ilícito pessoal ‘minimalista’ — possibilita de igual modo compreender por que razão a evolução do pensamento penal, na direcção da pessoalidade do ilícito, parece não ter afectado, como deveria, a questão do concurso. É que a doutrina ‘minimalista’ não possui recursos dogmáticos suficientes para recortar *definitiva e completamente* um concreto conteúdo de antijuridicidade criminal, um *facto* criminalmente *ilícito*. Não pode, por conseguinte, cortar com a tradição clássica e neoclássica neste domínio; dispensar, *i.e.*, a meta-categoria das «formas especiais» como o lugar sistemático do concurso de crimes <sup>324</sup> <sup>325</sup>.

---

<sup>324</sup> O que se afirma tem de ser entendido dentro dos mais recentes desenvolvimentos das doutrinas do ilícito pessoal. Com efeito, tentativa e comparticipação — as duas outras formas do crime nos sistemas tradicionais — vêm sendo já compreendidas como problemas do ilícito. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal I*, explica as referidas matérias no âmbito dos «Factos puníveis dolosos de acção» e, depois, no dos «Crimes negligentes». O concurso, porém, é deixado ainda para o último lugar do tratado, aquele que por tradição ocupam as formas especiais de aparecimento da infracção. Cfr. ainda o Prefácio da obra, onde escreve: «nesta nova edição são tratados, nos lugares sistemáticos que julgo devidos, os temas da tentativa, da comparticipação e do concurso»; depois de confessar que sempre sustentou que «as teorias da ‘tentativa’ e da ‘comparticipação’ constituem, de corpo inteiro, capítulos integrantes do ilícito típico dos delitos dolosos de acção, dos delitos de omissão e (em parte) dos delitos negligentes» (FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal I*, p. VII).

<sup>325</sup> Há-de perceber-se esta afirmação sobre a desnecessidade das chamadas «formas do crime» no sentido positivo que possui: o de que a dogmática do ilícito pessoal — como instrumento ao serviço de uma certa ideia de crime — cumpre o seu cometido, ou seja, serve. As suas categorias concatenam-se de modo a permitir a descoberta dos singulares casos criminais, assim como o seu cabal tratamento. Do mesmo passo que arrojam luz sobre a especificidade do ilícito e da culpa jurídico-penais.

Adiantando razões. A questão concursal não passa de um momento de dúvida quanto à unidade ou pluralidade de delitos perpetrados por um mesmo agente (e susceptíveis de serem julgados em simultâneo). Decidi-la é resolver, antes de mais, quantos factos ilícitos-típicos estão definitivamente presentes no comportamento do autor. Ora, a quantidade de factos não se mostra independente da sua identidade: dizer «quantos» é dizer «quais»; indicar o conteúdo (subjectivo-objectivo) de antinormatividade penal a censurar ao agente; definir o tipo subjectivo-objectivo de ilícito ali presente. Numa palavra: o esclarecimento da dúvida concursal passa (para além, claro está, dos outros aspectos que delimitam o ilícito em causa) pela irreformável identificação do delito como doloso ou negligente. Por isso — e é este o ponto nevrálgico que um ilícito pessoal ‘minimalista’ não consegue transpor —, o concurso só poderá tratar-se no plano dogmático do ilícito-típico, quer dizer, sem interferência de considerações de culpa, quando nesse plano se logre separar dolo e negligência. Em definitivo. Ou seja: sem admitir faltas de congruência entre o sentido (pessoal) do facto ilícito e o sentido (pessoal) final do crime. Sem permitir que ao dolo do tipo-de-ilícito se siga uma negligência da culpa, acabando esta por negar a natureza dolosa da infracção.

Deve reconhecer-se que o mais incipiente «ilícito pessoal», superando as doutrinas ‘objectivistas’, transfere para esta categoria dogmática a resolução criminosa e evita, desse modo, a ‘subida’ ao plano da culpa para individualizar condutas materialmente homogêneas<sup>326</sup>. Já se mostra, porém, insuficiente no que diz respeito à separação cabal entre actuações dolosas e actuações negligentes. Subsistem, na verdade, campos de ambiguidade ou mesmo de claro recurso a argumentos de culpa para a levar a cabo. Pense-se na distinção entre dolo eventual e negligência consciente; no esclarecimento dogmático do

---

<sup>326</sup> Assim o observa também FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal I*, § 22 do Cap. 41º. O problema foi abordado sob a designação de realização iterativa de um tipo de crime (ver, *supra*, na Parte Primeira, II 4. 2. a). O reparo continua, todavia, a revelar-se pertinente, também para os adeptos do ilícito pessoal minimalista, quando deixam para decidir em sede de culpa a definitiva natureza dolosa ou negligente de um delito. O texto especifica, de seguida, em que hipóteses tal acontece.

erro sobre «proibições legais»; e, sobretudo, na justificação do regime do erro sobre os pressupostos fácticos de uma causa de exclusão da ilicitude<sup>327</sup>.

O que vem de dizer-se exige explicação.

## ***2.2. O problema da congruência entre dolo do tipo e dolo da culpa***

Tome-se como paradigma, na doutrina portuguesa que se reclama do ilícito pessoal, o pensamento de Figueiredo Dias, com a sua compreensão do dolo e da negligência como entidades complexas, que relevam quer na categoria do tipo-de-ilícito subjectivo, quer na do tipo-de-culpa<sup>328</sup>. A propósito da questão que agora se aprecia — qual seja a de saber se se dá (ou não) absoluta continuidade entre dolo do tipo e dolo da culpa —, o autor admite, em certos casos, uma discrepância.

Sendo certo que se verificou, quanto a estas matérias, uma evolução no pensamento do penalista português, a sua apresentação far-se-á de modo cronológico. Cada questão será enunciada a partir de um artigo de síntese, publicado em 1991 — «Sobre o estado actual da doutrina do crime» — e depois revista, na base da opinião que o autor defende agora, no seu tratado de direito penal<sup>329</sup>.

Nos princípios da década de noventa, Figueiredo Dias alude ao problema nestes termos: «No que toca à *construção dos tipos-de-culpa*, uma das questões à qual — até pelas consequências sistemáticas fundamentais que acarreta — tendo a atribuir maior relevância é a que [...] poderei chamar da *congruência* entre tipos-de-ilícito dolosos e negligentes, por um lado, e tipos-de-culpa dolosos e negligentes, por outro lado»<sup>330</sup>. Depois de dar notícia de que a quase unanimidade da doutrina que faz relevar duplamente (no plano do

<sup>327</sup> A este propósito, no quadro da crítica à compreensão do dolo do tipo como um mero «dolo natural», em que assenta a esmagadora maioria dos adeptos da teoria do ilícito pessoal, ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, Parte II, Tít. I, Cap. I 3. e, especificamente acerca do erro sobre os pressupostos fácticos do tipo justificador, Cap. II 1. (nota 79 e texto correspondente).

<sup>328</sup> Cfr. FIGUEIREDO DIAS, *RPCC* 1 (1991), p. 48 s; do mesmo autor, *Direito Penal* I, Cap. 10º, § 58 s (sobretudo § 63 e 64).

<sup>329</sup> As obras científicas a que se refere o texto estão indicadas na nota anterior.

<sup>330</sup> FIGUEIREDO DIAS, *RPCC* 2 (1992), p. 17.

ilícito e no da culpa) as categorias mencionadas vai na direcção da «congruência» total, exprime o seu ponto de vista. Mostra-se convicto de que constitui «tarefa de cumprimento impossível» traçar a fronteira entre dolo e negligência dentro do tipo-de-ilícito: «ao menos nos casos mais difíceis e duvidosos não é possível lograr uma afirmação do dolo teleologicamente fundada sem apelar, em último termo, para a *indiferença* do agente perante a realização do tipo»<sup>331</sup>. E passa a indicar quais são esses casos irresolúveis no plano do ilícito.

#### ***a) Dolo eventual e negligência consciente***

Figueiredo Dias fala, em primeiro lugar, da própria fronteira entre o dolo e a negligência, na medida em que apresentam uma presumível zona de sobreposição. Parte da ideia segundo a qual o tipo *objectivo* permanece o mesmo (no dolo e na negligência), cabendo ao tipo *subjectivo* a tarefa de definir o carácter doloso ou negligente do ilícito-típico. Acontece que, em princípio, o tipo *subjectivo* negligente surge apenas da negação do doloso, *i.e.*, afirma-se quando se puder assegurar que o agente *não quis* realizar aquele tipo *objectivo* de ilícito. Ora, admitindo que a vontade pode abranger factos cuja ocorrência se lhe apresenta tão-só como *possível* e que também a mera negligência é compatível com essa forma de representação, fica perto a conclusão de que o dolo *eventual* se distingue da negligência *consciente* por apelo à atitude interior que o agente concretizou no facto; o mesmo é dizer: em sede de culpa. Seria a indiferença do sujeito perante o bem jurídico a revelar a existência de dolo e o correspondente afastamento da negligência.

Em data posterior, Figueiredo Dias muda a sua abordagem do problema e propõe, com Roxin, um modo de o resolver dentro da categoria do tipo de ilícito<sup>332</sup>. Se bem se interpreta o pensamento do autor, o dolo (do tipo) vem

---

<sup>331</sup> *Ibidem*, p. 18-19.

<sup>332</sup> Cfr. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal* I, 1ª ed., Cap. 13º, § 56; na 2ª ed., Cap. 13º, § 49. Tanto Roxin como Figueiredo Dias têm em mente a teoria da conformação como critério

agora estabelecido em raciocínio lógico circular, *i.e.*, auto-confirmante<sup>333</sup>, que pode enunciar-se como segue: uma vez que indagar acerca da culpa dolosa pressupõe já estabelecido o dolo do tipo<sup>334</sup>, deve afirmar-se que este está presente sempre que o agente, tomando a sério a possibilidade de violar um bem jurídico, decide levar avante a sua actuação.

Por outras palavras. Se *A* entra em contas com uma possível lesão de um valor jurídico-penal e realiza, apesar disso, o seu comportamento, há-de dizer-se que o quis ou, com maior precisão, que esse bem lhe é indiferente. Concretizando o argumento. *A* não decidiu violar o bem. Mas decidiu actuar, consciente da sua possível violação. Pode, então, concluir-se que *A* decidiu que o bem em causa seria lesado/violado, no caso de tal vir efectivamente a acontecer. Como afirma Roxin: «existe já [nessas hipóteses] uma decisão pela violação possível do bem jurídico»<sup>335</sup>.

Sublinhe-se a perplexidade sentida em face do critério que acaba de expor-se. O dolo do tipo, quando eventual, representa em definitivo e tão-só um *indício* da atitude interior de indiferença, da culpa dolosa do autor; mas é essa provável atitude de indiferença que está na base da afirmação do tipo doloso. Não fora ela e deixaria de poder dizer-se que o agente se decidiu pela violação possível do bem jurídico. Atente-se na frase integral de Roxin: «Quando a violação de um resultado como possível é *completamente indiferente*, então tanto está bem [para o agente] a sua verificação como a sua não verificação; perante uma tal posição, uma decisão pela violação possível do bem jurídico existe já»<sup>336</sup>.

---

legal positivo da distinção entre o dolo eventual e a negligência consciente. A obra de Roxin aparece citada na nota 335.

<sup>333</sup> Não um círculo vicioso, mas um círculo lógico, *i.e.*, um raciocínio circular que se valida a si próprio. A ideia e a terminologia foram colhidas em ZOGLAUER, *Normenkonflikte – zur Logik und Rationalität ethischen Argumentierens*, p. 305 s).

<sup>334</sup> Figueiredo Dias entende que o binómio ilícito negligente/culpa dolosa não faz sentido. Mas admite, como se verá adiante — a propósito do erro sobre os pressupostos fácticos de uma causa de justificação —, a incongruência inversa: ilícito doloso/culpa negligente.

<sup>335</sup> ROXIN, *Strafrecht I*, § 12, Rn. 30. (A citação consta, por extenso, do próprio texto de FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal I*, Cap. 13º, § 49).

<sup>336</sup> *Ibidem*.

Para além disto, torna-se difícil deixar de observar que a 'decisão' pela conduta, apesar do risco, se dá também na negligência consciente. Ou — caso não se aceite o reparo —, que afinal a diferença, no plano do ilícito, entre dolo eventual e negligência consciente se cifra tão-só em que, no primeiro, o agente *leva a sério* o risco para o bem jurídico e, na negligência consciente, o mesmo risco *não é levado a sério*. O que parece ficar muito próximo, uma vez mais, de uma distinção emocional: a pessoa responsável, que toma a sério qualquer perigo, agirá com dolo; enquanto a irresponsável, que jamais leva a sério coisa alguma, actuará com negligência. A distinção passa então a depender de um juízo pessoal-subjectivo — de culpa, portanto —; não de um juízo pessoal-objectivo, de ilícito.

Em suma: julga-se que o autor continua a não encontrar critério que permita separar o ilícito doloso eventual, por assim dizer, do ilícito negligente consciente. A atitude interior de indiferença perante o dever-ser criminal permanece, ainda que de uma forma implícita, a pedra de toque da terceira modalidade do dolo.

A solução que Figueiredo Dias procura para o problema talvez só possa construir-se a partir de uma perspectiva não-minimalista do ilícito pessoal, como aquela em que assenta este estudo. O dolo eventual reconhece-se, na verdade, por consubstanciar uma atitude de indiferença perante o bem jurídico-penal em causa; diferente da atitude de descuido ou leviandade própria da negligência, também da consciente. Mas é precisamente essa atitude pessoal, detectada através de um «juízo de culpa sobre o agente individual revestido das características emocionais do homem médio»<sup>337</sup>, que constitui o conteúdo objectivo de antinormatividade a que se chama dolo do ilícito-típico; autónomo e diverso da negligência do mesmo<sup>338</sup>.

---

<sup>337</sup> A expressão e a noção de dolo do ilícito-típico que se descreve em texto pertencem a ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, Parte II, Tít. I, Cap. I 3., onde podem encontrar-se ulteriores desenvolvimentos.

<sup>338</sup> *Ibidem*.



Numa palavra, o dolo do ilícito é mais do que o dolo natural: é «dolo do homem médio» (normativo, portanto)<sup>339</sup>. E o dolo é mais do que um certo tipo subjectivo aposto a um tipo objectivo (em si mesmo comum ao ilícito negligente). E a razão pela qual isto importa não se reduz a mera arquitectura dogmática; resulta antes de uma certa compreensão do facto ilícito penal: uma unidade subjectivo-objectiva, cujo carácter doloso ou negligente se repercute no próprio tipo objectivo.

O ilícito doloso constitui um todo coeso, um peculiar conteúdo de antijuridicidade criminal, que apela em simultâneo para os chamados tipos subjectivo e objectivo, superando-os. O mesmo acontecendo com o ilícito negligente<sup>340</sup>. E sobre esse facto uno assentará depois o juízo de culpa, que se reporta à atitude interna do agente — já não revestido do homem médio (como no ilícito), mas considerado na sua irreduzível singularidade, também emocional. O juízo de culpa confirmará ou não o sentido do facto determinado em sede de ilícito. Porém, não o modifica. O sentido do ilícito não pode estar dependente de uma questão de culpa; variar em função desta. Não por rigidez conceptual, repete-se, mas pela própria compreensão do facto ilícito como facto de uma pessoa, como ilícito pessoal.

Na verdade, só quem entenda o facto como ilícito objectivo, como *acontecimento* de violação de um bem jurídico, pode deixar de fora, até ao juízo de censura próprio da culpa, a valoração do dolo e da negligência, estruturas de actuação que emprestam ao evento o seu sentido pessoal.

Do ângulo oposto, há-de afirmar-se que o dolo e a negligência da culpa não possuem carácter constitutivo do sentido de um facto pessoal. Sob pena de, antes do juízo de culpa, não existir tal sentido. E, sobretudo, porque, a não ser assim, se estaria a ligar o significado de um *facto* ilícito — que se supõe objectivamente apreciado — a uma valoração apoiada na subjectivíssima atitude do seu concreto agente.

---

<sup>339</sup> *Ibidem*, texto subsequente à nota 73.

<sup>340</sup> Pondo em evidência a diferente amplitude do tipo objectivo, consoante o delito seja doloso ou negligente, ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, Parte II, Tít. I, Cap. V.

### ***b) O erro sobre as «proibições legais»***

Na indicação dos pontos críticos onde pode romper-se a congruência dolo do tipo/dolo da culpa, Figueiredo Dias assinala, em segundo lugar, a matéria do erro que exclui o dolo (art. 16º do CP). No já citado estudo de 1992, começa por referir a sua convicção de sempre, segundo a qual «a temática do erro é, e só pode ser, especificamente atinente à culpa (...), radicando aquelas diversas formas [do erro] e a sua diferenciação, em último termo, em considerações de culpa material»<sup>341</sup>. Explica depois que tal não significa que a afirmação da culpa dolosa não possa ficar prejudicada logo no plano do tipo de ilícito. É, na verdade, o que acontece com o erro sobre a factualidade típica (primeira parte do nº 1 do art. 16º): o tipo subjectivo doloso não chega sequer a verificar-se, razão pela qual uma eventual culpa dolosa se vê de imediato excluída.

De modo diferente se passam as coisas no que diz respeito ao erro sobre as chamadas «proibições legais» (nº 1, segunda parte, do mencionado artigo) e ao erro sobre os pressupostos fácticos de uma causa de justificação (ainda o art. 16º, nº 2)<sup>342</sup>. Em tais hipóteses, apesar de a lei as equiparar ao erro sobre a factualidade, o dolo do tipo permanece — o agente representou e quis realizar o tipo incriminador em causa. A exclusão do dolo («e da punição do agente a esse título») reporta-se tão-só à culpa: são «considerações de culpa material que conduzem a negar que o agente tenha exprimido no facto uma atitude interior contrária ou indiferente à violação dos bens jurídicos»<sup>343</sup>. Numa palavra: Figueiredo Dias conclui que o erro sobre as proibições e o erro sobre os pressupostos de facto de uma causa de justificação constituem casos de «incongruência»: à inescapável afirmação do tipo subjectivo de ilícito doloso segue-se o afastamento do tipo de culpa doloso. Há pois uma razão de culpa que levará — suposta a existência, na Parte Especial, de um tipo legal

<sup>341</sup> FIGUEIREDO DIAS, *RPCC* 2 (1992), p. 19.

<sup>342</sup> Para não sobrecarregar o texto — e porque não tem relevo autónomo para o objectivo deste trabalho —, não se fará referência ao erro sobre os pressupostos fácticos de uma causa de exclusão da culpa.

<sup>343</sup> FIGUEIREDO DIAS, *RPCC* 2 (1992), p. 20-21.

‘homónimo’, mas negligente<sup>344</sup> — a autonomizar a violação do dever de cuidado<sup>345</sup> e a procurar, sobre essa (nova) base, uma possível culpa negligente.

Anos mais tarde — na mesma obra em que modifica a sua posição quanto ao dolo eventual e tenta delimitá-lo da negligência consciente logo no plano dogmático do ilícito-típico —, o autor procura resolver de maneira semelhante (*i.e.*, sem recurso a valorações próprias da culpa jurídico-penal) o problema do erro sobre as «proibições legais»<sup>346</sup>. Fá-lo assimilando a proibição «cujo conhecimento for razoavelmente indispensável para que o agente possa tomar consciência da ilicitude do facto» (art. 16º, nº 1, segunda parte, do CP) aos elementos da factualidade típica; convertendo-a em mais um. E exigindo, portanto, a sua representação pelo sujeito para que possa perfeccionar-se o momento intelectual do dolo. Com a lógica consequência de que, faltando o conhecimento de tal proibição, se afasta o dolo do tipo, à imagem do que acontece quando falha a correcta apreensão mental de qualquer dos componentes da matéria proibida.

Dito de outro modo e continuando a seguir Figueiredo Dias: a exclusão do dolo, prevista em geral no art. 16º do CP, fica a dever-se ao facto de o agente não chegar a ter um conhecimento *suficiente* do que faz, um conhecimento que permita à sua consciência dos valores captar a natureza ilícita da actuação. Ora, também nesta hipótese isso acontece: dada a fraca ressonância axiológica das condutas em causa, a consciência do carácter proibido das mesmas não decorre da simples representação do seu substrato fáctico. Ou o sujeito sabe que existe tal crime e, então, age dolosamente, ou não possui dele notícia e, nesse caso, apesar da consciência e da vontade de realizar aquele comportamento, nunca poderá dizer-se que *quis* cometer um ilícito penal.

---

<sup>344</sup> Assim o exige a interpretação conjunta do nº 3 do art. 16º e do art. 13º do CP.

<sup>345</sup> Que considera, nessa época, subsidiariamente presente no ilícito doloso.

<sup>346</sup> Veja-se FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal I*, Cap. 13º, § 31-33. A descontinuidade ilícito/culpa ficaria assim reduzida, segundo o autor, aos casos de erro do art. 16º, nº 2, do CP. Este será analisado a seguir.

Tem razão Figueiredo Dias em defender a lei portuguesa quando ela reserva para o erro sobre as «proibições legais» o mesmo efeito jurídico que se segue ao erro sobre a factualidade típica: a exclusão do dolo. O CP demarca assim — e bem, como se verá — essa porção do «erro sobre a proibição» da outra, da que remete para o art. 17º denominando-a «erro sobre a ilicitude» e, mais importante, tratando-a de acordo com as teorias da culpa limitada<sup>347</sup>. Esta solução bipartida parece adequada ao sentido do facto ilícito, que surge, na verdade, distinto numa e noutra hipótese. Todavia, a análise dogmática que a sustenta está longe de precisar do artifício sugerido por Figueiredo Dias, o qual consiste em transformar a própria proibição em «matéria da proibição». Para além da natural perplexidade que esta compreensão das coisas traz consigo, julga-se preferível manter com clareza o recorte da conduta tal como se apresenta ‘antes’ de o legislador penal a proibir<sup>348</sup>.

Recorde-se que a questão abordada interessa a este estudo, não em si mesma, mas enquanto ponto nevrálgico para a tese defendida, segundo a qual os verdadeiros problemas concursais se circunscrevem ao ilícito. Já nesse plano dogmático se encerra o juízo sobre a unidade ou pluralidade de conteúdos de antinormatividade pessoal, o que equivale a dizer que desde então está encontrado o sentido unitário ou plural, doloso ou negligente que, para o direito penal e a um juízo objectivo, certa actuação contém. A nova solução proposta por Figueiredo Dias para o erro sobre «proibições legais» obedece, pois, a uma preocupação que se considera pertinente, pois se dirige a afirmar, nessa matéria, a «congruência» do ilícito e da culpa dolosos: o «erro-que-exclui-o-dolo» exclui o dolo do ilícito e não apenas o da culpa; não se torna necessário sair do

---

<sup>347</sup> Sobre as teorias da culpa limitada, como solução conveniente para este específico erro, ver, por todos, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, p. 452 s; ROXIN, *Strafrecht. AT*, I, 4ª ed., § 14, Rn. 51 s e § 21, Rn. 1 s; FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal I*, Cap. 14º, § 27 s e Cap. 20º, § 21 s.

<sup>348</sup> «Antes» aparece aqui no sentido de «independentemente» ou «sem considerar ainda». Como aliás sempre esclareceu Figueiredo Dias, ao procurar traçar a fronteira entre o ilícito penal e o ilícito contraordenacional: é a conduta, em si mesma, que se mostra axiologicamente neutra, já que se torna equívoco afirmar que uma conduta *proibida* pelo legislador mantém essa ausência de ressonância ética (cfr. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal I*, Cap. 7º, § 10 s e Cap. 13º, § 31-33). De outro modo não poderia, aliás, levar-se a cabo a distinção entre «proibições do art. 16º» e «proibições do art. 17º» do Código Penal português.

degrau dogmático do ilícito para determinar a natureza dolosa do (eventual) futuro crime<sup>349</sup>. Contudo, como ficou apontado, o tratamento dogmático do erro sobre a proibição legal não deve assentar, como propõe o autor citado, numa pontual mistura da proibição com a sua própria matéria: requer, antes, o abandono dos pressupostos de um ilícito pessoal «minimalista» e a adopção, em seu lugar, de um critério pessoal-objectivo na fixação do facto ilícito-típico.

Concebendo o ilícito penal, de acordo com A. M. Almeida Costa, como «juízo de culpa sobre o homem médio»<sup>350</sup>, torna-se possível distinguir, sempre nesse plano dogmático, o erro sobre o carácter proibido da conduta que exclui o ilícito doloso e aquele que o deixa intacto. Basta dotar o concreto agente das capacidades emocionais do homem médio e avaliar em que medida a prática de uma conduta, unida à percepção cabal da sua materialidade e circunstâncias, suscitaria nele a consciência da natureza criminal da mesma. O que equivale a dizer: o procedimento de determinação do sentido do facto como obra de uma pessoa passa pela definição da estrutura dolosa ou negligente (quando não irrelevante) do mesmo facto<sup>351</sup>.

Concretizando. Se o «homem médio» não chegasse, a partir da representação do facto no seu contexto, ao conhecimento da proibição penal que o atinge, o erro do agente, ainda que censurável, estaria longe de significar contrariedade ou indiferença perante o dever ser jurídico-criminal. Por diferentes palavras: o facto nunca integraria o dolo, na sua acepção especificamente penal, apesar de nele se cumprirem à letra os dois elementos do chamado (com propriedade) dolo *natural*.

---

<sup>349</sup> Quer com isto dizer-se que, a haver crime, este será doloso ou negligente conforme o facto ilícito seja doloso ou negligente. Não parece existir aqui qualquer desconsideração pela culpa, enquanto elemento essencial do delito. Apenas respeito pela função de cada categoria dogmática no sistema.

<sup>350</sup> Ver, *supra*, II 1. desta Parte Segunda.

<sup>351</sup> A contraposição entre antinormatividade dolosa e negligente (*i.e.*, facto doloso ou negligente) faz-se nestes exactos termos também por força da lei. Ou seja, é a lei que, de momento, reduz as formas de culpa a essas duas. Como se tem alvitado (cfr., por exemplo, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal* I, Cap. 13º, § 50), poderá vir a aparecer uma terceira modalidade — que congregue em si as que até agora se denominam dolo eventual e negligência consciente. Nessa altura, também o ilícito pessoal adoptaria essa tripartição.

Com efeito, o dolo ‘minimalista’ revela-se natural. «Natural» porque estranho a valorações, porque se cifra em mero nexos psicológico entre o agente e o facto, porque em rigor se liga à descrição típica separada do sentido de inimizade pelo direito que caracteriza o facto pessoal doloso. Em contrapartida, o dolo do homem médio — o ilícito doloso, portanto — deverá, nos casos de erro sobre as proibições legais, considerar-se excluído. O conteúdo de antijuridicidade penal presente no facto só poderá consubstanciar (eventualmente) uma negligência. Uma negligência do homem médio e, por conseguinte, um ilícito negligente: um facto pessoal imbuído de um sentido de descuido ou de leviandade perante o dever ser criminal, que se manifesta na imprudência de não ter procurado informar-se das normas que regem aqueles domínios de actuação.

Em suma: o erro sobre proibições legais impede que a concreta conduta humana possua, de acordo com um critério pessoal-objectivo, um significado de inimizade ou de indiferença pelos valores jurídico-penais. Deixa, porém, intocada, a possibilidade de que a mesma conduta, de acordo com o mesmo critério e «numa ponderação global dos correspondentes aspectos subjectivos e objectivos, corporizar a expressão de um mero descuido/leviandade perante o dever ser criminal»<sup>352</sup>. Nos dois casos, sublinhe-se, o problema é de ilícito-típico e decide-se nesse mesmo plano dogmático.

### *c) O erro sobre os pressupostos fácticos de uma causa de justificação*

Resta analisar o último núcleo de potencial incongruência entre ilícito e culpa no que ao dolo diz respeito: o erro sobre os pressupostos de facto de uma causa de justificação. Em relação a ele, Figueiredo Dias não ensaia, nas lições de 2004, qualquer nova abordagem. Continua a sustentar que, em tais hipóteses, «o tipo (incriminador) é dolosamente realizado pelo agente, mas este actua *sem*

---

<sup>352</sup> ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, Parte I, Tít. I, Cap. I 3. (*in fine*).

*culpa dolosa* e por isso não pode, em definitivo, ser punido a título de dolo»<sup>353</sup>. O autor admite, pois, neste caso a descontinuidade entre ilícito e culpa e a consequente necessidade de ajuizar a atitude individual manifestada no facto (juízo de culpa) para decidir sobre o carácter doloso ou negligente da conduta. Tal conclusão corrobora, aliás, aquela primeira ideia, já citada, segundo a qual a inteira questão do erro se resolve, no fundo, de acordo com critérios de culpa material. Também a do erro que exclui o dolo<sup>354</sup>.

O desfasamento entre a culpa e o ilícito que a sustenta — de que o erro do nº 2 do art. 16º do CP constitui, para Figueiredo Dias, exemplo claro — representa, na perspectiva deste estudo e como se vem insistindo, um recurso dogmático que não deve aceitar-se. Por desvirtuar a ideia de crime (e de facto ilícito pessoal) que preside à investigação. E por impedir, em consequência, a inclusão da matéria do concurso no terreno sistemático do ilícito (que se julga ser o seu), empurrando-a, ainda e sempre, para o *melting pot* das denominadas formas especiais de surgimento da infracção.

Não cabe no objecto deste trabalho dissecar o problema do erro sobre as causas de justificação, ou mesmo sobre os seus pressupostos fácticos<sup>355</sup>. Bastará dizer-se, uma vez mais, que o conceito de dolo com que Figueiredo Dias trabalha no plano do ilícito — o dolo natural — não constitui instrumento dogmático bastante para uma solução de congruência entre ilícito e culpa dolosos. De um lado, porque jamais poderá negar-se o dolo natural se, na realidade, o concreto agente representou e quis os elementos do tipo objectivo de ilícito. De outro lado, porque a afirmação do dolo natural não revela, de modo concludente, o *sentido* do facto.

Dito de outra maneira: trazer para o ilícito os elementos intelectual e volitivo do dolo não se mostra suficiente para ‘pessoalizar’ o facto. Acrescenta

---

<sup>353</sup> FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal I*, Cap. 14º, § 29 s.

<sup>354</sup> Cfr. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal I*, Cap. 20º, § 23 s.

<sup>355</sup> Para uma análise aturada do problema, bem como da bibliografia em que se apoia, veja-se ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, Parte II, Tít. I, Cap. II 1. (texto correspondente às notas 78 s).

a um facto físico uma cobertura psicológica, por vezes indispensável para a compreensão do próprio processo objectivo. Mas não confere à concreta situação de perigo ou de lesão do bem jurídico a intencionalidade de sentido que sempre vai pressuposta na afirmação do ilícito pessoal.

Isso mesmo se torna patente nestas hipóteses de erro do art. 16º, nº 2. A efectiva verificação dos elementos da factualidade típica, tal como os representou e quis o agente (dolo natural), aponta para um facto ilícito doloso. Porém, a convicção de actuar numa circunstância que subtrai a esse facto o seu desvalor criminal indica, apesar de errónea, uma direcção de vontade incompatível com um ilícito doloso. E, todavia, o facto é só um; possuidor, por isso e desde o princípio, de um significado jurídico-criminal preciso: *ou* doloso, *ou* negligente<sup>356</sup>.

Como se vem repisando de vários ângulos, o dolo e a negligência do homem médio permitem captar esse sentido (normativo-criminal) da obra pessoal, sem penetrar ainda na subjectiva atitude interior do concreto agente. Na verdade, o juízo de ilícito como culpa do homem médio — ou «juízo provisório de culpa sobre o agente individual, enquanto possuidor das capacidades emocionais do homem médio» — apresenta o seguinte modelo: *se* este agente singular possuir (como se ficciona) as capacidades emocionais que o direito penal supõe no destinatário das suas normas, então o facto *sub judice* manifesta *ou* a inimizade pelo direito para a qual se reserva a censura própria da culpa dolosa; *ou* a mera leviandade em face dos bens jurídico-penais que apenas desencadeará a censura característica da culpa negligente. Antes, pois, de saber se está presente a condição *sine qua non* da culpa definitiva (individual), o facto ostenta já o seu significado objectivo doloso ou negligente.

Aplicado ao erro que se analisa: o sentido do facto, quando o seu agente — tal como o faria o homem-médio — julga verificar-se um estado de coisas justificante, não corresponde ao ilícito doloso. Mesmo quando censurável, o

---

<sup>356</sup> Em rigor, deverá acrescentar-se a possibilidade de o facto se mostrar irrelevante (não-ilícito) para o direito penal, por ausência, quer de dolo, quer de negligência.



erro do art. 16º, nº 2 do CP só empresta à conduta a gravidade própria do ilícito negligente.

#### ***d) Síntese conclusiva***

Escolheu-se o pensamento de Figueiredo Dias para com ele dialogar a propósito da possibilidade de discernir, logo em sede de ilícito-típico (sem interferência de elementos pertencentes à culpa jurídico-penal), o carácter doloso ou negligente de um facto contrário a uma norma incriminadora. A escolha teve um duplo motivo: tratar-se de um defensor do ilícito pessoal; ser um autor português que modificou há pouco tempo as suas concepções, tanto em matéria de erro que exclui o dolo — nos pontos assinalados —, como no tocante à questão do concurso. E que parece albergar, em ambos os casos e atento o rumo da mudança, a vontade de afinar o campo do ilícito penal, o mesmo é dizer, de transpor para essa categoria dogmática assuntos ou problemas que nos quadros de um sistema objectivista só na culpa teriam o seu lugar.

Concluiu-se que, apesar de tudo e em termos concretos, subsistem no seu entendimento ao menos três pontos, três grupos de casos — os que se analisaram nas últimas páginas — em que a afirmação do dolo ou da negligência *do facto* depende afinal do juízo de censura subjectiva em que consiste a culpa. Um deles é expressamente reconhecido pelo autor: o erro do art. 16º, nº 2 do CP exclui o dolo, mas apenas o da culpa, não o do tipo. Quanto aos outros — distinção dolo eventual/ negligência consciente e erro sobre «proibições legais» —, a mais recente explicação de Figueiredo Dias não resulta, assim se julga, convincente. E assinalou-se porquê: o problema encontra-se ligado à adopção de um conceito ‘minimalista’ de ilícito pessoal, nomeadamente à insuficiência da noção de dolo do tipo (dolo natural) que lhe anda associada.

### III. A utilidade do «concurso de ilícitos *pessoais*»

#### 1. *Considerações gerais*

A argumentação levada a cabo no texto que acaba de deixar-se conduziu à afirmação da possibilidade dogmática de resolver, logo em sede de ilícito, o carácter doloso ou negligente de um crime. Sempre. Também, por conseguinte, nas hipóteses controversas mencionadas. E desde que se adoptem os quadros do ilícito pessoal entendido como «culpa do homem médio»; aferido, *i.e.*, na base de um critério pessoal-objectivo<sup>357</sup>. Para o que importa a este estudo, ficam assim aplanados os obstáculos que poderiam erguer-se contra a tese do «concurso de ilícitos» ou, mais rigorosamente, contra a ideia segundo a qual o lugar sistemático das questões concursais é o ilícito-típico.

Como está bem de ver, um «concurso de ilícitos» não equivale a um «concurso de crimes». As valorações próprias da culpa e da punibilidade terão ainda uma palavra a dizer. Porém, tais estratos dogmáticos posteriores ao ilícito não fornecem qualquer contributo (adicional) positivo para a solução do problema concursal específico, ou seja, não acrescentam qualquer elemento ainda necessário para discernir se um caso encerra um só e concreto conteúdo de antinormatividade criminal ou corresponde, afinal, a mais do que um. A eventual interferência dessas categorias no cômputo final das infracções ocorrerá inevitavelmente por via negativa, *i.e.*, impedindo que um comprovado ilícito-típico chegue a constituir um delito<sup>358</sup>. Insiste-se: uma pluralidade de ilícitos não equivale a uma pluralidade de crimes. Mas isso é assim por razões que não contendem com o significado (unitário ou plural) do *facto*. A falta de culpa esclarece apenas que àquela unidade de sentido de ilícito (àquele desvalor pessoal-*objectivo*) não se junta o desvalor pessoal-*subjectivo*

<sup>357</sup> Ver, *supra*, nesta Parte Segunda, II 1.

<sup>358</sup> Poder-se-ia dizer que o mesmo acontece com a presença de causas de justificação. Mas aí as coisas são diferentes, na medida em que tais causas interferem no próprio sentido do *facto*. Não impedem apenas que um *facto* contrário ao dever ser jurídico-penal deva ser censurado a alguém ou efectivamente punido. São circunstâncias que directamente esclarecem que o que parecia antinormativo afinal não o é. Acrescente-se que as causas de justificação podem modificar o ilícito ainda por outra via: na falta do elemento *subjectivo*, em lugar da consumação aparecerá apenas uma tentativa (cfr. art. 38º, nº4 do Código Penal).

necessário para que possa falar-se de um crime. A ausência de uma condição de punibilidade denuncia que essa mesma unidade de sentido não atinge, no caso, relevo comunitário que justifique uma intervenção penal.

Em suma: defende-se neste estudo que o «concurso de ilícitos» — momento de discernimento anterior ao concurso de crimes e dele independente — consubstancia o verdadeiro cerne da dogmática do concurso.

À pergunta sobre a utilidade deste modo de analisar e resolver o problema — que deixa afinal em aberto o resultado último da contagem de delitos — há-de responder-se que o «concurso de ilícitos» permite circunscrever as genuínas questões concursais, sem misturá-las com outras que, correndo a par no caminho da descoberta do crime, mantêm intacta a sua autonomia dogmática. Na verdade, a decisão do concurso tem por objecto desfazer a dúvida sobre o número de factos ilícitos-típicos presente no comportamento de alguém. Ora, essa interrogação contesta-se recorrendo aos critérios próprios da definição do ilícito criminal. Critérios pessoais. Critérios objectivos. Critérios aptos para cotejar o agir humano com as normas de determinação do direito penal. Que, no contexto de um Estado de direito democrático, não pode deixar de caracterizar-se como direito penal do facto, não do agente.

À pergunta sobre a utilidade do «concurso de ilícitos» deve responder-se ainda que a ciência jurídico-criminal sempre percebeu que importa saber o número de ilícitos-típicos com que se lida, mesmo que porventura o número de crimes venha a revelar-se menor. Para efeitos de legítima defesa, de aplicação de medidas de segurança criminais e, pelo menos para quem defenda o princípio da acessoriedade limitada, de participação.

A opção pelo «concurso de ilícitos» obriga, pois, a distinguir com clareza entre o tipo de ilícito e o tipo legal de crime ou tipo-garantia; entre a categoria dogmática que destaca a razão pela qual certa conduta é considerada, em si mesma, ofensiva dos bens comunitários mais valiosos e a definição abstracta de todos os elementos do delito, realizada pelo legislador democrático,

como salvaguarda do cidadão em face do poder punitivo do Estado. O concurso de ilícitos não é concurso de tipos legais, nem sequer de realizações de tipos legais. É concurso, ou seja, convergência, na actuação de alguém, de diferentes e autónomos conteúdos pessoais-objectivos de antinormatividade. Enquanto problema, consiste na dúvida sobre tal convergência ou acumulação. Resolvê-lo passa pela individuação de ilícitos típicos. Um só — não concurso. Dois ou mais — concurso de ilícitos<sup>359</sup>.

Quando se pugna por dilucidar o concurso no momento dogmático da determinação do ilícito, em causa está naturalmente uma ideia maior do que a simples rearrumação sistemática de um problema. Pretende-se que a questão da unidade ou pluralidade de delitos se resolva à luz de considerações materiais. Que também o concurso beneficie do horizonte aberto pela doutrina do ilícito pessoal. E, sobretudo, colocar o problema no ‘mundo da vida’, sempre concreto, e não no plano abstracto, onde se relacionam conceptualmente enunciados incriminadores.

Note-se que o próprio aperfeiçoamento do sistema deve estimar-se já como um ganho: a simplificação e o reforço da coerência interna — não se necessitam «formas do crime»<sup>360</sup> — redundam, em princípio, em decisões mais consistentes e justas. Contudo, a introdução do ‘novo momento’ do «concurso de ilícitos» vai além — repita-se — dessa vantagem instrumental.

Ao chamar o ilícito — e não o tipo legal — para o centro do problema do concurso, a tese que se apresenta reconhece que a tarefa concursal por

---

<sup>359</sup> Nem sempre um tipo legal de crime possui um tipo de ilícito original, quer dizer, autónomo do de outro ou de outros *Tatbestände*. O que equivale a afirmar que a opção por um certo preceito incriminador entre vários possíveis não configura necessariamente uma opção concursal. Homicídio fundamental (art. 131º CP) e homicídio privilegiado do art. 133º CP, por exemplo, constituem dois crimes com o mesmo ilícito-típico. A diferente moldura penal abstracta encontra-se na dependência de um juízo de culpa individual. Não há lugar para problemas concursais, nem sequer «aparentes». De igual modo devem raciocinar os autores que distinguem apenas no plano da culpa os artigos 131º e 132º do Código Penal (FIGUEIREDO DIAS, *Comentário conimbricense*, Art. 131º, § 44; Art. 132º, § 42).

<sup>360</sup> A afirmação é feita no plano dogmático, científico: bastam, para tratar o crime, as categorias do sistema. Tal não obsta a que, de uma perspectiva pedagógica e dada a extensão dos problemas, continue porventura a ser preferível, no ensino e na manualística penal, deixar para capítulo diferente do do ilícito a tentativa, a comparticipação e o concurso.

excelência se traduz em individuar unidades de sentido subjectivo-objectivas, factos (pessoais) contrários a uma norma de determinação criminal<sup>361</sup>. O que de imediato lança para longe os moldes do concurso aparente entendido como relação entre normas (na sua formulação abstracta) ou mesmo entre realizações ‘típico-legais’.

O concurso não relaciona unidades previamente dadas: convocando como critérios todas as normas pertinentes (quer da Parte Especial, quer da Geral), procura determinar se o caso integra um só ou vários ilícitos-típicos. Concretos. Situados. Dolosos ou negligentes — nunca meros processos causais ou puros eventos. De acção ou de omissão. De autor ou de participante. Tentados ou consumados. Despidos de circunstâncias justificantes. Praticados por um mesmo e único sujeito — esta exigência básica do concurso encontra, aliás, no ilícito pessoal, o seu mais elementar fundamento.

Explica-se.

O ilícito-típico, concebido como exteriorização de uma intencionalidade de sentido anticriminal, não pode desligar-se de um corpo, *i.e.*, de um concreto agir humano. Não indica uma qualidade predicável de um conjunto indeterminado de acções ou comportamentos. O ilícito pessoal não é substantivo abstracto, não se esgota numa geral e uniforme contrariedade à lei. É verbo, e verbo precedido de sujeito, para usar linguagem gramatical. Esse sujeito, essa pessoa que actua, fá-lo — como tal é valorada no plano do ilícito — nas vestes de «pessoa social». Numa palavra: o ilícito pessoal consubstancia um facto real — facto da vida de alguém —, medido já, nas suas dimensões relevantes, pelos critérios pessoais-objectivos do direito das penas.

Por isso, individuar o ilícito — resolver a dúvida concursal — não constitui tarefa que possa prescindir de saber se o facto encarna um sentido de

---

<sup>361</sup> Pode parecer contraditório afirmar, por um lado, que o concurso aparente não é relação entre normas e, por outro, pretender individuar núcleos de antinormatividade. Tal ideia desfaz-se quando se tenha presente que, de acordo com a perspectiva adoptada, o que está em causa é, não a norma enquanto enunciado formal, mas os concretos conteúdos de antijuridicidade, *i.e.*, as particulares unidades de sentido em que se traduzem os distintos tipos de ilícito que se oferecem como alternativas para a qualificação do caso.

inimizade/indiferença — facto doloso —, ou de descuido/leviandade — facto negligente — para com os bens jurídico-penais.

Por isso também, a determinação do facto ilícito-típico não se basta com a sobreposição, ponto por ponto, da sequência vivida à descrição típica. O ilícito penal é, por assim dizer, produto de múltiplas determinações; ou, em expressão equivalente, talhado a partir do preceito da Parte Especial, mas com o contributo das normas que afeioam esse primeiro recorte do conteúdo antijurídico da conduta e se encontram na Parte Geral. O ilícito concreto, singular, a que se procura chegar sempre, no julgamento de matéria criminal — e que pode existir sozinho ou em concurso com outros — requer habitualmente, para a exacta configuração do seu desvalor, uma pluralidade de padrões. Da aplicação conjunta de todos eles — e tomando como exemplo o homicídio — resultará ora um homicídio tentado, ora um consumado; eventualmente um homicídio por omissão, não por acção; o facto homicida do autor ou o facto homicida do participante.

Do exposto poderá inferir-se, de igual modo, que a presença de uma qualquer circunstância justificante na conduta praticada afasta, *in limine*, a pertença de tal actuação a um concurso de ilícitos, por não encerrar, afinal, o desvalor que em regra caracteriza aquele modo de agir.

Finalmente: dizer que antes do concurso de crimes e de modo independente se deve passar pela averiguação da presença ou ausência de um concurso de ilícitos, *i.e.*, pretender que o concurso consiste, antes de mais, na correcta individuação do número de ilícitos-típicos presentes no comportamento de alguém, tem imediata repercussão no chamado «concurso aparente». Acaba, a bem dizer, com tal categoria.

## **2. O «concurso de ilícitos» e a postergação do chamado «concurso aparente»**

O problema do «concurso de ilícitos» está inicialmente ligado a uma dúvida ou incerteza sobre o número de ilícitos-típicos que o direito das penas

considera presente em certo comportamento pessoal. Uma dúvida levantada por um caso — por todos os casos — e cujo esclarecimento constitui parte integrante da solução do mesmo. Torna-se impensável dizer *quantos factos* desvaliosos se dão sem os ter identificado, *i.e.*, sem discernir *quais são*. E essa qualificação jurídico-criminal não pode levar-se a cabo no plano abstracto do mero cotejo dos enunciados típicos das normas incriminadoras.

Ver as coisas na perspectiva aqui defendida corresponde a identificar o problema do concurso com a tarefa dogmática de individuar o ilícito ou ilícitos-típicos da situação controvertida. O mesmo é dizer: a dúvida concursal desfaz-se por recurso aos critérios normais do juízo de antijuridicidade. E o seu surgir e desfazer-se não se repercute no ulterior percurso dogmático do facto ou factos. Se forem identificados vários conteúdos autónomos de desvalor e se chegarem assim, em número plural, à condenação, torna-se necessário definir regras próprias para sancionar o agente desses crimes: é o problema (alheio a este estudo) da determinação da pena do concurso. Se, pelo contrário — e essa constitui a única hipótese que agora se analisa —, a incerteza inicial der lugar à afirmação de um só delito, o modo adequado de o tratar em nada há-de distinguir-se do utilizado para lidar com qualquer outra unidade criminosa.

Não faz sentido substantivar um instante de dúvida sobre a qualificação penal de uma conduta. E muito menos retirar dessa circunstância quaisquer efeitos jurídicos específicos. Sobra, portanto, toda a figura ou instituto que a tal objecto se destine. Numa palavra: a adopção do «concurso de ilícitos» como enfoque orientador do problema da unidade e pluralidade de infracções criminais conduz à eliminação do chamado «concurso aparente, de leis ou de normas».

Este — o «concurso aparente» — resulta de um processo metodológico formal, que afasta as normas incriminadoras da sua interacção com o caso e de algum modo as converte em pólos de relações lógicas, a dilucidar em abstracto. Quando, pela própria natureza das coisas, as soluções assim encontradas não se ajustem à realidade, *i.e.*, contrariem o sentido material do caso e a evidência das valorações do sistema, assiste-se à criação *ad hoc* de novas regras. Dito de

outro modo: sempre que falha o funcionamento lógico ('normal') dos mecanismos do «concurso aparente», necessitam-se outros, capazes de trazer o caso de volta à razão jurídica. (Da qual, insista-se, não precisaria de ter saído.) Neste ponto se insere, por antonomásia, o famoso princípio do ressurgimento (*Wiederaufleben*) da norma afastada, enquadrado na questão mais lata do «efeito residual do preceito preterido» que, a seu tempo, será abordada<sup>362</sup>.

Ver o concurso na perspectiva do ilícito pessoal significa, pois, recusar o «concurso aparente». Não apenas, como se viu, por a figura se mostrar desnecessária ou inútil. Também por se revelar nociva para a normal tarefa dogmática de qualificação e individuação dos factos-crime.

Proceder-se-á, de seguida, a um esclarecimento do que vem de afirmar-se.

Para a doutrina tradicional e numa perspectiva generalizante<sup>363</sup> — os matizes virão depois —, o concurso representa, no dizer de García Albero, um «custo estrutural» do ordenamento jurídico-penal<sup>364</sup>. O carácter estritamente tipificado das suas proibições — exigido pelo singular rigor do princípio da legalidade criminal — explica a facilidade com que sobre um mesmo comportamento incidem várias normas. Ora — e descrevendo sempre a doutrina dominante —, quando um caso se subsume a dois ou mais tipos legais de crime, isso significa, *em princípio*, que deve reprovar-se a vários títulos; que alberga, *em princípio* também, uma multiplicidade de delitos (a submeter a uma pena de concurso, seja qual for o modo previsto pelo legislador para a construir). Porém — é este o ponto a destacar —, antes de afirmar o número plural de infracções, há-de comprovar-se que entre as diferentes normas

---

<sup>362</sup> Ver, *infra*, III 3.

<sup>363</sup> Utiliza-se, como contraponto da posição que se assume quanto ao chamado «concurso aparente», a concepção mais generalizada deste último. Abaixo se verá que a crítica procede também em relação a outras possibilidades de se entender o referido concurso. Na verdade — como bem se compreende —, a própria colocação do concurso em sede de ilícito, unida ao facto de se trabalhar com factos ilícitos e não com enunciados normativos ou tipos legais de crime, basta para que a ideia de concurso apresentada se mostre alheia a um qualquer «concurso aparente». Sob um certo ângulo, por conseguinte, todas as formas de entender o «concurso aparente» se tornam 'iguais' e igualmente de afastar.

<sup>364</sup> GARCIA ALBERO, '*Non bis in idem*' material, p. 139-141.



preenchidas não intercede uma relação tal que impeça a sua aplicação cumulativa. Com efeito, um preceito pode constituir caso especial de outro, ou abrangê-lo (como o mais abarca o menos), ou mostrar-se incompatível com ele, na medida em que a afirmação de um implica a negação do outro e vice-versa. Em qualquer destas hipóteses — sempre na óptica da posição clássica —, apesar de a situação ‘cabem’ em diferentes normativos, ‘parecer’, por conseguinte, corresponder a vários crimes, na realidade um só terá sido cometido.

O ponto de partida do concurso aparente assim entendido está sempre, como vem de referir-se, no número plural das normas incriminadoras atinentes ao comportamento a julgar. Fala-se de mais do que um preceito preenchido, aplicável, violado pelo caso; ou de um caso subsumível a mais do que um preceito. Por vezes acrescenta-se o advérbio «formalmente», para vincar a natureza dessa relação primeira entre a norma e a situação da vida. Daí — dessa metodologia formal ou normativista, que vincula o caso a todos os enunciados legais em que ele ‘couber’ — deriva, para o pensamento maioritário, uma consequência inevitável: a de converter o não emprego de qualquer desses tipos num acto ‘positivo’ de afastamento ou preterição. Dito de maneira diferente: a normal escolha do preceito adequado ao sentido problemático do caso — operação *comum* a todo o juízo criminal, da qual faz *naturalmente* parte o ‘desapego’ de todos os outros — é substituída por um complexo jogo de afirmação/negação de cada tipo legal em abstracto plausível.

De acordo com a doutrina tradicional, apresenta-se como de concurso (aparente) a relação entre os tipos de crime simples e qualificado ou privilegiado; a tentativa e a consumação; um tipo (subjectivo) doloso e um negligente, supondo constante o tipo objectivo; a qualidade de autor e a de participante, por referência ao mesmo ilícito; etc. Assim como determinadas relações entre tipos legais que protegem bens jurídicos diversos, mas que a experiência da vida ensina andarem ligados na prática.

Trata-se, não da procura do sentido material do caso, na qual se ‘experimenta’ este e aquele normativo para convocar apenas o que o agarre

mais de perto<sup>365</sup>, mas de uma comparação do âmbito de protecção das normas *formalmente* aplicáveis.

O concurso aparente obriga, assim e concretizando, a apontar como aplicáveis a um caso de crime *especial*, tanto esse tipo como o tipo *fundamental*. Numa hipótese de homicídio qualificado, por exemplo, deve afirmar-se a existência de um concurso de leis penais, a resolver de acordo com a índole da relação em que se encontram as duas normas violadas. A máxima *lex specialis derogat legi generali* indicará a prevalência do homicídio agravado e a preterição do homicídio simples.

De modo muito diferente se passam as coisas quando se compreende o problema do concurso como uma dúvida sobre a unidade ou a pluralidade de factos ilícitos-típicos presentes no comportamento a julgar. Por diferentes palavras: a questão de saber se a situação controvertida se analisa em um só ou em vários factos (unidades subjectivo-objectivas) criminalmente desvaliosos confunde-se com o labor dogmático de fixar o *concreto* sentido de ilícito da mesma. Uma vez feita tal individuação, está firmada a base sobre a qual hão-de realizar-se as restantes valorações do facto ou factos. Estas podem trazer obstáculos ao sancionamento efectivo dos ilícitos-típicos identificados. Nunca, porém, desdizê-los.

O que venha a acontecer ao ilícito-típico ou aos ilícitos-típicos individuados no caso já não pertence ao específico problema do concurso. Será assunto a resolver segundo os critérios próprios da dogmática da culpa, da punibilidade, das condições de perseguibilidade de um facto ou, até, do direito de graça. Ou seja: a opção pelo concurso de ilícitos, sem conseguir determinar de imediato o preciso número de crimes pelos quais o seu autor responderá, põe fim à dúvida especificamente concursal. Separa, no que ao desvalor material do facto diz respeito, a unidade da pluralidade delituosa. Na verdade, a

---

<sup>365</sup> Esta expressão — norma que agarre mais de perto o caso — ficou-me gravada das aulas de Manuel Cavaleiro de Ferreira (cfr., v.g., CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito penal português* I, p. 164). Com certeza não é específica ou sequer original do meu primeiro professor de Direito Penal. Mas aqui fica a lembrança.

individuação (no caso) de *um só* facto criminalmente desvalioso, se nunca pode asseverar a existência final de um crime, de um facto punível, garante, isso sim, que, a haver condenação e reacção criminal, ela não será plural.

Importa esclarecer que a dúvida concursal possui uma índole objectiva. Não releva para o problema do concurso a incerteza de cada intérprete sobre as normas a convocar para o correcto enquadramento jurídico-penal do caso. Pouco interessa se essa pessoa passou ou não por momentos de hesitação (subjectiva) antes de definir o ilícito. A dúvida concursal prende-se com os próprios conteúdos de antinormatividade criminal, tal como os valora o ordenamento jurídico. Os sentidos de ilícito que o caso mobiliza nunca correspondem a estereótipos imóveis, fixados de uma vez por todas, imunes ao contágio de novas situações que questionem a sua abrangência. Muito pelo contrário: tais sentidos são constitutivos do caso enquanto facto penal e reconstituem-se a partir dele, numa mútua imbricação que jamais cessa e que modifica caso e norma — como não podia deixar de acontecer em matéria prático-prudencial<sup>366</sup>.

Continuando a caracterizá-la, a dúvida concursal nasce a propósito de cada caso, representando o início da tarefa de individuação do facto ou factos ilícitos. A dúvida concursal não se reporta em simultâneo aos vários conteúdos de ilícito que o caso eventualmente suscite. Não se trata de relacionar todos com todos, em abstracto. Não deverá dizer-se, por exemplo, em presença de uma hipótese de homicídio, que ela contém em si a tentativa desse mesmo homicídio, as ofensas à integridade física, simples ou qualificadas, etc. Há-de proceder-se passo a passo, respondendo às perguntas que surgem da necessidade de fixar o significado ilícito do comportamento.

Precisamente por dizer respeito à delimitação de concretos sentidos de antijuridicidade criminosa — operação que consiste no confronto da situação com os critérios contidos em normas de diversa índole (tipos incriminadores,

---

<sup>366</sup> Cfr. CASTANHEIRA NEVES, *O actual problema metodológico da interpretação jurídica* – I, p. 78-106.

preceitos justificadores e outras disposições gerais que afeiçoam o exacto recorte do facto) — a dúvida concursal não tem por objecto relações entre tipos legais de crime, considerados em abstracto, na sua ‘forma canónica’.

Claro que existem relações entre normas, consideradas no seu conteúdo material, no sentido de ilícito que exprimem, delimitando-o. E que se torna possível verificar algumas delas, já a partir dos seus enunciados linguísticos. O que se afirma é que as decisões concursais não devem tomar-se nessa base, fazendo do caso tão-só o ensejo para convocar as normas, que trariam consigo o seu modo de relacionar-se, a sua hierarquia, impondo-a à situação *sub judice*. Por essa razão, consoante se perspectivem as coisas do ângulo do «concurso de ilícitos» ou, pelo contrário, do prisma da visão tradicional do concurso, a análise de uma mesma hipótese conduz a resultados diferentes. A ilustrá-lo se dedicam as próximas páginas.

Interessa voltar, ainda uma vez, ao campo de ensaio da burla praticada através de documento falsificado pelo burlão. Como se disse atrás, pode acontecer que se esteja em face de uma unidade de sentido de ilícito — burla — ou, sempre em função do concreto significado do caso, perante um concurso de ilícitos — burla e falsidade documental<sup>367</sup>. Tanto uma solução como a outra são resposta a uma dúvida, implícita porventura, que a hipótese levantava: um só ou vários ilícitos? O desfazer dessa dúvida pode mostrar um concurso de ilícitos, ou negar esse mesmo concurso.

O que nunca acontecerá é declarar-se que as duas normas convêm ao facto, mas que uma delas terá de afastar-se *a posteriori*, dado o relacionamento que mantêm entre si. Pois de duas uma: ou ambas as normas convêm ao caso e este traduz-se num concurso de ilícitos, ou uma delas exprime cabalmente o

---

<sup>367</sup> Defendeu-se que, nas hipóteses em que o perigo inerente à contrafacção se esgota no acto de burlar, se dá um só facto ilícito: uma burla; e que, nas restantes — *i.e.*, quando o perigo da falsificação perdura para além do concreto engano — se está perante um concurso de ilícitos: burla e falsidade documental. Ver, na Parte Primeira, IV 1. e 4. E, seguidamente, este exemplo torna-se recorrente na análise e crítica das soluções dos vários autores especificamente estudados: Ingeborg Puppe, Luís Duarte d'Almeida, José Moutinho e Figueiredo Dias (cfr. Cap. V e VI da mesma Parte).

significado daquele, reconduzindo-o *ab initio* a um ilícito singular. Nesta última hipótese não se regista — nem na aparência — qualquer concurso: o ilícito encontrado revela-se definitivo, ficando por isso eliminada uma eventual convocação de qualquer outro, em momento posterior. E tão-pouco ocorrerá deixar o problema em aberto: afirmar em princípio a burla, mas acautelar que, na hipótese de não ser possível punir o agente com base nessa qualificação, deverá tentar-se o sancionamento por contrafacção de documento.

Repete-se: o concurso de ilícitos resolve a dúvida, ao menos implícita, que todo o caso levanta; e define o sentido de ilícito que lhe convém. Será esse a constar da condenação e a fundar a pena, sempre que nenhum obstáculo se intrometa entre a fixação do facto e a concretização final das suas consequências jurídicas. Na circunstância contrária, ou seja, verificando-se algum impedimento, a ausência de sanção representará a *justa* solução final do caso. Justa, porque adequada ao significado jurídico-criminal do mesmo. Como melhor se verá mais à frente, em situações deste tipo não há vazio punitivo a colmatar<sup>368</sup>.

Sempre em função de esclarecer a singularidade da posição defendida, apresentam-se dois novos exemplos. Dizem respeito a comportamentos em que a dúvida concursal tem por objecto a possibilidade de se estar perante um só ilícito-típico de homicídio ou, pelo contrário, na presença de um concurso entre homicídio e dano.

Aprecie-se primeiro a clássica hipótese da pessoa que, com um disparo certo, mata outra (no interior do carro onde se encontrava), inutilizando, do mesmo passo, o valiosíssimo traje que a vítima envergava. Em contraste com a situação precedente, tome-se agora o caso de alguém que procura matar outra pessoa, usando uma arma de fogo, com a qual atinge o coração da vítima; não satisfeito com isso, produz, a tiro, estragos consideráveis num casaco de alto preço, pendurado dentro do veículo e propriedade da vítima.

---

<sup>368</sup> Ver, *infra*, VI 2. (em especial, 2.1.).

A concreta valoração mostrará que, na primeira circunstância, não se confirma o hipotético ilícito de dano. E esta não confirmação nada fica a dever a um qualquer concurso aparente que afaste um preceito também preenchido pelo facto e que este, em certas condições, poderá voltar a chamar. Com efeito, a individuação do ilícito não se reduz à mera afirmação de uma unidade antijurídica (fungível, por assim dizer): fixa igualmente a sua identidade. Já a segunda situação revela um dano com desvalor autónomo, formando com o homicídio um concurso de ilícitos, *i.e.*, duas unidades de sentido pessoal-objectivo.

Numa palavra: aos mesmos ‘danos’ naturalísticos correspondem factos criminais de diferente relevo. Ora um único ilícito de homicídio — hipótese inicial —, ora um concurso de ilícitos, homicídio e dano, patente no caso narrado em último lugar.

O problema do concurso aparente já foi suscitado a propósito da correcta resolução de certos erros sobre a factualidade típica. Importa deixar claro, sem prejuízo de ulterior aprofundamento, que o tratamento jurídico dessa ocorrência faz igualmente parte da individuação do ilícito, do caminho para a definição do sentido criminal da conduta. Como se vem insistindo, o ilícito pessoal é unidade subjectivo-objectiva de sentido. Também por isso rejeita um concurso aparente centrado no chamado tipo objectivo, ou até apenas nos bens jurídicos ofendidos pelo comportamento. A divergência entre facto projectado e facto consumado é parte da dúvida concursal — repisa-se —, parte do concreto discernimento dogmático do conteúdo de ilícito inerente à situação em análise.

Chame-se, por fim, a atenção, para um aspecto esclarecedor da diferença de perspectivas entre o «concurso aparente» e o modo como os problemas são equacionados e resolvidos na visão das coisas que o «concurso de ilícitos» defende.

Há casos em que a dúvida nunca pode ter como desfecho a utilização das duas normas — a afirmação de dois conteúdos de ilícito — que se apresentam como concretas possibilidades de valoração de um comportamento singular. Antes de mais, vejam-se as hipóteses de tipos qualificados. Tome-se o homicídio como exemplo. Por vezes torna-se difícil discernir se a conduta concreta apresenta o desvalor contemplado pelo art. 132º do CP ou se cinge ao do art. 131º do mesmo diploma. Note-se, porém, que essa dúvida jamais conduzirá a um verdadeiro concurso, dado que um dos conteúdos/sentidos de ilícito (homicídio qualificado) contém em si o outro que, no plano hipotético, se mostraria também adequado (homicídio simples). Contempla-o sem resto. Com total rigor: o sentido de ilícito do homicídio qualificado cobre por inteiro o sentido de ilícito do homicídio matricial e acrescenta-lhe gravidade. Do ponto de vista valorativo (sem tomar ainda em conta o critério da *necessidade* de tutela penal), um ilícito qualificado traz consigo, como parte do seu conteúdo, o ilícito simples correspondente.

Repete-se, em busca de precisão e clareza: usar o preceito qualificador supõe que não se use o preceito simples. O caso não deve convocar os dois. Mas não porque reciprocamente se excluam. Muito pelo contrário. Precisamente porque um faz parte inseparável do outro, porque chamar um (o qualificado) implica, sem que se possa impedi-lo, trazer também, nele, o conteúdo do outro; justamente porque o significado normativo do tipo qualificado se confunde, até certo ponto, com o do tipo simples, para a partir desse ponto o ultrapassar.

É por essa razão, insiste-se, porque um desvalor vem dentro do outro, que não faz sentido, quando o caso se mostra qualificado, seleccionar também a norma padrão. E a mesmíssima razão torna claro que, apesar de não seleccionado, tal conteúdo normativo está sempre presente. Por inteiro, integrando embora o todo em que consiste o ilícito mais grave. Afinal, um homicídio qualificado vem a ser um homicídio (simples) a que o legislador agregou uma circunstância (para a designar de algum modo) que aumenta, no caso, o desvalor do facto de matar alguém.

Em definitivo: a dúvida de qualificação de um comportamento como simples ou agravado nunca poderá resolver-se através da afirmação autónoma dos dois conteúdos de ilícito. O mesmo se passa com todas as constelações de dúvida sobre a correcta qualificação penal de uma conduta em que um dos termos corresponde a um sentido material de ilícito *inteiramente contido* no significado antinormativo do outro. Um perigo por referência ao respectivo dano, quando nele se esgotar; uma tentativa em relação à ‘sua’ consumação em acto, etc.<sup>369</sup>.

De certo modo, descobre-se neste particular uma analogia com o ilícito-típico complexo. Também neste — por estrita opção estratégica — o legislador uniu num único preceito incriminador dois desvalores distintos, em si mesmos correspondentes a tipos de crime que continuam a figurar com autonomia a seu lado. Há furtos, há coacções e há roubos. E, havendo roubo, o concreto furto e a singular coacção perdem-se nele. Embora não se confundam enquanto sentidos de ilícito, a sua união supera-os, criando uma nova e independente unidade de conteúdo jurídico-criminal. Sintoma disso mesmo será a punição por tentativa de roubo — não por crime de coacção — reservada a quem coagir para furtar, não tendo chegado à prática de qualquer acto de execução da subtracção planeada.

Devem, contudo, abordar-se com cautela as hipóteses em que os termos da dúvida mudam de posição. Ou seja, aquelas em que se cumpre, não já o sentido de ilícito que contém em si um outro, mas justamente um conteúdo antijurídico marcado pela ideia de privilegiamento, ou seja, caracterizado por o seu desvalor próprio ficar aquém da medida escolhida pelo legislador para padrão.

---

<sup>369</sup> Desta lista não faz parte o binómio dolo/negligência, na medida em que, da perspectiva do ilícito pessoal adoptada, dolo e negligência são estruturas alternativas: o dolo não integra em si a negligência. Com certeza que a dúvida ilícito doloso/ilícito negligente nunca é dúvida concursal; a justificação não reside, porém, na inclusão de um conteúdo de ilícito no outro, mas precisamente na sua mútua incompatibilidade. Agora também assim, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal I*, Cap. 34º, § 3.



Mantendo a exemplificação na mesma área: pense-se no homicídio a pedido da vítima (homicídio privilegiado já no plano do ilícito<sup>370</sup>) relativamente ao homicídio simples. Não pode afirmar-se que ele arrasta consigo, como parte do seu conteúdo, o ilícito-típico do art. 131º do CP. O significado antinormativo do homicídio privilegiado não chega sequer a completar o desvalor típico do homicídio padrão: diverge dele por defeito. Assim sendo, enquanto na relação simples/ qualificado a convocação única do ilícito qualificado não impede a presença (não autónoma) do ilícito simples, a selecção do ilícito privilegiado prejudica, não apenas a selecção do tipo matricial, mas o próprio aparecimento integral deste conteúdo típico no caso.

Alguma coisa de parecido ocorre com a identificação de ilícitos tentados ou de perigo que, por definição, não alcançaram a forma perfeita ou a lesão efectiva do bem jurídico protegido. A concreta antinormatividade do facto vê-se inteiramente ‘retratada’ pelo tipo ‘privilegiado’. Nestes casos, o tipo simples nunca se convoca: serve tão-só para confirmar que o desvalor do facto ilícito a julgar fica nitidamente aquém dele, ou seja, não chega a atingir a danosidade correspondente à ofensa-padrão do bem jurídico em causa.

Mais uma vez se há-de observar que, neste grupo de hipóteses, a doutrina maioritária encontraria situações de «concurso aparente». Ao menos entre tipos simples e privilegiados, não deixaria de reconhecer relações de especialidade. Também a este propósito, abandonar o «concurso aparente» e adoptar o enfoque que parte, em todos os casos, do sentido material de ilícito que lhes corresponde permite encontrar as soluções adequadas, sem o recurso obrigado a disfunções dogmáticas. A este ponto voltar-se-á em breve, ao considerar em especial o tratamento que a doutrina dominante dispensa ao problema da ‘força residual do preceito afastado’ no chamado «concurso aparente».

---

<sup>370</sup> O tipo legal do art. 133º do CP não serve para este efeito, na medida em que difere do homicídio simples também (ou apenas, é questão sobre a qual não se torna necessário opinar neste contexto) quanto à culpa.

Retornando ao problema originário: nos quadros do «concurso de ilícitos», não faz sentido criar uma categoria sem outra função para além de lembrar ‘aqui ocorreu uma dúvida sobre o número singular ou plural de ilícitos penais; pelo menos sobre a correcta qualificação do facto ilícito’. Menos ainda quando dessa hesitação pretérita não resulta qualquer diferença de tratamento jurídico: a unidade criminosa saída de uma dúvida concursal é tão unidade criminosa como a que dela não parte.

Dizendo-o de outro modo. A tradicional questão do concurso aparente pode traduzir-se como segue: por que razão se não aplica a ‘outra’ norma que o caso ‘também’ preenche? Ora tal pergunta fica prejudicada quando todo o problema do concurso deixa de assentar numa pluralidade de subsunções formais — que obrigaria depois a fundamentar a ‘desaplicação’ de alguma delas — para se pôr directamente no plano do ilícito material, na procura da quantidade de sentidos de antinormatividade concretizados no caso. O chamado «concurso aparente» apresenta-se, pois, alheio à perspectiva do «concurso (de ilícitos)» defendida neste estudo<sup>371 372</sup>. Mais: confunde o problema, cria questões dogmáticas artificiais e inúteis; distrai do caminho a percorrer e que pode sintetizar-se numa frase: saber *quantos* ilícitos um

---

<sup>371</sup> Uma derradeira observação. Até agora, o «concurso aparente» esteve presente neste trabalho enquanto expressão de um fenómeno que reúne duas características: a possibilidade de o comportamento de alguém integrar mais do que um facto ilícito e a verificação de que tal possibilidade não se concretiza afinal. Por outras palavras: tem-se falado de «concurso aparente» como sinónimo de decisão a favor da unidade em casos de dúvida acerca do número de crimes presente na actuação de uma pessoa. Contraposto a concurso efectivo, verdadeiro ou próprio, em que a incerteza se supera pela confirmação da multiplicidade de delitos. Invocou-se, sobretudo, esse nome (concurso aparente) para insistir em que se dá, em matéria de concurso, uma simples dicotomia: ou «aparente» ou «efectivo», ou um crime ou vários, sem que vestígio algum de concurso ideal — seja como for que se lhe chame — se intrometa, roubando clareza à opção.

De acordo com a tese do «concurso de ilícitos», a unidade do facto saída da dúvida concursal não precisa de nome. E o fenómeno que, noutra visão das coisas, se caracteriza por uma relação entre normas incriminadoras (tomadas no seu teor abstracto) na qual uma afasta as demais, deixa de fazer sentido. A partir deste momento, pois, a expressão «concurso aparente» será usada apenas quando se tratar de explicar o pensamento dos autores que a cunharam e que compreendem o concurso como concurso de normas, na acepção acabada de referir.

<sup>372</sup> Não se desconhece que concluir pela existência, no caso, de um concurso de crimes, do mesmo passo que encerra o primeiro dos problemas concursais, abre o segundo: o que diz respeito à construção da pena a cumprir pelo único agente dos vários delitos. Mas dessa questão, como já ficou dito, não se ocupa o presente estudo.

comportamento encerra é o mesmo que interrogar-se sobre *quais* os ilícitos nele presentes. Não é, por conseguinte, tarefa diferente da que se leva a cabo no labor dogmático geral<sup>373</sup>.

Em resumo: a perspectiva do «concurso de ilícitos» e o correspondente afastamento do denominado «concurso aparente» devolvem o problema da unidade e da pluralidade criminosas ao domínio do concreto: trazem-no para dentro da metodologia própria do direito penal — a dogmática. Para dentro das suas categorias gerais, sem necessidade de recorrer às formas especiais de surgimento da infracção.

### **3. A vexata quaestio do «efeito residual do preceito preterido»**

#### **3.1. Colocação do problema**

A rejeição da figura do concurso aparente não dispensa, porém, a apreciação dos problemas que tradicionalmente constituem a dogmática da categoria e que giram à volta da natureza e de uma possível eficácia residual do ‘preceito afastado’. Qual o significado desse afastamento? Deverá reconhecer-se a tal norma algum efeito no tratamento jurídico do caso?

O núcleo essencial da questão apelidada pela doutrina de «efeito residual (*Restwirkung*) do preceito preterido», pode descrever-se (ainda com noções e linguagem tradicionais) do seguinte modo. Quando, perante um problema de concurso, se conclui que uma só das normas em jogo esgota o conteúdo de ilícito e de culpa do caso e que, por conseguinte, deve aplicar-se apenas essa — ou seja, a(s) outra(s) não deve(m) aplicar-se a seu lado<sup>374</sup> —, o afastamento dos demais preceitos incriminatórios há-de considerar-se absoluto

<sup>373</sup> Voltar-se-á a esta ideia ao iniciar o estudo dos diversos modelos de concurso aparente construídos pela doutrina (ver, *infra*, Cap. V).

<sup>374</sup> Como está bem de ver, as normas a aplicar ou a preterir podem encontrar-se, tanto umas como outras, em número singular ou plural. Depende do caso. Este pode subsumir-se apenas a dois ou, diferentemente, a mais do que dois tipos legais. Aplicada a regra do concurso aparente, pode acontecer que apenas uma norma deva retirar-se ou que mais do que uma seja afastada. Serve a presente nota para dizer que, em texto, se dá por subentendida esta realidade. Fica, assim, posto em evidência que não haverá (como não houve, até aqui) a preocupação de a exprimir, de cada vez, no texto.

e definitivo? Por diferentes palavras: no concurso aparente, a norma preterida e as suas consequências jurídicas votam-se, sem excepção e para sempre, à inoperância? Ou, pelo contrário, o facto de a conduta do agente ter preenchido, para além do que se convocou, outro ou outros tipos legais, pode influenciar a resolução do caso?

As dúvidas colocam-se em três campos. A doutrina do «concurso aparente» costuma enunciá-los como segue<sup>375</sup>.

Na determinação da medida da pena, o juiz, partindo embora da moldura abstracta do tipo legal seleccionado, há-de ter em conta que a conduta do agente preencheu também uma outra *fattispecie*, de modo a evitar que a sanção encontrada venha a ficar aquém do mínimo previsto pela última? Invertendo a frase: o limite inferior da moldura da norma afastada em concurso deve constituir também um mínimo inultrapassável da pena a aplicar em nome do preceito preferente?

A questão parece conduzir a um dilema: dizer que sim atraiçoa a pureza do concurso aparente, pois se pretere um tipo para depois o recuperar, ainda que parcialmente; responder que não pode levar ao absurdo de beneficiar o agente cuja conduta preencheu *também* o tipo mais grave, em relação àquele que realizou tão-só o menos grave. O problema que acaba de descrever-se dá pelo nome de *Sperrwirkung* (efeito de bloqueio) do mínimo mais elevado das molduras penais em concurso.

A segunda questão assemelha-se a esta. Se apenas a norma não-seleccionada contemplar a aplicação de certa medida de segurança, pena acessória ou efeito da pena, pode o juiz lançar mão dela para impor essas reacções criminais ao autor do facto? A dificuldade lógica mantém-se: ou aplica em parte a norma que disse rejeitar, ou não satisfaz em plenitude a justiça do caso, pois furta a conduta a consequências que derivariam do tipo

---

<sup>375</sup> Ver, pela doutrina alemã, ROXIN, *Strafrecht* II, § 33, Rn. 227-247. Na doutrina portuguesa, por último, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal* I, Cap. 42º, § 21 s e Cap. 43º, § 53 s (consoante se trate da figura da «unidade de norma» ou do «concurso de crimes aparente, impuro ou impróprio», já objecto de estudo na Primeira Parte, VI 3. desta tese).

legal em que cabe, se a mesma não integrasse igualmente a previsão de um outro mais grave.

Por último, mas com especial relevo, discute-se o chamado «ressurgimento» (*Wiederaufleben*) do tipo legal preterido. Caso o preceito seleccionado não possa, por motivos supervenientes, aplicar-se, deverá readquirir eficácia aquele que, a princípio, se excluiu?

Figure-se a hipótese seguinte: resolvido o concurso no sentido de considerar que o tipo de crime X esgota o facto e afastado, por isso, o tipo Y (em si mesmo também pertinente), não chega a ser apresentada a queixa de que X dependia ou, tendo-o sido, ocorre a desistência da mesma, nos termos do art. 116º, nº 2 do CP. Pergunta-se: ‘ressurge’ o tipo Y, condenando-se o agente por ele?

Ainda neste caso a resposta se revela embaraçosa. Por um lado, se o tipo X se mostrava o indicado, por que razão decidir agora segundo o preceito rejeitado? Por outro, se afinal, em primeira linha, qualquer deles se ajustava ao caso, porquê deixar a punição ou a impunidade do autor à mercê de um factor imprevisível? Apresentou-se como exemplo a falha de um pressuposto de perseguibilidade do crime. Muitos outros se podem referir.

Tem-se discutido habitualmente, quase como protótipo desta matéria, o problema da «desistência da tentativa *qualificada*». Com essa expressão designa-se a tentativa desistida cuja execução envolveu, apesar de tudo, a consumação de um tipo de crime distinto. Na discussão, qualificar-se-á a desistência relevante como uma causa pessoal de exclusão da pena<sup>376</sup>. O caso uma vez e outra debatido é o da tentativa de homicídio que consuma, apesar da desistência, uma ofensa à integridade física da vítima. A solução pacífica — o agente deve responder por este último delito — implica, diz-se, a «*Wiederaufleben*» do preceito afastado.

---

<sup>376</sup> Não se classifica deste modo a «desistência» por convicção dogmática, mas apenas para não desconfigurar o problema tal como ele é colocado à doutrina do concurso. Estudar tal questão em si mesma excede em muito o âmbito deste trabalho.

Na tese do «concurso de ilícitos», precedido de uma dúvida concursal (ainda que reportada apenas ao segundo lógico anterior à decisão), as interrogações ‘causadas’ pelo chamado «concurso aparente» resolvem-se no decurso normal do trabalho dogmático, sem necessidade de recorrer a qualquer artifício argumentativo suplementar. As próximas páginas destinam-se a glosar esta ideia.

### **3.2. O ressurgimento («Wiederaufleben») da norma preterida**

Um dos problemas onde se percebe com grande nitidez a diferença de perspectivas entre a tese que se defende e a doutrina tradicional vem de ser apresentado com a designação de ‘ressurgimento’ ou ‘revivescência’ do preceito (do tipo legal de crime) preterido. Na verdade, encaradas as coisas do prisma do concurso de ilícitos — *i.e.*, do concurso entendido como individuação do facto ilícito, em circunstância de dúvida sobre o seu número singular ou plural —, tal questão não chega a existir. Porque os conteúdos materiais de antinormatividade realmente presentes na situação nunca desaparecem.

Explica-se a substância das coisas.

A colocação do problema do concurso em sede de ilícito implica, de forma inelutável, que a escolha da norma do caso revista sempre um carácter provisório ou, se se preferir, aberto. Em esquema simples, indicam-se os desenvolvimentos possíveis de uma decisão concursal.

Considere-se, em primeiro lugar, que a incerteza quanto ao número de ilícitos se resolveu no sentido de o caso albergar uma pluralidade (um concurso) de factos antinormativos. No termo da ulterior análise dogmática — nela incluída a averiguação das condições de perseguibilidade e punição —, a hipótese reconduzir-se-á a um dos seguintes resultados: há concurso de crimes (tantos quantos os ilícitos afirmados, ou porventura menos, mas ainda vários); dá-se apenas um crime; ou, por fim, não existe qualquer infracção.

Atente-se agora na hipótese contrária, em que a dúvida se desfez assinalando a unidade do facto ilícito-típico. O progredir da análise dogmática

desembocará, neste segundo caso, *ou* na confirmação do carácter criminoso do facto — há um só delito —, *ou* na sua negação — não se verifica qualquer crime.

Fica deste modo patente que o preceito que se mostrou adequado, por corresponder ao sentido de *ilícito* da relação vital a julgar, pode vir a revelar-se inapto, por não estarem presentes outras das exigências do «tipo de garantia» — atinentes, *v.g.*, à culpa ou à punibilidade —, ou por se verificar alguma circunstância que impeça a perseguibilidade ou a efectiva punição do facto. É neste ponto que a doutrina tradicional invoca o ‘ressurgimento’ da norma preterida — aquela que, por efeito das regras do dito «concurso aparente», fora afastada do caso. E, também neste particular, a doutrina defendida neste estudo confirma a sua divergência, mostrando que a razão pela qual não aceita o chamado «concurso aparente» e coloca no início do problema do concurso a dúvida concursal é a mesma que a leva agora a excluir a *Wiederaufleben*; a considerá-la uma falsa questão<sup>377</sup>.

Na verdade, o ‘ressurgimento’ de um tipo de garantia constitui fenómeno que deriva do formato tradicional do concurso de normas. Torna-se imprescindível, insiste-se, na exacta medida em que a escolha da norma do caso se faz preceder — como se de algo necessário se tratasse — da afirmação de que todos aqueles preceitos a que a hipótese se subsume foram violados; de tal (incorrecto) pressuposto segue-se que os tipos não-seleccionados devem considerar-se preteridos, desligados da valoração do comportamento em causa.

Ora, como bem se compreende, nada disto sucede com a perspectiva do concurso de ilícitos, dado que esta última propõe, em vez do «concurso aparente» e da sua dogmática de ponto de partida formal, uma apreciação material do problema. A dúvida, ao menos metódica, desfaz-se à medida que se vai tornando claro o sentido de ilícito do caso, os contornos da (ou das) unidade subjectivo-objectiva que se valora, à luz dos critérios fornecidos pelo legislador. Os caminhos de individuação do ilícito passam pelo manusear de normas

---

<sup>377</sup> Uma concepção igualmente crítica do *Wiederaufleben* encontra-se em DUARTE D'ALMEIDA, *O 'concurso de normas'*, p. 39-45.

variadas: todas as que se mostrarem indispensáveis à resolução de questões tão diferentes como as do carácter doloso ou negligente do facto, da sua conformação como tentado ou consumado, de autor ou de participante, com ou sem interferência de causas de justificação, de situações de erro, etc. De cada uma dessas valorações precisa o intérprete para finalmente decidir se o caso consubstancia o ilícito-típico  $x$ , o ilícito-típico  $y$ , ou ambos ( $x + y$ ). Uma vez ultrapassada a dúvida, o mesmo é dizer, uma vez fixado o sentido jurídico-penal do facto (ou factos), não há mais problemas concursais a resolver. Se, em momento dogmático posterior, aparecer algum obstáculo à punição desse ou desses factos, isso significa que tal sancionamento não deve ter lugar.

Concretize-se.

O obstáculo que se referiu em abstracto pode ilustrar-se com uma «desistência da tentativa qualificada», para ir ao ponto fulcral desta problemática. E volta a utilizar-se o exemplo de sempre — burla levada a cabo através de documento falsificado — e com a exacta configuração antes usada<sup>378</sup>. Antes de mais, considere-se a hipótese de a dúvida concursal dar lugar a uma afirmação de unidade de facto. O reconhecimento de um ilícito singular de burla (e a correspondente negação do concurso de ilícitos) terá como consequência que apenas o crime de burla poderá constar de uma eventual sentença condenatória, após as obrigadas diligências do percurso criminal. Não havendo lugar a tal condenação, nenhuma outra surgirá em sua vez.

Em termos concretos: se o burlão abandona voluntariamente o emprego do meio enganoso que forjara — o documento contrafeito —, de modo a que a vítima não chegue a praticar qualquer acto que a prejudique no seu património, nada resta do comportamento para punir. A tentativa de burla ‘apaga-se’ em virtude da desistência relevante e a falsificação do documento, simples

---

<sup>378</sup> Importa que a falsificação seja elaborada só em função dessa burla, pelo mesmo sujeito. E que o perigo inerente à contrafacção se esgote naquele singular delito contra o património. Porque os dois conteúdos antinormativos podem encontrar-se em circunstâncias diferentes que modifiquem por completo o sentido de ilícito do facto. Isto mesmo foi desenvolvido ao longo da Parte Primeira, IV 1. e 4.; e ainda na análise crítica das soluções propostas por vários autores: Ingeborg Puppe, Luís Duarte d'Almeida, José Moutinho e Figueiredo Dias (Cap. V e VI da mesma Parte).



elemento constitutivo do crime em execução, deverá seguir a sorte deste. A não punição da burla, ainda que tentada, estende-se a todos os segmentos que a formam.

Por diferentes palavras: a falsificação lançou a incerteza no caso, obrigou a um esforço (objectivo) complementar de individuação dos ilícitos penais. O que equivale a dizer: a falsidade *fez* parte da dúvida concursal. Mas fora dela (da dúvida) não tem, nem nunca teve, existência própria na singular circunstância a julgar. Dilui-se no crime contra o património, pertence-lhe como um dos muitos meios enganosos utilizáveis. Do ângulo do perigo que envolve para o bem jurídico, nada a distingue de outros.

Em síntese: a eventual condenação por *falsum* documental, na hipótese de improcedência da punição por crime de burla, mesmo que se mostre formal ou tecnicamente possível, não reflectiria o sentido do facto. Se a burla ‘morreu’, ‘morreu’ também (nela, com ela) a falsificação que na burla se esgotava.

Não se esquece, claro está, que o desfazer da dúvida concursal pode dar lugar a um concurso de ilícitos. E que também nesta hipótese a verificação sucessiva das demais condições de punibilidade e de punição poderá trazer consigo a condenação por um só dos ilícitos fixados ou mesmo nenhuma condenação. Como se vem referindo, falsidade documental e burla podem traduzir, em certas condições — recorde-se a contrafacção do próprio registo, que não esgota a sua perigosidade criminal numa única acção enganosa —, uma real pluralidade de ilícitos. Tal observação, em si mesma correcta, nada acrescenta, porém, ao problema abordado. Num concurso (pluralidade) de ilícitos, o destino de cada um dos factos permanece independente do dos demais.

Deve deixar-se uma nota sobre uma situação particular acima referida<sup>379</sup>. Aquela em que o conteúdo material de ilícito que define o caso reúne em si —

---

<sup>379</sup> Ver III. 2. desta Parte Segunda.

de modo inextrincável — outro ou outros que ostentam, em face dele, um desvalor *homogéneo* menor.

A particular estrutura, por exemplo, do ilícito-típico qualificado — tipo simples a que acresce um suplemento de desvalor — facilita a ocorrência de situações nas quais o obstáculo que parecia opor-se à selecção do inteiro tipo qualificado determina, apenas e tão-só, a rejeição do segmento agravante. Nessas hipóteses, ao ‘cair’ o elemento que definia o facto como qualificado, o conteúdo restante passa a coincidir com o do ilícito-típico fundamental ou base.

Vendo as coisas do ângulo inverso: o ilícito simples constitui a unidade-padrão a partir da qual — por adição desvaliosa — se construiu o facto agravado. Assim sendo, uma vez ‘anulado’ o elemento qualificador (apenas ele) do tipo ‘normal’, este último fica, por definição, intocado.

Como se apontou também em texto anterior, fenómeno análogo se passa com os chamados tipos complexos. Repare-se, contudo — o martelar da ideia é consciente — que, como sempre, o problema só pode decidir-se em concreto, não por mera contemplação dos tipos legais. Um exemplo pensável: em determinado caso de roubo, o agente vem a responder apenas por ofensa à integridade física, pois foi declarado inimputável em relação ao furto.

Considere-se, por fim, o exemplo clássico de desistência da tentativa qualificada: o homicídio tentado e desistido, precedido embora da consumação de ofensas à integridade física da vítima. Também aqui o concreto conteúdo de ilícito das ofensas corporais está compreendido na tentativa de homicídio descrita. Não por uma abstracta relação lógica de inclusão entre os tipos em causa — procurar matar sem o conseguir não tem como ponto de passagem necessário a lesão no corpo ou na saúde do visado —, mas pela exacta configuração do singular acontecimento. Nestas circunstâncias, a punição por ofensas corporais fica a dever-se ao desaparecimento da possibilidade de

censurar o agente pelo ‘acréscimo’ de ilícito que as transformava em tentativa de homicídio<sup>380</sup>.

Restará salientar que as soluções acabadas de narrar nada devem a um suposto «concurso aparente» que, num momento inicial, preteriu um tipo incriminador para, depois, se ver obrigado a fazê-lo ressurgir. Os conteúdos de ilícito que por fim se aplicam, nunca foram preteridos, nunca ‘morreram’: ‘viveram’ sempre, encerrados na mais gravosa antinormatividade dos factos ‘qualificados’<sup>381</sup>. Numa palavra: a solução concorde com a justiça material dispensa o artifício do *Wiederaufleben*.

O que se diz vê-se porventura confirmado pelos próprios defensores do «concurso de normas» e do «ressurgimento» do tipo preterido. Basta para tanto considerar um outro grupo de casos, aqueles precisamente que, na lógica do «concurso aparente», constituem a outra face da relação de especialidade: as hipóteses de privilegiamento.

Da perspectiva do concurso de ilícitos, a situação caracteriza-se pelo facto de a dúvida que levanta se decidir no sentido do ilícito menos grave. Pegando no exemplo já utilizado: por longa que se tenha mostrado a hesitação sobre a concreta natureza do ilícito praticado — homicídio simples ou homicídio a pedido da vítima —, concluiu-se que a norma do art. 134º do CP o agarra de mais perto. Posto isto, se porventura prescrever o procedimento criminal por tal delito, o caso conhecerá, nesse mesmo instante, o seu fim. O mesmo é dizer: a abertura de processo-crime por homicídio simples — o outro termo da dúvida — nunca constituiria escolha acertada. A justificação aparece de imediato: a antinormatividade do facto sobrepõe-se em parte à do ilícito fundamental — trata-se, em qualquer caso, de lesar uma vida alheia —, mas o

---

<sup>380</sup> Recorde-se que continua a considerar-se a desistência da tentativa como uma causa pessoal de exclusão da pena, segundo o entendimento maioritário.

<sup>381</sup> Emprega-se neste contexto o termo ‘qualificado’ num sentido abrangente: relativo aos conteúdos ilícitos-típicos que encerram outros, homogêneos mas menos graves, acrescidos de um elemento que lhes acrescenta desvalor.

seu desvalor fica, por definição, aquém do desvalor ‘normal’ do homicídio contemplado no art. 131º do CP.

Ao contrário, pois, do que acontece em situações de agravação, o recurso à norma matricial nas condições atrás referidas constituiria uma decisão errada, *contra legem*, contra as próprias valorações do ordenamento criminal<sup>382</sup>. A opinião dominante nunca aceitou — como é natural — que nestes casos devesse ‘ressurgir’ o tipo simples, apesar de considerar que também ele foi preenchido pela conduta do agente e só depois afastado, por força das regras do concurso aparente. Fala tal doutrina, a este propósito, de uma excepção à *Wiederaufleben* (aliás, a toda a eficácia residual) da norma preterida.

Não surpreende — deve até louvar-se — a introdução de restrições a um modelo que faz perigar, em certo número de casos, o acerto material das decisões. Concorda-se inclusive que o protótipo do não ressurgimento da norma anteriormente afastada reside nas situações de privilegiamento. O que se estranha é que essa verificação da necessidade de depurar o *Wiederaufleben* — subtraindo-lhe hipóteses detectadas por um critério valorativo que lhe é alheio — não leve a doutrina comum a aprofundar a crítica ao seu sistema, a questionar, não apenas o mecanismo que faz ‘reviver’ tipos legais, como também a própria ideia de concurso (aparente) e de preterição de normas à qual esse mecanismo anda associado.

Numa palavra: o *Wiederaufleben*, com a sua justa excepção para os delitos privilegiados, parece confirmar que não se devem admitir automatismos no plano das soluções concretas; estas sempre terão de decorrer de uma autónoma valoração. E que, sendo as coisas assim, o caminho metodológico mais curto e acertado passa pela directa apreciação jurídico-penal dos factos

---

<sup>382</sup> Ainda quando aconteça, ou pelo menos assim se entenda, que a diferença entre tipos radica tão-só na culpa, punir pelo preceito geral quando a censura devida ao agente se esgotava no menos grave (privilegiado) representaria igualmente uma violação manifesta do princípio da culpa. Como bem se percebe, do ponto de vista do concurso de ilícitos, tal problema não possui natureza concursal.

personais controvertidos. Com a cautela própria dos juízos criminais, que se reflecte num itinerário dogmático específico. Garantístico, mas não formal.

### ***3.3. A influência da norma afastada no sancionamento da conduta***

A perspectiva do concurso de ilícitos rejeita o *Wiederaufleben* (colocação do problema e resolução do mesmo) e tão-pouco aceita a chamada «eficácia residual do preceito preterido». Nem o efeito de bloqueio do mínimo mais baixo das molduras penais das normas violadas, nem a aplicação de reacções criminais previstas tão-só no preceito não utilizado.

Poder-se-ia pensar que não passam, afinal, de uma modalidade diferente do *Wiederaufleben*: também nestes casos a norma afastada regressaria, mas com um contributo mínimo, *i.e.*, afectaria tão-só aspectos marginais da punição, sendo esta levada a cabo, quanto ao resto, em conformidade com o preceito preponderante. E a razão aduzida parece sensata: de outro modo, estar-se-ia a beneficiar o agente que cometeu, para além do crime ‘menor’ (ao qual se ligam as tais agravações ‘periféricas’ da sanção), um outro crime ‘maior’ que absorveu o primeiro. (Mais uma vez, a regra não alcança, como se compreende, os crimes privilegiados — nestes, o benefício decorre da vontade legislativa).

Bem vistas as coisas, porém, esta intromissão do preceito afastado na punição do único crime em nada se assemelha ao problema do ‘ressurgimento’ da norma inicialmente não convocada, que atrás se analisou. Na verdade, as práticas desta feita sugeridas separam a definição do conteúdo de ilícito do facto da determinação da sanção a aplicar-lhe. E não o fazem apenas por excepção, para corrigir um presumível lapso do legislador. Fazem-no por sistema, na convicção de só assim dar cumprimento à legalidade: pois o agente não violou também o tipo preterido?

De acordo com a tese do concurso de ilícitos, a decisão por um só facto anti-jurídico-criminal pressupõe utilizados todos os critérios de valoração da «culpa do homem médio», incluídos os de dignidade penal e de necessidade de pena. Em coerência, o conteúdo penalmente relevante do caso — também e

sobretudo a uma consideração material — basta-se, pois, com o tipo de ilícito convocado; cabe inteiro nele; não ‘sobra’ matéria típica. O desfazer da incerteza sobre o número de ilícitos co-envolve, portanto, uma presunção de que a sanção correspondente a tal facto se mostra correcta.

Raciocinar de outro modo significaria reabrir o diálogo já mantido sobre o ‘regresso’ do concurso ideal ao ordenamento jurídico português. Apesar do que defendem Figueiredo Dias, José Moutinho e Duarte d’Almeida, não se encontrou, nesta investigação, razão bastante para o acolhimento de tal figura concursal, sobretudo quando não existe no CP preceito semelhante ao § 52 do *StGB*. Como se afirmou então, o número de tipos legais formalmente preenchidos pela conduta do agente não será um dado definitivo para a individuação do sentido (ou sentidos) de ilícito do caso; e menos ainda há-de transcender esse momento e projectar-se na punição do condenado, quando é único — também e acima de tudo do ponto de vista substancial — o facto ilícito-típico por que este responde.

Ao argumento do benefício indevido colhido pelo autor do crime, precisamente por ter infringido mais do que uma norma, há-de contestar-se de novo que a perspectiva invocada é formal, focada no preceito abstracto mais do que no concreto significado antinormativo do comportamento<sup>383</sup>. Se este, a um juízo de ilícito sempre confirmado, consubstancia um só facto, não há concurso. Querer reflectir na sanção uma dúvida concursal ultrapassada é contradizer na consequência jurídica o que se afirmou na valoração da conduta.

O que vem de dizer-se não obedece, repete-se, a uma razão de pura lógica: é toda uma concepção do problema do concurso que está em causa. Toda uma tentativa de deixar esquemas formalistas, *i.e.*, de consideração da «norma em abstracto» — de sentido sempre igual, porque fixado com independência do caso —, passando a lidar com a «norma em acção», cujo significado protector se deixa afeiçoar pelo caso. Os mesmos enunciados normativos podem levar a respostas concursais diferentes, consoante a singular

---

<sup>383</sup> Mais uma vez aparece a diferença entre perspectivar o concurso como uma relação entre normas ou ver nele, como se faz no presente estudo, um problema de concretização do sentido de ilícito — unitário ou plural — do caso.

circunstância da vida que são chamados a configurar. Das mesmíssimas normas formalmente atinentes a um caso, pode sair *ora* um não-concurso *ora* um concurso, *i.e.*, *ou* uma unidade subjectivo-objectiva de sentido contrária aos bens jurídico-penais, *ou* mais do que uma.

Não se ignora que, em certos casos, pareceria conveniente aplicar a determinada unidade de ilícito uma pena acessória ou uma medida de segurança não previstas pelo tipo convocado. Não já, desta feita, pelo imperativo de retirar consequências de todas as normas infringidas ou por um inesperado pendor retribucionista, mas em nome de atendíveis critérios materiais. Julga-se, porém, que até nessas circunstâncias a resposta há-de ser negativa: deve falar mais alto o princípio da legalidade criminal (*nulla poena sine lege*).

Faça-se, contudo, uma derradeira observação. Tal como atrás se referiu, a propósito do *Wiederaufleben*, pode acontecer que o singular conteúdo de antinormatividade da conduta consista no ilícito matricial acrescido de um factor/circunstância agravante. Nesse caso — e pela razão material apontada —, nada obstará a que se aplicassem ao agente as sanções complementares (penas ou medidas de segurança) previstas tão-só para o delito fundamental, já não — estranha opção (lapso?) — para o qualificado. Com efeito, as consequências jurídicas são-no do facto ilícito para o qual o legislador as previu (desde que se lhe junte a culpa e a punibilidade também requeridas pela norma). Ora, se a unidade subjectivo-objectiva em que consiste o facto mais gravoso envolve — sem que se torne possível preteri-lo, pois que é parte intrínseca sua — o facto menos gravoso, não se vê motivo para rejeitar (salvo circunstâncias que extravasem deste específico campo de análise) a aplicação das referidas sanções adicionais.

Como está bem de ver, as considerações expendidas por último destinam-se apenas a hipóteses nas quais deva condenar-se, em definitivo, pelo crime previsto na norma agravada (e omissa no respeitante a penas acessórias e

medidas de segurança a juntar à sanção principal). Só em tais casos se põe, como é natural, a questão em análise.

#### **IV. Outras utilidades dogmáticas do preceito preterido? As questões de E. Peñaranda Ramos**

##### ***1. Apresentação do problema***

Há cerca de duas décadas, Enrique Peñaranda Ramos interveio no debate sobre a ‘utilidade’ do preceito preterido em concurso aparente, com um enfoque de certo modo novo. O autor não apresenta uma compreensão diversa do «concurso aparente»; não supera a discussão que opõe os defensores de dito concurso como fenómeno de *mútua exclusão típica* àqueles (maioria) que vêem na figura uma real *pluralidade de realizações típicas*, com preponderância definitiva de uma só norma. Mas sublinha a interligação entre a dogmática do concurso aparente e outros pontos do sistema penal, procurando mostrar que não é indiferente para o conjunto a adopção de uma ou de outra das concepções enunciadas. Mais: faz a apologia do entendimento maioritário, apontando os efeitos perversos da tese da recíproca exclusão, nomeadamente em matéria de erro sobre a factualidade típica e de participação criminosa. O livro insiste em que uma solução justa de muitas dessas hipóteses exige o reconhecimento de que também o tipo legal preterido em concurso aparente foi realizado<sup>384</sup>.

No contexto da doutrina espanhola, o interlocutor de Peñaranda é, por antonomásia, Enrique Gimbernat Ordeig, partidário da compreensão do concurso aparente como mera ‘aparência de concurso’ (as várias normas em causa não se sobrepõem; os seus âmbitos de protecção limitam-se reciprocamente; as relações entre lei geral e lei especial não são de inclusão, mas de mútua exclusão). Gimbernat entra no diálogo em artigo científico destinado à exclusiva tarefa de responder à tese de Peñaranda<sup>385</sup>.

---

<sup>384</sup> PEÑARANDA, *Concurso de leyes*, p. 35 s.

<sup>385</sup> GIMBERNAT ORDEIG, «Concurso de leyes, error y participación en el delito (Crítica al libro de E. Peñaranda)», *ADPCP* 1992, p. 833 s.



Fica a impressão de que os dois autores estão porventura mais interessados no tema da participação criminosa do que no do concurso de crimes: em saber se é possível e porquê, sem desdizer o princípio da acessoriedade, punir o participante a título diferente do do autor. O problema aparece quase sempre concretizado na relação entre os tipos de homicídio e de parricídio (homicídio qualificado)<sup>386</sup>. Talvez a hipótese de maior significado (também prático) seja a seguinte: *A* ajuda *B* a matar o pai deste, *C*, sem conhecer a relação filial do autor com a sua vítima. Será *A* cúmplice de um parricídio ou apenas de um homicídio simples (uma vez que nenhum laço familiar o une ao ofendido e que ignorava até que *B* era filho de *C*)?

O objectivo que Peñaranda persegue consiste em desmontar o argumento segundo o qual *A* não pode considerar-se cúmplice de homicídio, pois esse facto (homicídio) não foi sequer praticado. Explicando um pouco. Gimbernat — e outros partidários de idêntica visão do concurso aparente — afirma que o comportamento do autor se subsume tão-só ao tipo do parricídio. Poderia parecer que preenche igualmente o preceito do homicídio fundamental, norma geral de que o parricídio é espécie. Mas não: logo no plano hermenêutico, a norma especial afasta de raiz a geral, de tal maneira que acabam por relacionar-se como pólos alternativos; há no homicídio simples elementos negativos implícitos, que obrigam a interpretar a proibição nele contida nos seguintes termos: «quem matar um estranho [alguém a quem não esteja unido por estreitos laços de sangue] será punido...». Os conjuntos «homicídio» e «parricídio» não possuem, neste entendimento das coisas, qualquer zona comum. Logo: se *B* pratica um parricídio não pode praticar um homicídio; e vice-versa. Donde se conclui que, sendo o facto do autor um parricídio e não (ou não também) um homicídio, *A* não pode ser cúmplice

---

<sup>386</sup> O actual Código Penal espanhol (de 1995) não contempla o delito de parricídio e a circunstância de a vítima ter alguma relação de parentesco próximo com o agente não aparece sequer mencionada no artigo referente ao «asesinato» — a forma mais grave de homicídio. Seja como for, o que se diz em texto reflecte os termos históricos da disputa e pode adaptar-se, com facilidade, a outros casos, mesmo no ordenamento jurídico espanhol (ex.: aborto com ou sem consentimento da mulher grávida).

senão de um parricídio. Pretender puni-lo por participação num homicídio simples equivaleria a ficcionar um facto (um homicídio simples) que na realidade jurídico-penal nunca existiu<sup>387</sup>.

Assim se mostra, diz Peñaranda, como a ‘má’ compreensão do instituto do concurso aparente se reflecte na doutrina da participação criminosa, levando a resultados materialmente injustos. A recta solução do problema passaria, ao invés (e sempre segundo este penalista), por admitir a dupla tipicidade do facto do autor: ao perpetrar um parricídio, *B* comete também, necessariamente, um homicídio. Matar outra pessoa significa pôr termo à vida de qualquer indivíduo da espécie humana; inclusive à do próprio pai. O parricídio contém e supera o homicídio fundamental; não o exclui. Mais: a punição de *B* por parricídio envolve a sua punição por homicídio, acrescida da que lhe convém pela especial gravidade do concreto facto. Em definitivo: é possível a *A* participar do crime de homicídio que *B* (também) cometeu. Sem quebra da acessoriedade. Rompendo apenas a unidade do título de imputação: o autor, *B*, responde por parricídio e o cúmplice, *C*, por homicídio. A este propósito invoca Peñaranda a «natureza pessoal do concurso»: apenas *B* violou as duas normas; só quanto a ele se afasta o homicídio.

Fala também Enrique Peñaranda Ramos da influência da doutrina do concurso na resolução de outros casos de erro — agora com independência de questões de participação. Erros sobre a factualidade típica. Sobretudo os que se referem a um elemento qualificador ou privilegiador do tipo, quer por suposição de que tal elemento existe quando na realidade não se dá, quer por desconhecimento da sua efectiva presença.

Para exemplificar, volta à problemática do homicídio *versus* parricídio e, partindo da literatura espanhola — que entende como justa a punição do agente, nos dois casos, ao menos por homicídio doloso consumado<sup>388</sup> —, insiste em que tal solução se torna dogmaticamente impossível quando se pretenda que entre

<sup>387</sup> GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP* 1992, p. 834-839.

<sup>388</sup> Alguns acrescentam, no caso apropriado, a punição por tentativa de parricídio, em concurso ideal com a do homicídio doloso consumado.

os dois tipos envolvidos se dá uma relação de alternatividade. Com efeito, onde estaria o homicídio simples consumado (o seu tipo objectivo) na hipótese em que a vítima viesse a revelar-se pai do autor? O *error in persona*, compreendendo-se os tipos fundamental e qualificado como o faz Gimbernat, acaba por converter-se, quando relevante, num erro sobre elementos que se excluem mutuamente, de que já falava Beling. Assemelhar-se-ia a casos como os de erro sobre a idade da vítima, em certos crimes sexuais; ou sobre o carácter lícito ou ilícito do acto a praticar, em matéria de corrupção passiva. A incongruência entre tipos subjectivos e objectivos desembocaria em injustificadas lacunas de punição<sup>389</sup>.

Mais uma vez, assinala Peñaranda, só a doutrina que afirma a dupla tipicidade em caso de concurso aparente permite sustentar a solução conforme à justiça material: se o tipo objectivo do parricídio inclui — relação de especialidade — o tipo objectivo do homicídio, o erro sobre a identidade da vítima determina a congruência entre o dolo do agente e o crime fundamental de homicídio, também ele realmente praticado. O filho matou o pai e ao fazê-lo pôs termo à vida de uma pessoa. Embora o dolo do filho não abranja a circunstância qualificadora, cobre por certo todos os outros elementos do parricídio, os elementos sobrantes, o mesmo é dizer: os que definem o homicídio simples. Sem qualquer ficção, torna-se assim coerente punir o agente, nestes casos, por homicídio doloso consumado.

Dito de outro modo: todos os casos em que se mata alguém constituem modalidades de homicídio, pelo que este deve, por definição, considerar-se

---

<sup>389</sup> Gimbernat, no artigo já citado, explica o seu modo de ver as coisas e de encontrar para tais casos de erro a mesma solução materialmente justa que Peñaranda julga impossível. Critica a doutrina tradicional, afirmando que o problema não pode colocar-se no plano das relações lógicas de género/espécie entre tipos objectivos, para só depois verificar se existe ou não congruência do tipo prevalecente com o dolo do agente. A questão — diz Gimbernat — está antes na relação valorativa entre os comportamentos em causa: relação de mais grave e menos grave, tendo em conta o que designa de «elemento implícito».

Com esta nova perspectiva, reparar-se-á que — apesar de logicamente equivalente — ignorar um factor agravante é diferente de ignorar um factor privilegiante. Quem está disposto a fazer o mais desvalioso também está disposto («elemento implícito») a fazer o menos. O contrário, porém, já não pode afirmar-se. O erro sobre o elemento qualificador deve dar lugar à punição pelo tipo simples. Não assim o erro sobre o elemento privilegiador. Veja-se GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP* 1992, p. 839-851.

presente e co-punido em qualquer delas. A questão continua portanto a colocar-se e a resolver-se de acordo com as relações lógicas entre as normas. Se o filho quer matar o pai e mata uma pessoa estranha, é indiferente para o homicídio simples o erro do filho: estão preenchidos os tipos subjectivo e objectivo do homicídio simples. O erro relevará eventualmente e apenas no que ao parricídio diz respeito. Invertendo a situação: se *A* quer matar *B* e não representa sequer que *B* é o seu próprio pai, permanece intacto, uma vez mais, o tipo geral (objectivo e subjectivo) do homicídio. O erro-ignorância afecta, quando muito, o parricídio.

Enrique Peñaranda não pode deixar de tocar a questão do efeito residual da norma preterida, dedicando particular atenção ao chamado *Wiederaufleben*<sup>390</sup>. Interessa-lhe perceber se tal mecanismo se revela necessário para a resolução de certos problemas dogmáticos, nomeadamente o da desistência da tentativa qualificada. Trata-se, como se viu atrás, de saber se deve punir-se alguém que, do mesmo passo que tentava um crime mais grave, consumou outro, vindo a desistir da tentativa do primeiro. Exemplifica com a tentativa de homicídio que provocou, apesar de ‘desistida’, ofensas corporais consumadas. O autor espanhol julga adequado sancionar o agente por estas últimas, já que a desistência ‘apaga’ a pena do facto tentado. Mas qual a justificação dogmática da solução? Entre os tipos de homicídio e de ofensas à integridade física deu-se uma relação de concurso aparente, que afastou o segundo. Deverá ressurgir (*Wiederaufleben*) agora — e ser aplicada ao caso — a norma antes preterida? *I.e.*, após a desistência do facto ilícito e culposo «tentativa de homicídio», há-de reviver a «ofensa à integridade física»? (Note-se que a questão supõe uma resolução do problema do concurso após a verificação do ilícito e da culpa, sem ter entrado, portanto, na categoria dogmática da punibilidade; a esta pertenceria a desistência, considerada como causa pessoal de exclusão da pena.)

---

<sup>390</sup> O problema do *Wiederaufleben* foi já analisado, dentro da concepção de concurso que se defende neste estudo, *supra*, Cap. III 3. 2.

Como se vem sublinhando, a preocupação de Peñaranda não se prende tanto com a exacta posição a tomar no que ao *Wiederaufleben* diz respeito. Importa-lhe sim esclarecer que a visão do concurso aparente como recíproca delimitação de tipos legais, ao rejeitar a ‘revivescência’ da norma preterida, dificulta a solução justa e fundamentada de casos como o da «desistência da tentativa qualificada». Reforça deste modo a hipótese de que parte a sua obra: o concurso aparente supõe a dupla tipicidade do facto em apreço; sem ela, periga a capacidade do sistema penal de chegar, em vários domínios, a decisões conformes à justiça material.

Que dizer? Para o que importa a este estudo, deve afirmar-se que tais problemas não têm a sua recta solução dependente de uma qualquer resposta a dar ao concurso aparente. Colocam-se e resolvem-se de maneira concorde com o sentido de ilícito material do caso, da mesma forma que se resolve a questão do concurso. Com toda a clareza: tal como, em matéria de concurso, a compreensão pessoal do ilícito permite um adequado tratamento das coisas, sem necessidade de recorrer a laboriosas subtilezas formais, assim ocorre também no que respeita às questões levantadas por Peñaranda. Consubstanciam problemas alheios a um qualquer concurso de normas, a resolver no âmbito do ilícito, concebido como pessoal.

Em definitivo e repisando: o autor espanhol procura, numa concreta concepção estrutural do concurso de normas, o caminho que lhe permita alcançar resultados justos em certas questões dogmáticas ligadas ao erro e à participação criminosa. Pretende, por exemplo, que *A* seja punido como cúmplice de um homicídio simples (e não de um parricídio), quando não sabe que a conduta do autor, *B*, consubstancia um parricídio. Ou que *D* responda por homicídio consumado a pedido da vítima, quando actua convencido, erroneamente, de que esta lhe suplicou que pusesse termo à sua vida. O que o presente estudo diz a Peñaranda é que a construção dogmática que lhe proporciona tais resultados não passa por um determinado modo de conceber o concurso aparente, mas antes pela análise desses casos à luz do ilícito pessoal.

Do ilícito pessoal não ‘minimalista’, *i.e.*, entendido como «culpa do homem-médio» — como «juízo provisório de culpa sobre o concreto agente, enquanto presumível detentor das capacidades do homem-médio»<sup>391</sup> —, pressuposto constante de toda a construção do concurso aqui defendida.

## **2. O «concurso aparente» e a participação criminosa**

Naturalmente, não será este o espaço para um tratamento cabal dos temas da participação criminosa e do erro. Nada obsta, contudo, a que se apontem as linhas mestras que conduzem, assim se julga, à adequada resolução dos mencionados problemas. Como vem de dizer-se, a ênfase não será colocada na positiva explicação de cada instituto. Dir-se-á tão-só o suficiente para apoiar a tese (neste preciso sentido) oposta à de Enrique Peñaranda; qual seja a da desnecessidade de envolver o chamado concurso de normas no justo tratamento dogmático de tais questões. (Afinal, mais um plano em que se procurará evidenciar o bem fundado do afastamento de tal figura do problema da unidade/pluralidade de infracções.)

Indo, em primeiro lugar, à questão de saber a que título deverá punir-se o cúmplice de um crime qualificado, quando actua — apenas ele, não o autor — em erro-ignorância sobre a circunstância especial que agrava o tipo. Mais concretamente, se pode responder pelo delito simples, quando o autor responde pelo agravado. O exemplo utilizado pelo penalista espanhol é, como se viu, o de *A* que auxilia *B* a matar o pai deste, sem consciência da identidade da vítima, ou seja, supondo prestar ajuda a um homicídio, não a um parricídio. Para defender que *A* deve responder por cumplicidade num homicídio simples e *B* por autoria de um parricídio, Peñaranda socorre-se do concurso de normas que — assim o entende — está presente na actuação de *B*. Se tal figura significar — como propõe — que o facto do autor é duplamente típico (subsume-se quer ao parricídio quer ao homicídio, que naquele se integra) nada parece obstar a

---

<sup>391</sup> A este propósito, veja-se, *supra*, II 1., assim como a próxima nota de pé de página.

que, sem quebra da acessoriedade, o cúmplice em erro venha a ser punido por homicídio simples.

No fundo, como reconhece Peñaranda, o núcleo do problema não reside tanto no tratamento a dar ao erro — um *error in persona*, neste particular —, mas no modo de contornar o princípio da acessoriedade, que parece impedir o justo sancionamento do caso. Visto deste específico ângulo — com independência, portanto, do surgimento de qualquer erro —, a questão prende-se com a própria doutrina da participação criminosa, exigindo uma abordagem diferente e mais profunda.

Na impossibilidade de a levar a cabo neste texto, sempre se dirá, contudo, que a chave que Peñaranda Ramos procura se encontra num correcto discernimento dogmático do facto do cúmplice, *i.e.*, numa doutrina da participação a partir da qual o princípio da acessoriedade se reduza a um equívoco. Explica-se. Na verdade, só concebendo o ilícito como um simples processo causal conducente a um resultado se torna coerente firmar a distinção entre autor e participante no modo — apenas no modo — como cada um contribui para o único evento.

Diferentemente, o sistema de ilícito pessoal a que se adere valora o comportamento do cúmplice como um facto próprio dele, em si mesmo independente do facto ilícito do autor<sup>392</sup>. Por outras palavras: o carácter pessoal-individual<sup>393</sup> do ilícito penal está presente, quer na imputação do facto ao autor, quer na imputação do facto ao cúmplice; por isso este último é ‘autor’ do seu próprio facto.

A partir daqui, facilmente se entende que a pessoalidade do ilícito penal não se coaduna com a regra da acessoriedade da participação, como quer que esta seja concretizada. E que, afastando tal regra, nada parece obstar às soluções materiais preconizadas pelo penalista espanhol. Ou seja: sem a

---

<sup>392</sup> Como se disse, a concepção de ilícito-pessoal adoptada pertence a A. M. Almeida Costa, tal como esta sua desimplicação em matéria de comparticipação (ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, Parte II, Tít. I, Cap. VI 2. a).

<sup>393</sup> Sobre o carácter pessoal-*objectivo* e, em simultâneo, pessoal-*individual* do ilícito penal, ver ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, Parte II, Tít. I, Cap. VI 1.

acessoriedade, não é necessário acolher-se a um tipo formalmente preenchido pela conduta do autor (e que em nada afecta, aliás, a sua valoração) para poder sancionar o cúmplice por esse crime.

A via para alcançar a justa pretensão de Enrique Peñaranda não está dependente — diga-se uma vez mais — de qualquer opção a tomar em sede de ‘concurso aparente’. Arranca antes de uma adequada concepção do ilícito penal e da imputação objectiva, com os efeitos que dela derivam para o entendimento da comparticipação criminosa. Aliás, é também esse o quadro dogmático capaz de sustentar a visão do concurso de ilícitos aqui proposta. Em suma: diferenciar o título de imputação de um e outro participante é problema que não está unido ao do concurso, a uma determinada dogmática do concurso (aparente). Mais: as duas questões (participação e concurso) encontram-se e logram solução satisfatória numa compreensão do crime e do ilícito-típico como aquela que se defende neste estudo.

### ***3. O «concurso aparente» e certos casos de erro sobre a pessoa ou o objecto***

#### ***3.1. O procedimento dogmático habitual e a perspectiva do ilícito pessoal não minimalista***

Sem qualquer desvio ao fio condutor deste diálogo com Enrique Peñaranda — a utilidade do «concurso aparente» para estes outros pontos da dogmática penal, ou a falta dela —, aborda-se agora a questão do erro de que fala o autor. Em causa está o desconhecimento de um dado que altera a tipicidade do facto — quer no sentido da qualificação, quer no do privilegiamento — ou a (falsa) suposição de que esse elemento se verifica<sup>394</sup>.

---

<sup>394</sup> A estas hipóteses junta Enrique Peñaranda aquelas em que o erro recai sobre o único elemento que distingue dois tipos legais contraditoriamente formulados. Os mesmos casos que Puppe designa de «relação de exclusividade formal» (PUPPE, *JR* 1984, p. 229 s). O problema é colocado, desde Beling, por se entender que, nestas hipóteses, o erro impossibilita a congruência entre o tipo subjectivo e o tipo objectivo de qualquer dos crimes: há sempre dolo de um e realização do outro. Exemplos (adaptados à ordem jurídica portuguesa): erro sobre a idade da vítima, nos crimes de abuso sexual de crianças (art. 171º, nº 1 e 2 CP) e de actos sexuais com adolescentes (art. 173º CP); erro sobre o consentimento da mulher grávida no crime de aborto (art. 140º, nº 1 e 2 CP).



Deve observar-se, antes de mais, que todas as hipóteses trabalhadas pelo autor espanhol se inscrevem no domínio dos chamados *casos especiais* de erro sobre a factualidade típica, na exacta medida em que o facto querido pelo agente constituiria ele próprio — a concretizar-se sem desvio — um ilícito penal. *A* queria matar o pai e na verdade a pessoa atingida pela sua acção é um estranho, ou vice-versa. *B* mata *C*, na convicção de este lho ter pedido, vindo depois a provar-se que tal pedido nunca existiu; ou ao contrário.

O procedimento dogmático habitual — alicerçado na doutrina maioritária — consiste em definir tipos objectivos (o projectado e o realizado), para em seguida averiguar se existe o tipo subjectivo que os completa. Algumas vezes, as incongruências descobertas levam a impunidades absurdas, contrárias às opções valorativas do ordenamento<sup>395</sup>; ou conduzem ao desdobramento de factos cuja unidade é manifesta: vejam-se as chamadas «soluções de concurso»<sup>396</sup>.

A raiz destes desacertos encontra-se — assim se julga — na compreensão do dolo do tipo como dolo natural, como simples representação e vontade do homem concreto, referidas ao tipo objectivo de ilícito. E na inevitável exclusão desse dolo (ancorado na psicologia do agente singular) quando, em virtude do erro, o tipo realmente acontecido não corresponda ao projectado. Todavia, esta unidade subjectivo-objectiva que assenta, em exclusivo, nas capacidades do singular agente não retrata o facto na sua objectividade de sentido — o facto ilícito.

A questão adquire contornos bem diferentes se pensada à luz, já não do dolo natural, mas do «dolo do homem-médio». Com efeito, nos quadros da

---

Para o presente estudo, o erro de que se fala melhor se qualificaria de *error in persona vel objecto*. Na verdade, as situações descritas em nada se distinguem daquelas, *v.g.*, em que alguém furta uma caixa de latão, convencido de que é de ouro e vice-versa. Tratar-se-á, *infra*, em 3. 2. deste mesmo Capítulo, o modo como se julga dever perspectivar o erro sobre o objecto. Um erro, afinal, sobre a situação típica, não apenas sobre qualidades naturais da pessoa ou do objecto visados.

<sup>395</sup> Também Gimbernat critica esta colocação do problema, embora por razões em parte diferentes, como se diz na nota 289.

<sup>396</sup> Assim costuma designar-se o modo de resolver problemas de erro sobre a pessoa ou sobre o objecto, quando não existe identidade típica do objecto da acção. Veja-se, por todos, FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal* I, Cap. 13º, § 29-30.

dogmática do ilícito pessoal em que este estudo se apoia, também nesta matéria importará, em definitivo, apreender o *desvalor pessoal-objectivo* do comportamento em causa. O problema reside, por isso, em saber *se* — e em que medida — o conteúdo subjectivo-objectivo de antinormatividade *projectado* se vê afectado pelo erro. E o caminho para o resolver passará sempre pela definição do sentido que o facto assumiria se fosse o «homem-médio» a praticá-lo (culpa do homem-médio). Mais exactamente: se as representações do homem concreto relativas ao facto que decidiu perpetrar se transpuserem para a ‘cabeça’ do homem médio<sup>397</sup>.

Como bem se advertirá, esta mudança de perspectiva — do dolo natural para o dolo do homem-médio — conduz a soluções diversas das aceites pela doutrina maioritária, permitindo evitar as dificuldades acima apontadas. Mas, sobretudo — insiste-se —, ao atribuir à situação o significado que teria na cabeça e na vontade do homem-médio, tal opção dogmática logra deixar a descoberto o desvalor (pessoal-)objectivo que corresponde à conduta na ordem jurídico-penal; o mesmo é dizer: define o *facto ilícito-típico* ali presente.

### ***3.2. Um quadro exemplificativo das constelações de error in persona vel objecto, de acordo com a perspectiva adoptada***

Para mostrar com clareza as consequências que derivam, nesta matéria, do ponto de vista a que se adere, apresenta-se um quadro exemplificativo. Nele figuram hipóteses de *error in persona vel objecto*: sobre um elemento agravador do furto; sobre um factor que qualifica o homicídio; sobre o pedido da vítima (no tipo do art. 134º do CP); e, finalmente, uma situação em que o engano incide sobre a própria natureza do ilícito-típico, não apenas sobre a sua

---

<sup>397</sup> Poderia acontecer que, na posse de tais conhecimentos, o homem-médio visse para além do que viu o agente singular, *i.e.*, antecipasse consequências, possibilidades de perigo ou de lesão do bem jurídico — ou de outros bens jurídicos — que aquele não antecipou. Cometido pela pessoa individual, mas nas vestes de «pessoa social», o sentido do comportamento — o seu significado pessoal-objectivo — passaria a não coincidir com aquele que a conduta revelaria tomando em conta tão-só a psicologia do homem singular. A expressão «transpor para a cabeça do homem médio» é de ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, Parte II, Tít. I, Cap. I 3., texto subsequente à nota 65.

gravidade. Tanto os casos em que se ignora a circunstância tipicamente relevante, como aqueles em que se supõe (com engano) a sua presença. De cada vez, começará por apontar-se o projecto criminoso do autor e a sua discrepância relativamente à realidade; logo a seguir, abrem-se as duas direcções que o caso pode tomar, consoante o «homem-médio» também errasse ou, pelo contrário, antecipasse com acerto o alcance da conduta.

– Exemplo A: *x* quer furtar uma caixa, que pensa ser de latão. Na realidade, a caixa — efectivamente furtada — é de ouro.

1) Se o homem-médio visse — sem erro, portanto — que se tratava de um objecto de ouro, o facto levado a cabo por *x* teria o sentido de um furto *qualificado* doloso consumado.

O caso evidencia uma discrepância, não apenas entre o que o homem concreto quer fazer e o que realmente faz, mas, acima de tudo, entre o que ele vê e o que veria o homem-médio, *i.e.*, entre o seu dolo natural e o dolo do homem-médio. Na medida em que o comando penal se dirige a cada pessoa, esperando encontrar nela capacidade para apreender o padrão de exigência contido na norma, só a superação da singular representação do agente pela que (no lugar e com os dados deste) alcançaria o homem-médio possibilita a correcta apreensão do significado pessoal-objectivo do comportamento. Precisamente porque se procura, no plano do ilícito, o sentido objectivo do *facto* — dessa unidade subjectivo-objectiva que é o *facto* —, cumpre valorá-lo indo além da psicologia do concreto agente; o mesmo é dizer, além do seu dolo natural. Só deste modo ficará a descoberto o real conteúdo de antinormatividade da situação.

2) Se, ao invés, o homem-médio representasse aquele objecto como uma caixa de latão — errando como o concreto agente —, o facto ilícito-típico de *x* consubstanciaria um furto *simples* doloso consumado.

Percebe-se que, apesar de o bem jurídico lesado possuir um valor muito superior ao que lhe atribuiria o homem-médio — e precisamente por este não lho atribuir —, o desvalor pessoal da conduta nunca se mostraria adequado a

dar ao facto o significado antinormativo de um furto qualificado *doloso* consumado. Com efeito, mesmo quando passados pela ‘cabeça’ do homem-médio, os dados fácticos da caixa a furtar não eram de molde a permitir que se reconhecesse nela um objecto de ouro.

Tão-pouco se afiguraria justa a punição por furto qualificado negligente. Nestas hipóteses, a haver negligência, ela cingir-se-ia à verificação da circunstância qualificadora, não à subtracção no seu todo. Na verdade, *x* (também enquanto «pessoa social») queria furtar um objecto e furtou-o. Possuía uma clara intenção criminosa. O erro há-de levar, pois, a uma modificação do ilícito. Não, como habitualmente, a uma passagem de um ilícito doloso para outro negligente; mas a uma degradação do ilícito doloso: em vez do qualificado, o simples (nele contido, aliás, como atrás se notou<sup>398</sup>).

Em definitivo: o significado pessoal-objectivo da conduta de *x*, que não capta — como o homem-médio não captaria — a superior qualidade do objecto que subtrai, corresponde ao tipo de ilícito do furto simples doloso consumado.

– Exemplo B: *y* quer furtar uma caixa, pensando ser feita em ouro. Subtrai-a. Conclui-se, em momento posterior, tratar-se de um objecto de latão.

1) No caso de o homem-médio não errar (ao contrário de *y*), estar-se-ia em face de um ilícito-típico de furto *simples* doloso consumado.

O concreto agente representou e quis praticar um facto impossível, por inexistência do objecto com as qualidades apetecidas. Mas, transposta a psicologia do singular sujeito para a do homem-médio, conclui-se que este avaliaria correctamente a caixa a subtrair e, por conseguinte, ao querer furtar aquele objecto estaria a consumir — seria essa, repete-se, a sua vontade — um furto simples.

A medida concreta da pena poderia sofrer um eventual agravamento, em função do crime projectado.

2) Segunda hipótese: o homem-médio erraria também. O ‘seu’ dolo, a ‘sua culpa’, o mesmo é dizer, o facto ilícito de *y*, reporta-se ao desvio de uma

---

<sup>398</sup> Cfr., *supra*, III 2.

coisa de ouro: revela uma atitude de inimizade pelos bens jurídicos penalmente protegidos que justificaria uma censura equivalente à do furto qualificado. As exigências do direito penal do facto impedem, porém, que se impute a *y* a consumação do furto qualificado (por ausência do correspondente valor do objecto subtraído). Neste caso, pois, a correcta valoração da unidade subjectivo-objectiva (pessoal-objectiva) em causa cifra-se numa tentativa impossível de furto qualificado: o homem-médio (tal como o homem concreto) quer praticar algo que é impossível. Mas — note-se —, precisamente por isso, porque o homem-médio também veria ouro no que estava feito em latão, fica a saber-se que a impossibilidade dessa tentativa não era manifesta, razão pela qual se apresenta como punível. Numa palavra: a substituição do dolo natural pelo dolo do homem-médio esclarece que o que parecia penalmente irrelevante constitui, afinal, um facto-crime.

Perguntar-se-á se tal solução não merece o reparo de ignorar a consumação de um furto simples, de não ter em conta o resultado efectivamente ocorrido. Relembre-se, a este propósito, que, nos quadros do ilícito pessoal, o que se procura no plano do ilícito-típico é o sentido pessoal-objectivo da conduta. Importa, por isso, não tanto reflectir o estrito e exacto valor de um dano causado, mas sim o conteúdo unitário (subjectivo-objectivo) de antinormatividade penal presente no concreto facto. Não deve valorar-se o tipo subjectivo separado do tipo objectivo, somando depois os respectivos desvalores. A conduta é apenas uma, não duas; porque se dá, no caso, a exteriorização de uma só intencionalidade de sentido, *i.e.*, a violação de uma só norma de determinação. A discrepância entre isso e a realidade traduz-se no facto de o agente não ser punido *como se* a coisa fosse de ouro, mas como aquilo a que o comportamento se reduziu — a uma tentativa (de furto qualificado). O resto — o dano causado — basta-se com o direito civil (indenização ou restituição).

Transponha-se o exercício para o homicídio. E, com ele, a argumentação. Pois, pese embora a enorme diferença de dignidade entre os bens jurídicos que

estes tipos legais acautelam, não se vislumbram razões para rejeitar o paralelismo das respostas aos problemas do erro.

– Exemplo C: *w* mata certa pessoa, na convicção de que tira a vida a um rival. Ao aproximar-se do cadáver, reconhece nele o próprio pai.

1) Se na ‘cabeça’ do homem-médio se houvesse representado com correcção a circunstância que agrava o homicídio, o facto ilícito-típico de *w* não poderia deixar de ter o conteúdo desvalioso de um homicídio *qualificado* doloso (dolo do homem-médio) consumado. Valem aqui por inteiro as considerações expostas a propósito de hipótese análoga, no âmbito do furto.

2) Caso contrário, *i.e.*, se o homem-médio, na posse dos específicos conhecimentos de *w* no momento em que actuou, tivesse da realidade uma percepção idêntica à daquele — errónea, por conseguinte —, o seu dolo não abrangeria o ilícito-típico qualificado, mas tão-só o simples. Assim sendo, o significado pessoal-objectivo do facto esgotar-se-ia num homicídio *simples* doloso consumado.

– Exemplo D: *z* quer matar o pai, que representa, de costas, a poucos metros de si. Depois de consumir a morte da pessoa em causa, compreende que se enganara: desconhece até a identidade da vítima.

1) Supondo a ausência de erro no homem-médio — este tem da vítima a imagem correcta: a de um estranho para *z* —, o desvalor pessoal-objectivo do facto continua a ser o de um homicídio *simples* doloso consumado. Podem repetir-se neste contexto as considerações atrás feitas sobre a eventual influência do crime projectado na pena concreta aplicada.

Quanto à medida da pena, uma eventual agravação só pode ficar a dever-se a razões de culpa, uma vez que, no plano do ilícito, a valoração que o homem concreto faz da situação cede o lugar àquela que o homem-médio faria, na posse dos mesmos dados.

2) O homem-médio — considere-se agora — cairia igualmente no erro de *z*. Desta feita — e à semelhança do que se disse a propósito de uma situação análoga, mas no ilícito-típico de furto —, o facto encerra o desvalor penal de

uma tentativa impossível (punível, porque não-manifesta) de homicídio qualificado.

A realidade do facto que se realizou não permite estender a censura ao tipo mais grave, projectado. A circunstância pode, contudo, reflectir-se na medida concreta da pena.

Proceda-se agora à descrição do regime do erro sobre um elemento privilegiador do tipo de ilícito. Também desta feita a solução do caso (o seu desvalor pessoal-objectivo) há-de encontrar-se tendo em conta o significado que o homem-médio daria à situação (sobre a base do dolo natural do concreto agente). Estas hipóteses mostram à evidência que todo o tratamento do erro assenta (e tem assentado) numa base normativa. Na verdade, se o problema a resolver fosse lógico e não valorativo, a incongruência entre o tipo projectado e o consumado deveria produzir um efeito sempre igual, indiferente ao sinal qualificador ou privilegiante do elemento erroneamente captado. Se o tipo geral está presente em todos os tipos especiais, o erro sobre o ‘especial’ deveria trazer inescapavelmente consigo a afirmação do ‘geral’.

– Exemplo E: *j*, convencido de que a pessoa que quer matar lho pediu — nos termos do homicídio a pedido da vítima do art. 134º do CP —, consuma o facto. Prova-se que não existiu tal pedido.

1) Se o homem médio, com os mesmos dados que o concreto agente possuía ao actuar, tivesse imediatamente percebido que não havia qualquer manifestação de vontade da vítima a esse respeito, o sentido do facto passaria a ser o de homicídio *simples* doloso consumado. Como se vem fazendo — justamente para poder identificar o desvalor pessoal-objectivo do facto —, o dolo do agente singular é passado pelo crivo do homem-médio, que neste caso representaria a real gravidade da situação.

2) Caso o homem-médio cometesse um erro semelhante ao de *j*, este responderia, no plano do ilícito, por «homicídio *a pedido da vítima*» (doloso e consumado).

O concreto autor matou na errónea suposição de a vítima lho ter pedido. Não pode imputar-se-lhe um homicídio simples, quando o homem-médio, no seu lugar, representaria igualmente a circunstância privilegiadora; o mesmo é dizer, quando o dolo do homem-médio nunca abrangeria um ‘homicídio *não* pedido pela vítima’. Numa palavra: se realizado pelo homem-médio, o facto teria o sentido de um homicídio a pedido da vítima, apesar da efectiva ausência de tal pedido; é pois esse e não outro o significado pessoal-objectivo do facto, o sentido do facto, em suma.

– Exemplo F: *k* projecta matar um rival e realiza o seu plano, ignorando que a vítima tinha pedido que lhe pusessem termo à vida.

1) Se, com as informações de que *k* dispunha, o homem-médio advertisse o pedido, o ilícito-típico realizado seria o de homicídio *a pedido da vítima* doloso consumado.

2) Contudo, se também o homem-médio errasse, supondo não haver qualquer pedido, o significado do facto passaria a ser o de tentativa impossível punível de homicídio simples. Intervêm nesta solução os mesmos argumentos já apresentados em hipóteses anteriores, de estrutura análoga<sup>399</sup>.

Contrastando com os exemplos utilizados até ao momento, experimenta-se agora um caso diferente. Trata-se de mais um *error in persona vel objecto*, mas em que o facto projectado e o ocorrido não se relacionam nos moldes da chamada «especialidade» ou, talvez melhor, o conteúdo de ilícito pensado não abrange o conteúdo de ilícito realizado, nem está abrangido por ele.

– Exemplo G: *A* entra num conhecido museu londrino, com a intenção de destruir a figura de cera que representa *B*. Lá dentro, sem se aperceber que o famoso personagem estava também entre os visitantes, assesta uma violenta bengalada no que pensava ser a estátua, atingindo afinal o próprio corpo de *B*.

1) Empréstado a *A* as qualidades psicológicas do homem-médio, coloque-se antes de mais a hipótese na qual este se aperceberia de imediato da

---

<sup>399</sup> Ver os exemplos B 2) e D 2).



presença de uma pessoa. Nessas circunstâncias, a pancada voluntária assumiria o significado antijurídico de uma lesão corporal a *B*.

De acordo com o que acaba de dizer-se, o facto ilícito de *A* (a culpa do homem-médio) traduzir-se-ia numa ofensa à integridade física dolosa consumada.

2) Na eventualidade de também o homem-médio ter representado como estátua de cera o objecto da agressão, o sentido do facto não poderá ser o de dano, uma vez que não havia, na realidade fáctica, qualquer *coisa alheia* (objecto indispensável à consumação de um ilícito típico do art. 212º do CP). Contudo, apesar de o facto naturalístico resultante da pancada ser uma ofensa corporal, esta não se insere de modo algum na unidade subjectivo-objectiva daquela conduta, quer dizer, no seu desvalor pessoal-objectivo. Por estranho que possa parecer, a correcta tradução dogmática do comportamento pessoal ocorrido será a de uma tentativa impossível de dano. Punível, uma vez que não era manifesta a ausência da *coisa* indispensável à consumação: a valoração do homem-médio (a partir dos dados captados pelo concreto agente) também apontava para a ‘qualidade’ de estátua — não de ser humano — do objecto agredido.

Uma vez mais, a efectiva ofensa à integridade física de *B* não passa de um dano corporal, a ser eventualmente indemnizado nos termos em que o determinar o direito civil. Falta por completo na hipótese o (insubstituível) desvalor de acção característico do ilícito-típico de ofensa corporal — não existe dolo nem tão-pouco negligência. Não faria, portanto, qualquer sentido entrar em contas jurídico-penais com um resultado puramente fáctico, natural, *i.e.*, não sustentado em qualquer acção contrária à norma que proíbe a lesão do corpo ou da saúde de outra pessoa.

– Exemplo H: sempre no museu de cera, o problema inverte-se. *A* confunde agora a estátua com o personagem vivo e, visando feri-lo, desfere desta vez sobre a estátua uma fortíssima bengalada. Daí resultou, como é

natural, uma parcial destruição da escultura em cera, não sofrendo *B* (que nesse dia visitava a exposição) qualquer beliscadura.

1) Analisando a hipótese em que o homem-médio não teria errado, mas antes — ao contrário do agente singular — identificado como ‘peça de museu’ o objecto da sua acção, o facto em causa não pode deixar de configurar um ilícito doloso e consumado de dano. O dolo do homem-médio exteriorizou-se de forma perfeita no tipo de ilícito de dano.

Com certeza que uma aproximação ao caso guiada pelos quadros do dolo natural (da representação e vontade do concreto autor) encontraria nele uma tentativa inidónea de ofensa à integridade física, para mais não punível, uma vez que a natureza não-humana do objecto atingido resultaria patente (manifesta). O dano por negligência — se de negligência pudesse falar-se — considera-se criminalmente irrelevante.

2) Tenha-se, por último, em vista a possibilidade de o homem-médio errar também. O que equivale a dizer: mesmo valorado pelo homem-médio, a partir das representações do agente, o facto consubstanciaria uma agressão a *B*, não à sua imagem de cera.

O significado pessoal-objectivo deste facto, o modo como o direito penal o encara, não passará por um ilícito de dano, apesar de o resultado naturalístico da acção se cifrar na destruição de uma *coisa alheia*. Nem consumado nem tentado, uma vez que para tal se não encontra qualquer dolo; de negligência não deve falar-se, pois violação do dever objectivo de cuidado suporia a representação, por parte do agente, de conduta lícita.

Tudo visto, o juízo de culpa sobre a pessoa individual, revestida embora das capacidades psico-emocionais do homem-médio (a «culpa do homem-médio»), concluirá que o facto ilícito praticado convoca o sentido de uma tentativa de ofensas corporais. Como foi referido atrás, trata-se de uma tentativa impossível punível. Impossível por inexistência do objecto; punível por tal inexistência não ser manifesta.

Como se depreende da tábua de exemplos, o ilícito-típico — ou seja, o desvalor pessoal-objectivo do facto— resulta, em todos e em cada um dos casos, de duas constantes: o dolo natural do agente é superado pelo dolo do homem-médio; e o resultado que releva nunca vai além do efectivamente consumado.

Vistas as coisas de um ângulo diferente: a solução que se adopta é de unidade (não de concurso) e nisso se parece com as de Eduardo Correia e de Ferrer Correia<sup>400</sup>. Distingue-se, contudo, de qualquer delas, na medida em que não precisa de ficcionar, nem uma consumação conforme ao dolo do agente, nem um dolo que abranja o resultado acontecido. Nos quadros do ilícito pessoal — repete-se —, o dolo do ilícito é o dolo do homem-médio e o resultado a imputar ao agente nunca ultrapassa o que na realidade ocorreu.

Também naqueles casos em que se defendeu a punição do agente a título de tentativa impossível (embora não manifesta) do facto mais grave. Ainda aí se recolheu com fidelidade o desvalor de acção efectivamente acontecido e se manteve a solução sempre dentro do direito penal do facto. Se não, veja-se. O dolo do homem-médio presente na tentativa inidónea é o mesmíssimo dolo que teria presidido ao correspondente facto consumado. E, por outro lado, não se valora o resultado desse «ilícito qualificado»: fazê-lo representaria, aí sim, uma clara violação dos limites do facto, uma vez que tal evento não aconteceu.

Talvez deva lembrar-se que, em qualquer caso, o ilícito pessoal com que se trabalha não está formado por uma justaposição dos seus lados objectivo e subjectivo; consiste antes numa incindível unidade subjectivo-objectiva. Por outras palavras: não existe um resultado a cobrir pelo dolo ou pela negligência do agente; dá-se sim um sentido ou conteúdo de antinormatividade que resulta da recíproca influência das duas vertentes do facto. O ilícito pessoal nasce doloso *ou* negligente e a extensão do dano ou colocação em perigo do bem jurídico que se imputa ao agente (nas vestes de homem-médio) varia consoante a estrutura (dolosa ou negligente) que o facto pessoal apresente. Quando se fala

---

<sup>400</sup> Veja-se Eduardo CORREIA, *Direito Criminal I*, p. 398 s.

de concretos conteúdos de antinormatividade — nos casos de erro, o projectado e o realizado — tem-se, pois, em mente factos inteiros: unidades subjectivo-objectivas de sentido, valoradas através do (provisório) empréstimo ao concreto agente das capacidades que a ordem jurídica supõe ao fixar o nível de exigibilidade dos seus comandos.

Concluindo: tal como se disse a propósito das hipóteses de participação, tão-pouco nestes casos se vê qualquer ligação entre a sua correcta resolução e o problema do concurso. Porque a resposta adequada às hipóteses por último estudadas não está dependente da dogmática do «concurso aparente» (como quer que se construa); encontra resposta apropriada — assim se julga e se procurou mostrar — na concepção do ilícito pessoal de que parte este estudo. Mais concretamente: na compreensão do dolo do tipo como dolo do homem-médio. E na convicção de que também o resultado a valorar será sempre aquele que se insere na unidade de sentido do facto; não o mero evento naturalístico dela desligado.

Dito de outro modo: o dolo e a negligência já não são dolo e negligência naturais, mas dolo e negligência do homem-médio. A partir daqui, o resultado a considerar não pode deixar de ser aquele que está ligado ou ao dolo ou à negligência do homem-médio, formando portanto o sentido pessoal-objectivo do facto, *i.e.*, o ilícito-típico em causa.

Quando se adopta o critério do homem-médio, nunca a chamada «solução de concurso» para este tipo de erro poderá convencer. Na realidade, tal abordagem do problema junta um tipo subjectivo determinado com um tipo objectivo *diferente*. Ou, se se preferir, junta um tipo doloso com um tipo negligente, ignorando que se propõe valorar *uma só* conduta de *uma só* pessoa, que deu lugar a *um só* resultado. A «solução de concurso» é vítima de um ponto de partida equivocado. Pretende captar o sentido do facto a partir do evento natural, causalmente ligado a uma acção. Tal apego a um processo causal condiciona toda a análise posterior. Faz surgir o dever (normativamente inexistente) de incluir na solução o resultado provocado, mesmo quando este se

apresenta desligado de qualquer dolo ou negligência do agente, *i.e.*, do desvalor de acção verificado no caso.

#### **4. O «concurso aparente» e o «Wiederaufleben»**

Finalmente, atente-se na questão do *Wiederaufleben*, já considerada em momento anterior deste mesmo estudo<sup>401</sup>. Ao voltar, neste contexto, ao problema, interessará referir que o discurso de Peñaranda se mostra razoável e coerente, sempre e só no pressuposto de não haver outro modo de colocar e solucionar a questão concursal, assim como os restantes pontos dogmáticos com que a confronta. Recorde-se ainda uma vez que a obra do autor espanhol que se vem analisando está concebida como uma defesa da tese segundo a qual as situações de concurso aparente supõem a plural tipicidade do facto em apreço. Por razões instrumentais. Por lhe parecer que, de outra maneira — negando que a conduta seja típica também em face das demais normas que parecia preencher — se entorpece a justificação dogmática de soluções materialmente justas em vários domínios problemáticos. Ora é justamente este ponto de partida que se contesta: a consecução de uma solução justa para tais questões não obriga a perfilhar uma ideia de concurso aparente que reclame a dupla tipicidade do facto a julgar.

Solução, não do problema geral do que seja a desistência da tentativa, mas do problema específico da (eventual) influência da dogmática do concurso aparente sobre a chamada desistência «qualificada», *i.e.*, que não impede a consumação de um crime distinto do tentado. Serve o exemplo clássico do homicídio que se fica por ofensas corporais. Já não, como se viu acima<sup>402</sup>, o da burla ‘desistida’ antes do emprego do documento falsificado para o efeito.

Num caso, as ofensas corporais estão contidas no homicídio tentado. No outro, a falsificação de documento que esgota o seu potencial de perigo na concreta burla dissolve-se nela como mais um elemento seu, seguindo, por

---

<sup>401</sup> Ver, nesta mesma Parte, III. 3.2.

<sup>402</sup> *Ibidem*.

assim dizer, o destino do único facto ilícito-típico existente. Na verdade, não há segundo conteúdo de antinormatividade a considerar.

Regressando ao verdadeiro (e clássico) exemplo, interessa considerar — uma vez mais e para começar a construir uma resposta coerente — que a perspectiva do ilícito pessoal nunca separa o tipo objectivo do tipo subjectivo e reconhece neste o dolo (ou a negligência) do homem-médio. Desaparece assim, voltando ao caso, a dificuldade encontrada por alguns autores em afirmar o dolo do agente, no que à ofensa corporal diz respeito. Explicitando: o conteúdo *subjectivo-objectivo* de ilícito de ofensa à integridade física dolosa está incluído (enquanto tal mas sem autonomia) no conteúdo de antinormatividade da tentativa de homicídio. Na concreta circunstância a analisar, repita-se, porque outros homicídios tentados se darão sem qualquer assomo de lesão no corpo ou na saúde da vítima.

Importa logo a seguir considerar que se trata, já foi dito, de uma hipótese de unidade de ilícito, em princípio a de tentativa de homicídio. Verificando-se a impossibilidade de sancionar esta, devido à desistência voluntária, nada parece impedir que se puna no caso apenas a ofensa à integridade física dolosa e consumada. A solução apresenta-se sustentada nos mesmos dois pilares em que assentou o reconhecimento do desvalor pessoal-objectivo dos comportamentos, nos casos de erro atrás analisados. A saber: dolo do homem-médio; resultado nunca superior ao efectivamente consumado.

Em síntese: o caminho de resolução das hipóteses de «desistência da tentativa qualificada» confirma-se independente da opção por uma ou outra das possíveis construções do «concurso aparente». Melhor dizendo: a consecução de uma solução justa para a questão em apreço não obriga a perfilhar uma ideia de concurso aparente que reclame a dupla tipicidade do facto a julgar. Dependerá simplesmente da concreta e adequada identificação do ilícito-típico constituinte de cada situação. Não de qualquer modelo formal a aplicar indistintamente a todas as hipóteses deste teor.

## V. O chamado «concurso aparente»: apreciação de diversas perspectivas dogmáticas

### 1. *Um problema inicial: separação entre metodologia e dogmática*

Tudo quanto acima se disse sobre o «concurso de ilícitos» e o seu pórtico — a «dúvida concursal» — contém um juízo, aliás explícito e justificado, sobre o chamado «concurso aparente». Um juízo condenatório, que se fundamenta não apenas na desnecessidade da figura, mas também no seu carácter dogmáticamente nocivo: confunde, mais do que esclarece; complica o que, sem ele, seguiria um itinerário mais directo e razoável até encontrar a decisão final adequada, à luz da justiça material.

Várias vezes se lamentou a tendência para singularizar o problema do concurso, isolando-o do resto da doutrina do crime — o concurso continua a ser olhado como uma «forma especial de surgimento da infracção», quando outros domínios do sistema penal (a tentativa e a comparticipação) alcançam aos poucos o reconhecimento da sua pertença à teoria do ilícito penal<sup>403</sup>. De forma paralela, estranha-se a resistência a abandonar uma perspectiva de grande formalismo dogmático ou, se calhar apenas, de enfeudamento do concurso de crimes — em especial do chamado «concurso aparente» — à matéria geral do concurso e do conflito de normas jurídicas, de um ponto de vista metodológico ‘puro’. Como se nada distinguisse, na substância, o ilícito penal do ilícito de outros ramos do direito. Como se a metodologia e a dogmática não se sobrepusessem quando se trata de autonomizar uns factos de outros, de separar concretos sentidos de antinormatividade criminal.

Agora, quando se pretende deixar constância das diversas linhas do pensamento concursal no campo do designado «concurso aparente, de leis, ou de normas» — para trás o diálogo foi travado, quase sempre, com a corrente maioritária —, importa aprofundar um pouco mais a ideia que atravessa muito do que se escreveu e segundo a qual o concurso é problema da doutrina geral

---

<sup>403</sup> Cfr. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal I*, 2ª ed. Logo no prefácio, o autor sublinha que sempre teve a convicção de que as matérias da tentativa e da comparticipação tinham o seu lugar próprio na categoria do ilícito-típico — doloso ou negligente, de acção ou de omissão.

do crime, inserido na categoria do ilícito, dentro de uma compreensão material do delito e da sua dogmática. É que, bem vistas as coisas, a metodologia adequada à resolução das questões jurídico-penais — também do concurso — não pode ser independente da noção de crime que se perfilhe e há-de seguir os passos que a ela conduzem. É, pois, numa dogmática consentânea com a ideia de crime que se professe que se logra surpreender os singulares factos em que esta última se concretiza. A dogmática penal converte-se, assim, no percurso metodológico indicado para tratar (também) o problema do concurso.

Tal visão das coisas não costuma, porém, estar presente na esmagadora maioria das perspectivas concursais. A ponto de poder afirmar-se que a separação entre o método e a dogmática — ou o esquecimento de que a dogmática criminal constitui a específica metodologia deste ramo do direito — dá origem a boa parte da dificuldade que se experimenta ao abordar a matéria do concurso em direito penal.

Há muito que a metodologia penal progride por etapas bem definidas, em parte específicas dela. Aliás, outra coisa não seria de esperar de um ramo do direito que reivindica um ilícito próprio, em sentido material. As severas exigências impostas por um princípio da legalidade definido, por razões garantísticas, em termos muito estritos não justificam um deslizar da dogmática penal numa direcção formalista ou normativista.

O princípio da legalidade penal não pode deixar de servir uma rigorosa identificação daqueles *conteúdos materiais de desvalor* presentes no comportamento de alguém, zelando, isso sim, para que nunca o juiz crie ilícitos que o legislador não tipificou, ou sanções (e regras sancionatórias) não previstas nas normas que aplicou. É para bem desempenhar essa tarefa que o princípio da legalidade restringe a fonte das normas penais, exige a determinabilidade daquilo que proíbem ou impõem e o seu encerramento em formulações bem delimitadas; obriga a que os preceitos só valham para o futuro e o seu âmbito de protecção não se estenda a hipóteses análogas.



A função garantística do princípio da legalidade penal — que obriga e bem à existência de um ‘tipo’ e dos assinalados limites — não pede exercícios de subsunção automática e em série. Supõe, isso sim, uma criteriosa valoração dos comportamentos concretos em função das escolhas que os tipos legais representam. O mesmo é dizer: o referido princípio nada tem a ver com concepções formalistas das normas penais. Muito pelo contrário: o seu escrupuloso cumprimento exige uma interpretação material das mesmas, em conjugação com o caso — a única, aliás, que se mostra capaz de assegurar a consecução da finalidade desse mandamento constitucional.

Vistas as coisas de um prisma complementar. Se a lei incriminadora assume a índole de norma de determinação, de dever que aspira a configurar a conduta de uma pessoa, também o conteúdo de antijuridicidade há-de assumir um correspondente *sentido pessoal*. Um sentido que compendia factores subjectivos e objectivos; não apreciável, portanto, através da mera consideração do bem jurídico protegido/afectado, do preenchimento dos elementos plasmados no tipo legal, da aplicação de regras hermenêuticas válidas talvez para enunciados linguísticos de carácter teórico, mas inservíveis para captar comandos normativos respeitantes à *praxis*, ao agir humano.

Dizia-se — retomando a consideração inicial — que a dificuldade que se sente ao tentar ‘agarrar’ o problema do concurso, deriva porventura da cisão que nele amiúde se pratica entre metodologia e dogmática. Se afinal se pretende separar o uno e o múltiplo em direito penal — saber quando alguém praticou mais de um crime, para procurar o justo modo de sancionar —, pareceria avisado analisar o caso de maneira a que os passos dados coincidissem com os degraus sistemáticos da doutrina da infracção criminal. Se a análise dogmática leva a bom porto o difícil apuramento das condutas penalmente desvaliosas no universo de todos os comportamentos humanos, será com certeza idónea para resolver a questão do concurso — para individuar sentidos de ilícito dentro do campo mais restrito de um retalho de vida pessoal.

Defendendo o presente estudo a tese, já avançada, do «concurso de ilícitos», não se estranhará que todo o «concurso aparente», entendido como problema *a se*, separado da análise dogmática do caso e reduzido a relações entre tipos legais de crime, se torne merecedor do mesmo reparo crítico e, por esse motivo, não aceite. Mais: todas as modalidades de um tal «concurso aparente» patenteiam, na verdade, uma tremenda semelhança, que dispensa até a minuciosa apreciação de cada uma.

## ***2. Diferentes opções que se assemelham no fundamental***

Em matéria do chamado «concurso aparente», quando se trata de apresentar as várias posições doutrinárias, costuma fazer-se uma contraposição entre aquelas que entendem existir um verdadeiro concurso de normas, na medida em que uma pluralidade de tipos legais de crime foi preenchida ou violada pela conduta do agente, e as outras que negam tal fenómeno, vendo-o tão-só como uma enganosa impressão inicial. Por diferentes palavras: o primeiro grupo fala de vários preceitos incriminadores aplicáveis, o segundo de um único preceito aplicável. Para depois convergirem na aplicação de um só (trata-se de concurso *aparente*), precisamente aquele que esgota o desvalor penal (de ilícito e de culpa) do comportamento em causa.

Como é natural, o facto de uns admitirem, ao contrário dos outros e como ponto de partida, um número plural de condutas típicas, traduzir-se-á em formas distintas de lidar com a norma por fim preterida. Os primeiros tenderão a conceder-lhe alguma «eficácia residual», que pode chegar inclusive à aceitação do seu «ressurgimento» (*Wiederaufleben*), *i.e.*, à sua aplicação ao mesmíssimo caso do qual antes fora afastada. Os restantes (minoría) estarão inclinados a desconhecer tais mecanismos. E, todavia, em certas circunstâncias, uns e outros deparam com a necessidade de envidar por atalhos que desdizem do caminho escolhido, a fim de evitarem soluções materialmente indefensáveis. As dificuldades com que os construtores do «concurso aparente» se deparam

— dificuldades desencontradas, mas nem por isso menos reais — constituem, de resto, tema que será retomado mais à frente.

Considerem-se agora as duas referidas orientações, analisando-as mais em pormenor.

Para a maioria da doutrina, o *concurso aparente é concurso*: convergência de normas sobre um mesmo caso, que se resolve porém vendo que os enunciados ou as valorações que os diferentes preceitos contêm não podem aplicar-se em simultâneo, sob pena de sobreposição — lógica ou valorativa, tanto importa. Sob pena, *i.e.*, de violação do *ne bis in idem* substantivo — proibição de punir duas vezes a mesma pessoa pelo mesmo conteúdo criminoso.

Por conseguinte, entende a opinião dominante que o acontecimento a propósito do qual se suscita um problema de concurso (aparente) deve violar — ao menos formalmente — duas ou mais normas incriminadoras ou tipos legais de crime. Tais hipóteses não-de conter, portanto, todos e cada um dos elementos constitutivos desses preceitos, *i.e.*, daquelas ‘factualidades’ que desencadeiam, em condições normais, a sanção neles estatuída. Em boa coerência, se o concurso é relação entre normas, só irão a concurso as que se encontrarem, na circunstância, preenchidas. Faltando algum elemento, nem de concurso aparente deve poder falar-se.

A condição basilar do concurso, para esta doutrina, consiste então numa convergência formal de várias normas sobre o mesmo caso. A confirmação do carácter *aparente* do concurso virá depois, sempre que, a um juízo material, se mostre que afinal uma dessas normas que convinham ao caso basta para o sancionar plenamente. Segundo Roxin: «apesar de formalmente terem sido realizados vários *Tatbestände*, o conteúdo de ilícito e de culpa do acontecimento é totalmente punido por um deles»<sup>404</sup>. Ou Stratenwerth: apenas alguns dos *Straftatbestände* preenchidos são aplicados «porque o conteúdo

---

<sup>404</sup> ROXIN, *Strafrecht* II, § 33, Rn. 170.

criminal do facto (*Tat*) é por um ou por alguns deles completamente abrangido e punido, de tal modo que os restantes devem retirar-se»<sup>405</sup>.

Uma só norma se aplica, mas todas, insistem, foram violadas. Torna-se por isso natural e congruente, para este sector doutrinal, que os preceitos preteridos possam ter efeitos residuais<sup>406</sup>. «O tipo afastado também foi preenchido — não é, portanto, algo inexistente — e isso tem como consequência que a norma afastada pode ser usada de vários modos para sancionar, quando o delito principal não puder ser punido ou não permitir uma pena suficiente»<sup>407</sup>.

Nesta visão das coisas encontram-se, com vários matizes e distintas formulações, autores de diferentes épocas e proveniências. Trata-se, ao fim e ao cabo, de levar à letra a apertada técnica de tipificação de comportamentos em princípio portadores de perigo ou lesão para bens jurídico-penais e, como tal, ameaçados com as sanções mais gravosas de que o direito dispõe. *I.e.*: de entender como passo obrigatório e marcante de qualquer juízo penal a convocação de todas as descrições típicas que, vistas isoladamente, constituam ‘molde’ onde a conduta em causa ‘encaixe’. Em tal corrente se inclui o pensamento de Eduardo Correia, abaixo analisado na sua singularidade<sup>408</sup>.

Para outros autores, em menor número, concurso de normas é expressão inexacta. O fenómeno não consubstancia uma convergência de preceitos, antes se esgota numa *aparência* da mesma: o caso oferece ao intérprete uma primeira impressão de plural subsunção; a interpretação dos preceitos em jogo mostrará, todavia, que estes se encontram, conjugados com o facto e entre si, numa relação de mútua exclusão. Nem sequer existe, pois, violação formal ou aplicabilidade de várias normas. A hipótese subsume-se, afinal, a uma só. Na realidade, não chega a dar-se qualquer concurso de leis penais.

---

<sup>405</sup> STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht. AT. Die Straftat*, 6ª ed., § 18, Rn. 2.

<sup>406</sup> Não constam do *Schuldspruch*, mas interferem no *Strafspruch* (cfr., *ibidem*, § 18, Rn. 18 s).

<sup>407</sup> ROXIN, *Strafrecht II*, § 33, Rn. 227 s.

<sup>408</sup> Neste mesmo Capítulo, 3.3. Além de Eduardo Correia e dos autores citados, pode ver-se também, WESSELS/BEULKE, *Strafrecht. AT*, § 17, Rn. 787; KÜHL, *Strafrecht. AT*, § 21, Rn. 51.

Recorra-se de novo ao exemplo tão discutido na doutrina espanhola anterior a 1995<sup>409</sup>: o da relação entre homicídio e parricídio. Uma opinião minoritária admite que estes dois tipos legais parecem sobrepor-se; considera, porém, que qualificar de homicídio uma conduta impede desde logo que se advirta nela um parricídio e vice-versa. O mesmo comportamento não pode constituir ao mesmo tempo e sob o mesmo aspecto um homicídio simples e um homicídio qualificado (pela qualidade da relação pessoal autor/ vítima).

Deixa assim de fazer sentido — continua a expor-se a posição menos seguida — falar de concurso de normas, de convergência de normas na regulação de um caso. Tais normas não se aplicam uma ao lado da outra; *ou* se aplica uma, *ou* se aplica a outra, já que entre elas se dá uma relação de mútua exclusão. Deste modo, o problema é atirado para o estudo da Parte Especial ou para o âmbito da teoria da norma. Numa hipótese ou na outra, o tipo afastado não terá qualquer pretensão de voltar a influenciar o caso.

Assim pensam alguns penalistas italianos: Frosali e Ferrando Mantovani, e ainda Aldo Moro, cuja visão das coisas servirá de contraponto à da doutrina dominante, um pouco mais à frente. Nesta ideia geral pode incluir-se também o austríaco Herbert Wegscheider, cujo modo de perspectivar o «concurso aparente» será destacado adiante. Assim como o espanhol Gimbernat Ordeig. Este último singulariza-se, não tanto pela sua posição em matéria de concurso, mas sobretudo pelo modo como procura ultrapassar as dificuldades que alguns levantam à ideia da mútua exclusão de tipos<sup>410</sup>.

Importa pouco saber se todas as concepções de «concurso aparente» se reconduzem, sem mais, a esta dicotomia. Na verdade, assim se encontram geralmente agrupadas. E já foi este, aliás, o pano de fundo do diálogo com

---

<sup>409</sup> Como se sabe, o Código espanhol de 1995, actualmente em vigor, deixou de tipificar o parricídio. Mais: a relação de parentesco não aparece sequer como elemento agravante do homicídio (cfr. art. 138º e 139º).

<sup>410</sup> Tais dificuldades foram analisadas atrás (Cap. IV desta Parte Segunda), ao abordar as questões que E. Peñaranda Ramos levanta a esta concepção de concurso aparente. Na orientação em análise, incluem-se, por exemplo, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, p. 732 e OTTO, *Grundkurs. AT*, § 23, Rn. 31 s.

Peñaranda Ramos sobre a eventual repercussão da posição tomada em sede de concurso noutros problemas da dogmática penal — erro e participação criminosa. Em causa estava, precisamente, a ideia de que se tornaria impossível resolver com justeza tais questões sem admitir a dupla tipicidade de certas condutas. Por exemplo, a de alguém que mata o próprio pai, ajudado por quem não conhece a relação pessoal que une o autor à vítima. Querendo punir o filho por homicídio qualificado e o cúmplice por homicídio simples — como parecem aconselhar as razões de justiça material — não pondo em causa o princípio da acessoriedade, Peñaranda alcança o seu propósito afirmando que o comportamento do autor preenche *também* o tipo geral. E é neste último — que para o autor foi afastado pelo tipo especial de parricídio — que o cúmplice participa; é na base da moldura do homicídio simples que será punido. A seu tempo se defendeu solução dogmática diversa, assente nos pressupostos da doutrina do ilícito pessoal.

Deve agora, sem mais demora, explicar-se o que já se antecipou em texto, ou seja, que os dois modos de conceber o «concurso aparente», acima apresentados como dicotómicos, se revelam, quando analisados em contraponto com a tese do «concurso de ilícitos», semelhantes entre si. Ou seja: a diferente lógica estrutural que os sustenta não consegue disfarçar a ausência de propostas materiais próprias de cada um. Senão, repare-se.

A colocação do problema do concurso em sede de ilícito, de identificação da unidade ou da pluralidade de factos criminalmente desvaliosos, esvazia de sentido a questão de saber — do estrito ângulo lógico-substantivo — quantos tipos legais foram preenchidos. E a razão é simples: seja qual for a resposta que se der à pergunta — vários ou um só —, ela em nada contribui para a solução do caso. Isto porque a real dimensão do fenómeno criminoso não depende da contagem das normas formalmente incumpridas, mas sim do número de juízos materiais de antijuridicidade necessários para ‘expressar’ o seu desvalor penal.

Aliás, prescindindo agora do lugar dogmático a que o problema pertence, não é outra a preocupação de todos os autores, perfilhem o primeiro ou o segundo dos ‘modelos’ concursais atrás desenhados. Bem pode invocar-se, neste contexto, a frase assertiva de Herbert Wegscheider em defesa da sua construção: «de um ponto de vista material, afirmar um concurso aparente é o mesmo que afirmar uma recíproca exclusão de delitos»<sup>411</sup>. O que vinha a significar: falar de convergência de normas que depois não podem aplicar-se em conjunto é outro modo de dizer que essas normas, naquela situação, se afastam mutuamente.

Ou, ainda a este propósito, reparar no raciocínio de Aldo Moro quando quer explicar que não há, no «concurso aparente», mais do que um preceito aplicável. Escreve o penalista italiano que não é possível dizer que duas normas são aplicáveis a um caso quando se está já ciente de que, após aplicar uma, a utilização da outra redundaria na infracção do *ne bis in idem*. Nessas circunstâncias, argumenta, logo que se aplica uma norma — aquela que esgota o conteúdo penal do caso — desaparece do horizonte a possibilidade lógica de aplicar também a outra. Em seu entender, por conseguinte, uma posição que exija como requisito do «concurso de normas» a aplicabilidade de ambas carece de sentido<sup>412</sup>.

Despindo as construções da sua roupagem, da sua apresentação formal, descobre-se que, vistas as coisas na sua materialidade, o problema do chamado «concurso aparente» é um só e que, afinal, ambas o resolvem da mesma maneira. A pergunta pode enunciar-se nestes termos: quando deve uma norma considerar-se suficiente para cobrir o conteúdo de ilícito e de culpa de um comportamento?

E a resposta mais comum, de um e de outro lado, aponta para as tradicionais relações entre preceitos: especialidade, subsidiariedade e consunção. Existindo uma destas conexões entre os tipos legais potencialmente

---

<sup>411</sup> WEGSCHEIDER, *Echte und scheinbare Konkurrenz*, p. 202.

<sup>412</sup> ALDO MORO, *Unità e pluralità di reati*, p. 106 s, especialmente a p. 107.

capazes de qualificar a situação, dar-se-á um só delito — o da lei especial, primária ou mais abrangente (*consumens*), afastando-se os da lei geral, subsidiária ou menos abrangente (*consumpta*)<sup>413</sup>. Inexistindo tais relações, o caso apresenta a estrutura do concurso efectivo de delitos — o agente deve responder por vários crimes.

Volte-se ainda ao exemplo de sempre: o tipo legal de parricídio exclui o de homicídio simples ou, pelo contrário, quem comete um parricídio viola também a norma geral do homicídio? Do estrito ângulo da solução do caso, considerado na sua máxima simplicidade, dúvidas não podem existir de que qualquer das doutrinas do chamado «concurso aparente» dirá que o único tipo legal a aplicar é o do parricídio.

Os partidários do duplo preenchimento dos preceitos explicariam a decisão com palavras próximas das que se seguem: as (duas) leis incriminadoras formalmente violadas não podem aplicar-se uma ao lado da outra; a sua aplicação conjunta contrariaria o princípio do *ne bis in idem* substantivo, uma vez que uma das normas esgota sozinha a necessidade de tutela do caso. A posição minoritária justificaria a solução dizendo que as normas do parricídio e do homicídio se excluem entre si: a primeira pune o facto de alguém dar morte a um seu ascendente (ou descendente); a segunda tem como âmbito de protecção apenas a acção de matar um não-ascendente (ou não-descendente). E, todavia, não se vê qualquer diferença material entre as duas maneiras de argumentar: dizer que a norma do homicídio abarca tão-só a morte de um ‘estranho’ não equivalerá a afirmar que a norma do parricídio esgota a necessidade de valoração e sancionamento do caso?

A esmagadora maioria dos autores considera estar perante normas em relação lógica de especialidade. Por essa razão, os do primeiro grupo incluem o tipo geral no específico e não o aplicam; em sentido oposto, mas pelo mesmíssimo motivo, os do segundo afirmam que normas nessa situação se

---

<sup>413</sup> Tratar-se-á das categorias de concurso aparente mais usadas pela doutrina no próximo Cap. V. De momento, esclarece-se apenas que o esquema das relações entre normas varia de autor para autor. Uns preferem falar de especialidade e consunção, outros de subsidiariedade também, etc.



excluem uma à outra. E, contudo, de um ponto de vista material, os dois dizem o mesmo: aplica-se tão-só o parricídio.

Insista-se ainda na mesma ideia. Por mais evidente que possa parecer o desencontro entre os partidários do concurso aparente como convergência de normas sobre o mesmo caso (e posterior preterição de algumas) e os que sustentam a opinião segundo a qual tal convergência é tão-só aparente — mera impressão enganosa provocada por uma conduta que preenche afinal um só tipo —, os dois modelos opõem-se apenas na pequena dogmática concursal que deles deriva. Quer dizer: diferem na solução que avançam para problemas que, embora relevantes, se mostram laterais em relação ao núcleo da questão do concurso, ou até alheios a essa temática. Falou-se já na chamada «eficácia residual do preceito preterido». E ainda nos eventuais efeitos da posição tomada em sede de «concurso aparente» para outros pontos da dogmática penal. Efeitos que, bem vistas as coisas, se reconduzem a novas maneiras de dar relevo ao preenchimento formal, pela conduta, de um segundo tipo. Relembrem-se, uma vez mais, os problemas da (chamada) tentativa qualificada desistida, do erro do cúmplice ou de um *error in persona vel objecto* mesmo para além do horizonte da participação<sup>414</sup>.

Que dizer destes campos de verdadeira diferença?

Quanto à dogmática do «concurso aparente» — procedendo por enquanto e apenas ao confronto entre as duas orientações em foco —, há-de observar-se que ambas apresentam dificuldades.

Para quem afaste liminarmente um dos tipos legais, considerando que não foi sequer preenchido, torna-se difícil, sem contradição, argumentar que em certas situações precisa de o aplicar, sob pena de uma decisão injusta. Vai afinal dar uso a uma norma que entende não ter sido violada no caso? Será

---

<sup>414</sup> Cfr., *supra*, Cap. IV, o diálogo com Peñaranda Ramos.

razoável que a violação de um preceito dependa da impossibilidade entretanto sobrevinda de aplicar um outro, esse sim preenchido *ab initio*<sup>415</sup>?

Para a posição formalmente ‘oposta’, que considera aplicáveis a uma hipótese todos os tipos aos quais ela se pode subsumir — um de cada vez e passando a fase de verificação de todos os requisitos dogmáticos exigidos pelo *Tatbestand* —, a dificuldade encontra-se noutra ponta. Na verdade, como explicar que não se dê seguimento, por fim, a uma violação de norma? Melhor: que apenas se aplique um tipo violado caso venha a falhar a aplicação de outro, também violado, e que lhe foi inicialmente preferido?

Na prática, tanto um ‘sistema’ como o outro acabam por lançar mão, *in extremis*, de argumentos que não procedem da normal desimplicação de sentido dos pressupostos em que assentam. Salvam a justiça do caso, demonstrando com isso a insuficiência do critério geral adoptado.

Em suma: nenhuma vantagem advém da adesão a uma das concepções em detrimento da outra. Porque ambas se equivalem do ponto de vista material. Porque ambas dão lugar a dificuldades dogmáticas que, sendo distintas, se revelam simétricas e inultrapassáveis. Porque, finalmente, os problemas (tentativa qualificada desistida, erro, participação) que alguns autores sugerem estar dependentes de uma certa opção concursal manifestam-se independentes dela e encontram resposta cabal nos quadros do ilícito pessoal aqui defendido. Precisamente no mesmo sistema dogmático que delimita e esclarece com maior acerto — assim se julga — a própria questão do concurso.

Como se assinalou no início destas considerações, sempre que se identifique o chamado «concurso aparente» com um problema de relação entre normas incriminadoras ou tipos legais de crime, a crítica que o «concurso de ilícitos» dirige a essas concepções é que vêm a questão da perspectiva errada. Como que «coisificam» as normas, para depois trabalharem sobre elas, sobre todos os preceitos a que a conduta a julgar se subsume. Como se as normas não

---

<sup>415</sup> O argumento é utilizado por García Albero, para criticar a tese de Geerds (GARCÍA ALBERO, *Non bis in idem* material, p. 223 e nota 133).

se esgotassem na sua função de portadoras de critérios valorativos, de indicações que o legislador penal fornece ao juiz, para que este possa avaliar, de um modo certo e homogêneo, os comportamentos situados. Como se a chave do concurso estivesse na incompatibilidade de algumas normas umas com as outras. Como se o homicídio simples e o homicídio qualificado ou privilegiado tivessem sido criados uns em função dos outros e não com o propósito de agarrarem de perto diferentes actuações pessoais intoleráveis, que se repetem na vida comunitária. E o mesmo se diga de todos os outros preceitos do sistema penal. Todos — também os da Parte Geral — pretendem tornar possível a justa individuação do sentido criminoso de cada comportamento.

O problema da doutrina do concurso em análise agudiza-se sempre que, à ideia da relação entre normas, se junta uma noção formalista das mesmas. Contudo, mesmo que assim não aconteça, tal concepção dificilmente escapa a um preconceito logicista, ou a um procedimento concursal baseado no cotejo em abstracto dos âmbitos de protecção dos tipos legais de crime, dele extraíndo ‘modelos de relação’ onde ‘encaixam’, depois, os casos da vida.

Ora, a ideia do «concurso de ilícitos», sustentada no presente estudo, coloca as coisas noutro plano. No dos concretos conteúdos de ilícito do caso. Neste sentido pode relacionar normas, mas sempre incarnadas, *i.e.*, enquanto instrumentos de valoração penal de cada conduta a julgar. Ao fazê-lo, recorde-se, pode acontecer que os mesmíssimos preceitos que são objecto de dúvida concursal em casos diferentes, não se relacionem sempre de igual modo.

Eduardo Correia não admitia concurso aparente entre os tipos de homicídio e de dano, uma vez que os bens jurídicos acautelados por cada um se mostram completamente estranhos entre si, não pertencem a uma família comum. Nessas circunstâncias, nada autorizava a falar apenas de um crime contra a vida, desprezando o delito contra a propriedade<sup>416</sup>. E, todavia, a tese do

---

<sup>416</sup> Com certeza, valendo-se do princípio da insignificância — *i.e.*, do escasso valor do objecto danificado —, Eduardo Correia, como muitos outros autores, aceitava o afastamento do concurso efectivo. Não porque o homicídio consumisse o dano, repete-se, mas porque o concreto dano não atingia o patamar mínimo da relevância penal, ao menos nesse contexto. O problema será especificamente abordado já em 3.3., ao analisar o pensamento concursal de Eduardo Correia; e, sobretudo, no Cap. VI 2.3. Sobre o princípio da insignificância, por todos,

«concurso de ilícitos» defende que certas hipóteses de homicídio, em que o agente produz também — querendo-o — a inutilização do fato da vítima, devem considerar-se de unidade criminosa e outras, pelo contrário, de pluralidade (ou concurso efectivo). O critério da distinção, já afluído em páginas anteriores do presente estudo, será em definitivo abordado no próximo e último capítulo.

### ***3. Alguns autores em particular***

No começo deste capítulo em que se aborda o problema do chamado «concurso aparente», tal como o apresentam os seus defensores, ou seja, aqueles que o consideram figura autónoma, problema diferente do da normal individuação do sentido antinormativo de um comportamento, foi dito que a variedade de perspectivas não escondia uma característica essencial comum: a de verem o concurso como uma questão de relacionamento entre tipos legais de crime. E acrescentou-se que essa circunstância, ao irmanar inclusive opiniões tidas como antitéticas, permitia uma crítica conjunta e, ademais, dispensava uma análise pormenorizada de todos e cada um dos pontos de vista. Por referência à concepção do «concurso de ilícitos», aqui proposta, todos devem recusar-se. Tal não significa, porém, que não se encontre utilidade na apresentação mais demorada de certos autores. Talvez os que se afastam um pouco do que dizem os outros. Através deles podem detectar-se as preocupações que norteiam a generalidade da literatura nesta área.

Escolheu-se um autor do primeiro dos grupos mencionados — que agrega a imensa maioria da doutrina — e outro dos que segue a posição minoritária. Respectivamente, Friedrich Geerds e Herbert Wegscheider. Porventura não surpreende que seja entre os adeptos do «concurso aparente» como mútua exclusão de delitos que se encontram as construções menos

---

ROXIN, *JuS* 1964, p. 373 s; SCHAFFSTEIN, *ZStW* 1960, p. 107 s; TIEDEMANN, *JuS* 1970, p. 112 s; e OSTENDORF, *GA* 1982, p. 333 s.

formais do problema. Também quanto a este aspecto os dois penalistas escolhidos se revelam esclarecedores.

### ***3.1. A abordagem de Geerds***

Friedrich Geerds demarca-se em certa medida desta doutrina tradicional. Em monografia aparecida em 1961, apresenta o problema do concurso como passo obrigatório para a distinção entre unidade e pluralidade de crimes na actuação de um mesmo agente. A absoluta necessidade de saber como punir alguém que praticou várias infracções penais torna indispensável a distinção entre este caso e aquele que, por vezes, pode com ele confundir-se: o da pessoa cujo comportamento preenche diversos tipos legais, no seu enunciado abstracto-formal, mas que cometeu apenas um delito, já que o conteúdo de ilícito em causa está materialmente contido numa só dessas normas incriminadoras.

A unidade de crime que interessa a Geerds, relacionada com a razão de ser do concurso, nada tem a ver com a unidade fundada numa *Handlungseinheit* (unidade de acção), à maneira da que costuma chamar-se para construir o concurso ideal, separando-o do real. O autor explica que a (eventual) dicotomia concurso ideal/concurso real — da qual discorda, aliás, com veemência<sup>417</sup> — se insere no plano da solução consagrada pelo *StGB* para o sancionamento da pluralidade criminosa. Contudo, a distinção imprescindível e primeira não é essa, mas sim a que se estabelece entre as hipóteses em que há um só crime — um só título de punição em cuja moldura se determinará a concreta sanção pelo facto — e as restantes hipóteses, em que o agente deve responder a vários títulos e se torna então obrigatório que a reacção co-envolva as diferentes molduras penais abstractas.

Em termos próximos da linguagem do autor, a unidade de crime para efeitos de concurso corresponde, deste modo, à unidade de título de punição; e a pluralidade de crimes, à pluralidade de títulos de punição. Interessa-lhe

---

<sup>417</sup> GEERDS, *Zur Lehre von der Konkurrenz*, p. 440 s e 495, em especial.

também o conceito de realização típica (formal) e a sua quantificação no caso, mas apenas como ponto de partida, já que nem toda a realização típica formal encerra uma «autorização punitiva material»<sup>418</sup> («*materielen Strafberechtigung*»<sup>419</sup>). É sobre este conceito, assim denominado, que Geerds edifica a sua doutrina, precisando que o problema concursal por antonomásia reside no discernimento dos casos em que o Estado possui, sobre o agente que formalmente infringiu mais do que uma norma, uma multiplicidade de «autorizações punitivas materiais».

A tarefa do concurso revela-se, pois, unitária: concurso aparente de normas e concurso (verdadeiro) de crimes relacionam-se como verso e reverso do mesmo fenómeno. Dito de outro modo: o concurso aparente representa o limite negativo do concurso em sentido próprio. Se, das normas a que o caso se subsume, apenas uma lhe for aplicada — por compendiar todo o conteúdo de ilícito presente na situação —, o concurso é aparente e pura se mostrará a unidade de crime. Caso contrário, subsistem várias *materielen Strafberechtigungen* e haverá concurso de crimes, a reclamar uma punição apropriada.

Repare-se — e aqui reside, talvez, a originalidade da tese de Geerds — que o autor alemão, ao colocar no centro do problema concursal a noção de *Strafberechtigung*, não está apenas a precisar o significado da sua unidade (de conta) para efeitos de ‘contagem de crimes’. Está, do mesmo passo, a restringir o âmbito do concurso de normas. Entende, com efeito, que o ‘jogo’ do concurso começa tão-só onde puderem colocar-se lado a lado, para serem apreciadas, pelo menos duas ‘pretensões *formais* de punição’. Geerds não enuncia as coisas assim. Nunca usa a expressão ‘*formalen Strafberechtigung*’. Mas afirma como condição de existência de um concurso, mesmo aparente, que o autor tenha realizado vários tipos legais, e que se verifiquem, em relação a todos eles, os respectivos pressupostos de punibilidade e de perseguibilidade.

<sup>418</sup> A tradução utilizada é de DUARTE D’ALMEIDA, *O "concurso de normas"*, nota 105 (p. 39).

<sup>419</sup> GEERDS, *Zur Lehre von der Konkurrenzen*, p. 147, por exemplo.

Em termos concretos: quando se levanta a pergunta característica do concurso — o comportamento encerra uma ou mais «autorizações punitivas materiais»; há um ou vários crimes; concurso aparente ou antes próprio? —, supõe-se já confirmada a convergência no caso de várias realizações típicas, ilícitas e culposas, acompanhadas de eventuais condições objectivas de punibilidade, vazias de qualquer causa pessoal de exclusão da pena, possuidoras de todos os requisitos que permitam a concreta instauração de um processo penal — queixa ou acusação particular, prazo de prescrição não decorrido, ausência de qualquer amnistia, etc. A falta de algum destes pressupostos numa das normas determina a sua inaplicabilidade e, portanto, a inexistência de qualquer concurso, tanto efectivo como até de leis.

Quer dizer: para Friedrich Geerds, só há concurso aparente aí onde pudesse existir um concurso em sentido verdadeiro, aí onde a única razão pela qual se não afirma uma pluralidade de crimes reside no facto de, malgrado convergirem várias normas, todas portadoras de um título *formal* de punição, uma delas cobre sozinha o inteiro conteúdo penalmente relevante do acontecimento. Quando tal ocorrer, diz o autor alemão, apenas esse preceito foi, em sentido próprio, violado; a infracção dos outros mostra-se, afinal, ilusória.

Com vista ao discernimento desses casos — de unidade de «autorização punitiva *material*» (de crime, portanto) —, Geerds recorre aos mesmos grupos de relações entre preceitos já identificados pela doutrina maioritária. Também ele se serve da especialidade, da subsidiariedade e da consunção — dentro da margem de variabilidade interna que apresentam — para delimitar os conteúdos de ilícito e separar, portanto, o concurso efectivo do aparente.

Chega-se assim à questão que importa aprofundar: qual o intuito de Geerds ao divergir da doutrina num aspecto que parece tão formal? Por que motivo recusa admitir a própria existência de um concurso aparente até ao momento em que as normas preenchidas pelo caso mostrem cumprir todos os requisitos, não só de punibilidade mas ainda de perseguibilidade?

O autor di-lo claramente. Tal opção (a ideia de *Strafberechtigung*) permite-lhe ultrapassar (ao menos assim o crê) o problema do efeito residual do

preceito preterido — em particular o chamado «ressurgimento» da norma afastada — sem contradições dogmáticas ou soluções político-criminalmente insustentáveis<sup>420</sup>.

Antes de mais, o *Wiederaufleben*. Como se explicou, tal prática impôs-se como meio de evitar a impunidade do agente, nos casos em que a aplicação da norma dominante no concurso de leis acabava por não ocorrer, em virtude de algum obstáculo substantivo ou processual surgido em momento *posterior* à sua escolha, o que equivale a dizer, à postergação do preceito que com ela concorria. Ora, o concurso de normas do autor alemão verifica-se tão-só *depois* da comprovação de que não existem impedimentos formais que obstem à eficácia, no caso, de qualquer das normas. Fica deste modo garantido que as hipóteses em que a posição maioritária recorre ao *Wiederaufleben* constituem, no sistema de Geerds, hipóteses em que não chega a poder falar-se de concurso aparente. Razão pela qual a aplicação — que o autor não contesta — desse tipo legal ao problema resultará de um autónomo processo de interpretação/aplicação do direito ao caso, que nada terá a ver com questões concursais.

Contrastando com as situações acabadas de analisar, em que não chega a colocar-se um problema de concurso de leis, existem outras em que, pelo contrário, ele ocorre na realidade. São casos nos quais, apesar de comparecem vários preceitos com plena legitimidade punitiva e capazes de fundar a instauração de um processo, um desses normativos, dada a sua maior completude, abarca sozinho todo o conteúdo criminoso do comportamento. Nestes casos, os únicos — repete-se — que Geerds identifica como de concurso aparente de normas, os tipos sobrantes devem considerar-se — segundo o mesmo autor — não apenas inaplicáveis mas, inclusive, não violados, no sentido próprio do termo. Logo — a conclusão torna-se inevitável —, hão-de preterir-se sem resto. Uma norma que não foi infringida não deve possuir qualquer eficácia no tratamento jurídico de uma questão: no concurso aparente de Geerds não há, pois, lugar para efeitos residuais do tipo preterido.

---

<sup>420</sup> *Ibidem*, p. 163 s.



Sintetizando: a restrição do âmbito do concurso aparente e a opção pela tese da não violação da norma afastada — ambas compatíveis e facilitadas pelo conceito-base da *Strafberechtigung* — permitem à doutrina em apreço evitar a contradição do *Wiederaufleben* e, em geral, da eficácia, mesmo que só parcial, de um preceito afastado.

Para Geerds, o mecanismo do *Wiederaufleben* nunca faz sentido. Existindo concurso aparente, o normativo materialmente adequado ao caso já não encontrará obstáculos à sua aplicação; logo, não precisará de ser ‘recuperado’. Não existindo concurso aparente, a norma apta para a aplicação definitiva não terá sido previamente preterida; o seu uso não representará, portanto, qualquer ‘ressurgimento’<sup>421</sup>.

Quanto à possibilidade de um preceito preterido exercer alguma influência na pena a determinar, a resposta da mesma doutrina cifra-se numa negativa absoluta. O problema só se coloca em casos de concurso aparente, o que equivale a dizer, em casos de unidade de *materiellen Strafberechtigung*. Ora, como se apontou atrás, em tais hipóteses, não chega a dar-se a violação material das normas afastadas; é essa circunstância que torna impossível a eficácia, ainda que residual, das mesmas.

Exposta a construção, convém apreciar a sua utilidade. Julga-se correcta a recondução do problema concursal à sua essência, qual seja a de distinguir, em comportamentos complexos protagonizados por um único agente, entre unidade e pluralidade criminosas. Como acertada se mostra a rejeição de uma noção de unidade de crime assente na unidade de acção naturalística ou na unidade de realização típica formal. Não parece contudo que, para alcançar tais propósitos, se requeira um edifício concursal projectado a partir de uma ideia de «autorização punitiva material». Aliás, uma boa parte da doutrina dominante afasta-se também dos modelos que Geerds repudia, sem criar por isso um novo conceito de unidade de delito para fins concursais. A tese do concurso de

---

<sup>421</sup> *Ibidem*, p. 170 s.

ilícitos, defendida no presente estudo, propõe igualmente uma via bem distinta que repõe a questão do concurso na destrição entre um ou mais factos-crime.

E, sobretudo, no que ao estrito domínio do concurso aparente diz respeito, a arquitectura de Geerds não parece trazer benefícios substanciais. A base da *Strafberechtigung* não é outra senão a realização típica formal — também ela ponto de partida da perspectiva maioritária. Os critérios que decidem da unidade ou pluralidade de «*materiellen Strafberechtigungen*» tão-pouco divergem dos utilizados pela posição dominante.

A proposta do autor alemão diferencia-se, afinal, das restantes por uma mera transposição das relações entre normas para momento metodológico posterior. Quer dizer, Geerds obriga a definir a punibilidade e a perseguibilidade da conduta à luz dos vários preceitos, antes de os considerar concorrentes; só depois se pergunta pelo lado material, de conteúdo de ilícito, das normas em questão. Enfim, sem deixar de colocar o problema no âmbito da relação entre normas, limita-se a ‘adiar’ esse cotejo, evitando assim, nominalmente, os problemas já analisados. Talvez possa afirmar-se que o seu contributo se reduz, neste campo, a um rearranjo formal dos tempos metodológicos do concurso.

### **3.2. A tese de Herbert Wegscheider**

Herbert Wegscheider dedica ao problema do concurso uma monografia publicada em 1980<sup>422</sup>. O núcleo do seu pensamento nesta matéria consiste, assim se julga, na devolução da mesma ao plano dogmático-material, rejeitando qualquer esquema formal-subsuntivo. Poderia dizer-se que traz o inteiro problema do concurso de volta ao normal processo de ajustamento do ilícito e da culpa presentes no caso concreto.

Afasta assim a concepção tradicional do «concurso aparente», que vê em tal figura uma autêntica categoria dogmática, com unidade própria e específico critério material de resolução. Onde está essa unidade? — pergunta

---

<sup>422</sup> WEGSCHEIDER, *Echte und scheinbare Konkurrenz*.

o autor austríaco. Que têm em comum as hipóteses que costumam congregam-se sob esse título? E conclui que a única característica presente em todos os casos rotulados de «concurso aparente» se reduz a uma «pura externalidade» e, mesmo esta, de cariz negativo. Une-os, na verdade e apenas, a circunstância de *inexistir* entre eles um concurso efectivo, ao contrário do que uma primeira impressão (assente no teor literal dos preceitos<sup>423</sup>) deixaria antever.

Segundo Wegscheider, os grupos de relações entre normas que integram, para a doutrina tradicional, o «concurso aparente» mais não fazem do que ‘arrumar’ a experiência dos tribunais neste ponto. São, nesse preciso sentido, «relativamente arbitrários»<sup>424</sup>. Por esse motivo, torna-se compreensível que, de autor para autor, varie o número de categorias classificatórias e aconteça com frequência que os mesmos casos sejam inseridos em grupos diferentes. (O que uns entendem como relação de especialidade, outros qualificam de subsidiariedade, ou de consunção, etc.)

Afinal, a criação de uma figura dogmática destinada a recolher situações de ‘enganosa subsunção inicial a mais de um tipo’ constitui, em si mesma, um equívoco. O (chamado) «concurso aparente» não passa de uma categoria dispensável («entbeherliche Kategorie»)<sup>425</sup>. E o penalista austríaco aponta a razão definitiva: de um ponto de vista material, afirmar um concurso aparente é o mesmo («inhaltsgleich») que afirmar uma recíproca exclusão de delitos<sup>426</sup>. Ora, «distinguir estes casos dos de concurso efectivo não constitui tarefa que, de modo habitual, possa levar-se a cabo em abstracto e de uma vez para sempre»<sup>427</sup>. Apenas a interpretação conjunta e concreta do caso e das normas — dos conteúdos materiais de ilícito e de culpa que a circunstância convoca — permite esclarecer que se dá um só delito onde, a uma visão superficial, parecia apresentar-se uma pluralidade criminosa.

---

<sup>423</sup> Cfr., *ibidem*, p. 271: «nach Wortlaut...».

<sup>424</sup> *Ibidem*, p. 219.

<sup>425</sup> *Ibidem*, p. 269.

<sup>426</sup> *Ibidem*, p. 202.

<sup>427</sup> *Ibidem*, p. 203 (tradução livre do texto alemão).

A este seu modo de começar a trabalhar a questão do concurso chama Wegscheider «ponto de partida hermenêutico<sup>428</sup>» (*Auslegungsansatz*). Ou seja: não há uma regra de interpretação, um critério válido em geral para resolver tal problema; apenas uma indicação metodológica. O «concurso aparente» converte-se numa interrogação, num «feixe de interrogações» sobre os tipos da Parte Especial, sobre a possibilidade de se aplicarem uns ao lado dos outros em cada situação concreta. A resposta virá através de um aturado labor interpretativo — valem todos os métodos que o direito penal utiliza —, a realizar nos planos do ilícito e da culpa. O crime será um só quando, quer por uma razão de ilícito (desvalor de ação ou desvalor de resultado), quer por uma razão de culpa, se concluir que a aplicação de um exclui a aplicação do outro ou vice-versa. Que inexistente — nisso se funda o «concurso aparente» — ulterior necessidade de pena<sup>429</sup>.

Com semelhante impostação das coisas, percebe-se de imediato não haver lugar — no esquema de Herbert Wegscheider — para qualquer efeito residual ou eficácia jurídica do delito preterido. Nem *Wiederaufleben*, nem efeito de bloqueio (*Sperrwirkung*) do limite mínimo da moldura penal que dele decorria, etc. Compreende-se, uma vez que era enganosa a subsunção do caso a tal norma<sup>430</sup>. O autor admite, no entanto, que «todo o conteúdo de desvalor da matéria realizada permanece no delito a aplicar», podendo influenciar a medida da pena. Quer dizer: o facto de se negar o preenchimento de um segundo tipo legal não determina a absoluta insignificância da matéria ilícita e culposa que acresça ao preceito aplicado.

---

<sup>428</sup> A tradução portuguesa da expressão alemã serve-se da versão castellana elaborada por PEÑARANDA, *Concurso de leyes*, p. 40.

<sup>429</sup> WEGSCHEIDER, *Echte und scheinbare Konkurrenz*, p. 211.

<sup>430</sup> O autor repara que, em certos casos — volta-se à questão da ‘desistência da tentativa qualificada’ —, seria injusto não punir o agente pelo tipo legal de crime que consumou. Procura, então, solução dogmática que permita fazê-lo, mas fora do domínio problemático do concurso. Uma das críticas que costuma ser-lhe dirigida contende precisamente com o facto de nem todas as hipóteses poderem beneficiar da solução alternativa que Wegscheider apresenta (cfr., por exemplo, PEÑARANDA, *Concurso de leyes*, p. 66 e 69-72).

No momento de concretizar o modo de punir o chamado «concurso aparente», Wegscheider assume-se como defensor da teoria da diferenciação («Differenzierungstheorie»), *i.e.*, entende que também nos casos de aparência de concurso deve relevar a circunstância de o agente ter praticado uma só acção («Handlungseinheit») ou, pelo contrário, várias («Handlungsmehrheit»). Distingue, portanto, entre «concurso *ideal* aparente» («scheinbare Idealkonkurrenz») e «concurso *real* aparente» («scheinbare Realkonkurrenz»). Trata-se, contudo, de problema que já não contende com o núcleo da matéria que importa a este estudo abordar.

A um olhar apressado, a posição de Wegscheider apresenta certa semelhança com a tese aqui defendida. Contudo, talvez essa proximidade resulte tão-só da maneira como se interpretou o seu pensamento, do ângulo que se enfatizou ao expô-lo. Na verdade, optou-se por sublinhar que a concepção de concurso em apreço pode com razão (e até certo ponto, como se verá) apelidar-se de material.

O autor repete que lhe interessa o *conteúdo* de ilícito e de culpa inerente às figuras de delito relevantes para a delimitação entre unidade e pluralidade criminosas. Interessa-lhe pois a subsunção material, não formal, de cada caso concreto a um tipo legal de crime. Percebe, por conseguinte, que a mera subsunção formal — tão arreigada na doutrina tradicional do concurso que a leva a autonomizar a categoria inútil do concurso aparente — não deve sequer considerar-se o começo obrigatório do problema. Há-de substituir-se por uma interpretação de conteúdos, onde têm lugar todos os métodos hermenêuticos válidos: o elemento gramatical ou literal, sem dúvida, mas ainda o sistemático e, sobretudo, o teleológico.

A interpretação sistemática e teleológica de Wegscheider — interpretação material das normas incriminadoras, em si mesmas e na sua interconexão — não procura apenas elementos comuns a todas; tão-pouco famílias de delitos reconhecíveis em abstracto; nunca se reveria em abordagens de tipo lógico-analítico. Pretende, sim, captar o sentido global dos vários tipos,

delimitar os seus âmbitos de incidência, as respectivas finalidades protectoras, sempre com os olhos postos no caso; sempre com o objectivo de verificar se aquele preceito bastará para enquadrar os aspectos de ilícito e de culpa que compõem o último.

O que se leva dito — o elogio, antes de mais, de uma colocação do problema do concurso em sede de conteúdo de delitos, com o conseqüente afastamento do ‘clássico’ «concurso aparente» —, talvez permita, ao mesmo tempo, começar a compreender a distância que medeia entre a tese de Wegscheider e aquela que no presente estudo se defende.

Explicitem-se os pontos fundamentais.

O penalista austríaco indistingue os planos dogmáticos do ilícito e da culpa para efeitos da «recíproca exclusão de delitos». Esta tanto pode provir do desvalor objectivo do facto como do desvalor subjectivo da culpa do agente. O que significa que o «ponto de partida hermenêutico» se pode estender pelas várias categorias do sistema sem encontrar em qualquer delas uma resposta definitiva. Melhor: não pode resolver-se dentro das *normais* categorias do sistema, porque requer uma ponderação global da figura de delito. Ora, esse juízo valorativo global, que integre vertentes de ilícito e de culpa, que verifique, afinal, todos os elementos do tipo-de-garantia, encontra-se tão-só para lá da análise categorial, fraccionada, do crime. Numa palavra: equacionar as coisas assim significa remeter o concurso para as chamadas «formas especiais de surgimento da infracção».

À mesmíssima conclusão se chega, aliás, por outra via. Wegscheider insiste em que o concurso não é um problema da Parte Geral, mas sim da Parte Especial do direito dos crimes. Tal asserção possui um duplo significado. Leva consigo, antes de mais, o apego à concretude da situação a julgar e a negação da possibilidade de um critério material único de destrição entre o uno e o múltiplo delituoso. Mas acarreta ainda este segundo sentido: não é questão da Parte Geral porque nela, nas suas categorias, não encontra resolução — não é problema de tipo-de-ilícito, não é problema de (tipo de) culpa; acaba por ser problema do inteiro tipo de garantia.

Em suma: embora analise a questão sempre num plano de substância, a tese que se aprecia acaba por conduzir a um «juízo de culpa global», de certo modo semelhante ao que se viu aparecer — por deficiência dos respectivos quadros dogmáticos — em sistemas alheios ao ilícito pessoal.

Explicada a divergência dogmática da «Auslegungsansatz» de Wegscheider, por referência ao «concurso de ilícitos» aqui proposto, deve notar-se que defender a *mútua exclusão de tipos de garantia* acaba por inserir um factor formal no tratamento das hipóteses concretas, que pode distorcer em definitivo a boa decisão das mesmas. Como se foi dizendo em diversos momentos desta tese, o afastamento de tipos na sua inteira formulação encerra o perigo de desconsiderar que o conteúdo de antinormatividade de um ilícito-típico pode estar inteiramente contido em certo outro e que, por isso, casos haverá em que o agente deve ser punido de acordo com o preceito 'afastado'. Não por um qualquer ressurgimento deste último. Antes por, na realidade, não ter 'percido' todo o significado ilícito da conduta, mas apenas a parcela agravante que o agravava, deixando intocado o facto ilícito de base<sup>431</sup>.

Wegscheider, na sua perspectiva, não poderá defender a solução que vem de apresentar-se. E ao recusar também, e com acerto, o *Wiederaufleben*, vê-se obrigado a lançar mão de recursos dogmáticos frágeis, ou mesmo a reconhecer que não encontra, na sua construção, modo de chegar a uma resolução do caso de acordo com a justiça material<sup>432</sup>.

### **3.3. O pensamento concursal de Eduardo Correia**

Por se tratar de um autor português, por ter opinião aprofundada em dissertação de doutoramento (1945) — a mesma que esteve na base do projecto dos art. 30º e 77º a 79º do CP de 1982 e tem vindo a ser seguida pela

---

<sup>431</sup> Para o desenvolvimento do que se afirma em texto e se defende neste estudo, ver, *supra*, III 2., p. 227 s.

Como se disse, Herbert Wegscheider considera que «todo o conteúdo de desvalor da matéria realizada permanece no delito a aplicar». Limita, contudo, esta permanência à sua possível consideração na operação de determinação da medida da pena.

<sup>432</sup> Cfr. WEGSCHEIDER, *Echte und scheinbare Konkurrenz*, p. 261 s.

jurisprudência quase unânime dos tribunais da República —, justifica-se uma referência mais longa a Eduardo Correia e às suas opções em matéria de concurso. Beneficiário sobretudo, assim se julga, do pensamento de Edmund Mezger e das obras pioneiras de Richard Honig, o autor em causa constrói uma doutrina do concurso da qual está ausente qualquer distinção entre unidade e pluralidade de acções naturalísticas. Busca em exclusivo separar, com critério normativo/valorativo os casos de delito único e os de multiplicidade de delitos, num contexto que se caracteriza pela unicidade do agente e pela circunstância de nenhum dos crimes eventualmente concorrentes ter sido já objecto de sentença transitada em julgado.

O concurso aparente de Eduardo Correia é devedor da sua maneira de conceber o concurso em geral; e decorrência coerente da noção de crime e de sistema penal que adopta. Crime é ofensa culposa de valores ou bens jurídicos tipificada na lei penal. É o «tipo legal de crime», considerado na sua objectividade, que fornece a chave para a contagem de delitos<sup>433</sup>. Dar-se-ão tantos crimes quantos os tipos preenchidos, as normas de valoração violadas, uma vez que — no mundo do dever-ser onde se situa o direito — as condutas humanas possuem uma estrutura teleológica: é a referência a certos valores específicos, negando-os, que individua os comportamentos delituosos. Um homicídio não é um furto, nem um dano; um dano não é um furto, nem um homicídio. A acção de matar não é acção de danificar, ainda que um mesmo movimento voluntário, naturalístico, tenha estado na origem de ambos.

Com palavras do autor, em citação decerto longa, mas muito elucidativa: «no mundo das significações a peculiar relação teleológica, em que se estrutura uma certa conduta humana, modela-a e polariza-a num todo, opondo-a a todos os acontecimentos cegos a valores ou suportes de valores diferentes. Quando e enquanto tomado nas suas relações com os diversos valores que o informam, o material empírico da realidade transforma-se em

---

<sup>433</sup> EDUARDO CORREIA, *A teoria do concurso*, p. 74 s. Adiante se acrescentará que Eduardo Correia recorre também à culpa para individualizar os crimes: precisamente quando se torna necessário saber se o comportamento do agente preenche uma só vez (ou mais do que uma) o mesmo tipo legal de crime.



unidades indivisíveis, em blocos individualizados, dominados por essas mesmas significações, que assim a um tempo dividem e unificam as coisas no seu conjunto.

»Por isso, no mundo jurídico-criminal os diferentes valores negados constituem as etiquetas que nos permitem numerar e descrever os diversos crimes cometidos. A específica negação de valor surpreendida no crime de homicídio ou no crime de furto recorta esses crimes, *autonomiza-os de tudo o que lhes é estranho, polariza numa unidade todos os elementos que os constituem. Em ambos, os valores atingidos atraem apertadamente para a sua órbita todos os elementos essenciais à sua expressão, excluindo todos os outros*; e, afirmando os seus sentidos específicos, a um tempo diferenciam e individualizam essas relações.

»A natureza ideográfica, em que se estrutura o mundo da cultura, no qual se situa o crime como sua zona específica, indica, pois, quando outros caminhos [...] o não indicassem também, o critério do número de valorações jurídico-criminais de que uma certa actividade pode ser objecto, como aquele à luz do qual deve ser resolvido o problema do número de crimes a que ela dá lugar»<sup>434</sup>.

Mas, se o específico significado da conduta típica a diferencia de todas as que se estruturam em função de um valor diverso, não há nesta objectividade homogénea qualquer elemento que permita distinguir onde acaba um delito e começa outro da mesma espécie. Dito de um modo diverso: o tipo (objectivo) não se autodivide, não se autolimita numericamente: pode constituir uma massa homogénea 'sem fim'. Assim, em caso de violação de um só bem jurídico, para distinguir a unidade de crime (ainda que de execução fraccionada) da pluralidade de infracções, Eduardo Correia precisa de recorrer ao lado subjectivo do delito, à quantidade de resoluções criminosas tomadas pelo agente. O mesmo é dizer: por vezes, o autor será obrigado a contar o número de

---

<sup>434</sup> *Ibidem*, p. 75-76 (itálico nosso).

factos pelo número de juízos de culpa. A culpa pode, pois, multiplicar o ilícito<sup>435</sup>.

Em breves traços, o concurso aparente de Eduardo Correia apresenta-se como relação de subordinação (ou de hierarquia) entre normas incriminadoras (tipos legais de crime, bens jurídicos ‘metodológicos’). Uma relação que, na substância, se resume a isto: uma contém a outra (ao menos em parte) e, nessa medida, a sua aplicação conjunta quebrantaria o princípio do *ne bis in idem*. Umhas vezes, tal relação detecta-se logo em abstracto — assim acontece na «especialidade»; outras vezes, só à vista do caso pode verificar-se — é o que se passa com a «consunção». Mas, note-se, nunca o penalista português admitiria um concurso aparente entre tipos ‘estranhos entre si’, ou seja, entre normas incriminadoras que protejam bens jurídicos sem qualquer afinidade. O exemplo, invocado pelo próprio, de tipos construídos à volta de bens que não pertencem à mesma «família»<sup>436</sup> é o do homicídio e do dano, entre os quais jamais existirá uma relação de concurso aparente<sup>437</sup>.

O autor afirma — a propósito da suposta relação de «alternatividade», que alguns integram nesta questão — que «o problema do concurso aparente de leis e correspondentemente de crimes» se traduz num «processo de exclusão de uma das diversas normas que, *isoladamente* consideradas, são efectivamente infringidas»<sup>438</sup>. A aparência do concurso nasce afinal do confronto entre o âmbito de protecção de cada norma, olhada ‘como se’ sozinha existisse na ordem jurídico-penal e a sua real abrangência quando inserida no tecido

---

<sup>435</sup> *Ibidem*, p. 91-100. Sobre a relação entre o que se afirma e a figura do crime continuado, pode ver-se C. LÍBANO MONTEIRO, «Crime continuado e bens pessoalíssimos», *Estudos Figueiredo Dias* II, p. 733-755 (em particular, p. 742-743).

<sup>436</sup> Inserida em pensamento muito diverso do de Eduardo Correia — mas em análogo intento de normatização do problema do concurso —, Ingeborg Puppe virá a adoptar (sem ter lido o penalista português e muitos anos depois) esta ideia de «relação de parentesco entre bens jurídicos de diversos tipos» (EDUARDO CORREIA, *A teoria do concurso*, p. 132), fazendo apelo à noção de «tipos aparentados pelo ilícito». A posição desta autora encontra-se analisada, *supra*, na Parte Primeira, Cap. V deste trabalho.

<sup>437</sup> Cfr. EDUARDO CORREIA, *A teoria do concurso*, p. 130 s, em especial, para a última afirmação, p. 133.

<sup>438</sup> *Ibidem*, p. 152 (itálico no original).

normativo a que pertence — afinal, os crimes que compõem a Parte Especial formam entre si um todo harmónico e coeso.

Deve ressaltar-se na construção de Eduardo Correia a sua coerência interna — completada com a maneira como concebe a figura do crime continuado. Na verdade, comportamentos que seriam remetidos sem hesitar (e sem justiça) para o campo do concurso efectivo, da pluralidade de delitos, acabam por tratar-se como um só, por apelo aos requisitos e regime da continuação criminosa. Veja-se o exemplo, oferecido pelo autor, de um agente que subtrai, em certa casa, os objectos que se propôs furtar; a essas coisas, porém, decide acrescentar outras, cuja existência desconhecia, pela simples razão de as ter descoberto apenas no momento em que desviava as primeiras<sup>439</sup>. Há, diz Eduardo Correia, dois crimes, uma vez que se detectam duas resoluções criminosas; e, contudo, a circunstância de uma ter sido tomada aproveitando a mesma oportunidade aberta pela primeira — existindo evidente concatenação exterior de ambos os delitos e perfeita homogeneidade na sua execução — reconduzi-los-á de novo à unidade, fruto de uma culpa diminuída (exigibilidade diminuída) do agente<sup>440</sup>.

O problema do modo como Eduardo Correia lida com a questão do concurso reside, antes de mais, nos quadros dogmáticos em que se move — precisa necessariamente de remeter para a categoria da culpa, em ordem a poder considerar os elementos subjectivos indispensáveis a uma correcta contagem de crimes. Aspecto que deriva, como se vem dizendo, da sua concepção do ilícito-típico e, nesse contexto, da primazia atribuída ao desvalor do resultado (ofensa do bem jurídico); melhor: da incapacidade de conceber uma unidade de ilícito onde dois bens jurídicos (que não façam parte da mesma

---

<sup>439</sup> O exemplo surge pela primeira vez em EDUARDO CORREIA, *A teoria do concurso em direito criminal*, p. 99. Volta a aparecer, a propósito do crime continuado, nas p. 249-250.

<sup>440</sup> Para uma análise da doutrina do crime continuado em Eduardo Correia, pode ver-se C. LÍBANO MONTEIRO, «Crime continuado e bens pessoalíssimos», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. II, p. 733-755.

família) tenham sido lesados. Relembre-se o clássico exemplo do homicídio e do dano (produzido na roupa que a vítima envergava). Na verdade, mesmo quando desce ao concreto para saber se há ou não consunção, nunca o faz se estiverem em causa dois bens jurídicos que, nos seus próprios conceitos, nada tenham em comum<sup>441</sup>.

Como qualquer defensor do chamado «concurso aparente» — enquanto problema de relação entre tipos incriminadores —, Eduardo Correia situa-se longe do modelo do «concurso de ilícitos» que esta tese propõe. Contudo, deve em justiça sublinhar-se que o autor português parte, para a temática da unidade e pluralidade de crimes, de uma genuína preocupação material. É disso testemunha a sua recusa em seguir caminhos que se afastem dos critérios de valor jurídico-penais.

Não concebe, por exemplo, a «especialidade» como relação assente em fundamento de natureza distinta do da «consunção» — *i.e.*, como simples conexão lógico-formal, por oposição a uma conexão valorativa. Ambas se apoiam, para Eduardo Correia, em juízos normativos, não representando a estrutura lógica da primeira mais do que um sinal externo que denuncia sobreposições de conteúdo entre os preceitos<sup>442</sup>.

Ainda no mesmo sentido, pode invocar-se o recurso à figura da consunção impura<sup>443</sup>, com a qual despreza, de algum modo, a exacta configuração formal da conduta, procurando não violar princípios materiais — o do *ne bis in idem* substantivo e o que ‘proíbe’ quebrar a harmonia punitiva do sistema visto na sua unidade. Quer dizer: basta-se, em determinadas hipóteses, com a aplicação de um só tipo, sabendo embora que sozinho não *esgota* todo o desvalor da conduta, mas apenas a maior parte dele. Isso acontece, por exemplo, quando — ‘distracção’ legislativa — a pena de um delito agravado se situa

---

<sup>441</sup> Tem ainda a ver com a teoria do bem jurídico a crítica dirigida por EDUARDO CORREIA (*A teoria do concurso*, p. 133-134) ao pensamento de R. Honig: não há dois tipos que protejam o mesmo bem jurídico.

<sup>442</sup> Ver EDUARDO CORREIA, *A teoria do concurso*, p. 131-132.

<sup>443</sup> Veja-se, *ibidem*, p. 153 s.

abaixo da prevista para o crime simples. Eduardo Correia aplica ao caso o tipo fundamental (não o qualificado, não os dois juntos) porque, como o próprio confessa, «entre deixar de considerar uma circunstância meramente qualificativa e violar tão profundamente a elementar exigência de justiça que o princípio *ne bis in idem* consagra, não nos parece legítima a hesitação»<sup>444</sup>. Sacrifica, pois, o formal ao material; foge de uma rígida pretensão de *esgotar*, na pena, até a mais ínfima porção de matéria tipificada.

A construção em análise não leva, porém, a bom termo o seu propósito inicial. E por duas razões, ambas ligadas ao modo de entender a ilicitude criminal.

Em primeiro lugar, o seu normativismo sistémico encontra o ilícito referindo a realidade a valores. O crime é a negação de valores, de bens jurídico-penais. Essa negação, esse conteúdo de ilícito consubstancia-se na norma. E produz-se deste modo um afastamento ou separação entre a norma e o mundo da vida, onde efectivamente se dão as condutas por ela desaprovadas. O ilícito torna-se conceito abstracto, passível de relacionar-se com outros, igualmente abstractos. Ainda que por vezes (caso da «consunção») a sua concreta ligação haja de comprovar-se e, portanto, se torne imprescindível descer à realidade de um singular comportamento, para verificar se nele se concretiza a tal relação de plena inclusão que *as normas em causa possibilitam ou indiciam*.

Por outro lado, o conteúdo de ilícito que se encontra hipostasiado no tipo é, para Eduardo Correia, puramente objectivo. Salvo o caso excepcionalíssimo dos chamados «elementos subjectivos do tipo», no plano da ilicitude não há lugar para quaisquer componentes subjectivos, pessoais. Ora, como o sentido de um facto ilícito não pode deixar de provir de uma conjugação de factores subjectivos e objectivos — é actuação *de uma pessoa* — a ausência dos primeiros constitui-se em obstáculo intransponível para a captação do significado normativo que se procura.

---

<sup>444</sup> *Ibidem*, p. 153-154 (itálico nosso).

Em suma: um conceito de ilícito divorciado do real acontecer e da intencionalidade que o anima não consegue reflectir o sentido jurídico-penal do comportamento a julgar. O sentido unitário ou plural do caso. O sistema do ilícito objectivo, a que recorre Eduardo Correia no seu labor dogmático, mostra assim a sua intrínseca incapacidade para estar na base de uma satisfatória teoria do concurso.

## **VI. O critério dogmático-material do «concurso de *ilícitos*»**

### ***1. O ponto de partida***

A afirmação — dogmaticamente sustentável e sustentada — do ilícito como lugar do concurso no sistema, que equivale àquela outra segundo a qual, mais do que de concurso de crimes, haveria que falar de «concurso de *ilícitos*» não reveste uma pura índole técnico-dogmática. A dogmática — instrumental por natureza — aparece também nesta matéria como sistema ao serviço de uma ideia de crime e, talvez sobretudo, como veículo que transforma uma intuição jurídica (de solução de um problema) em caminho apto para decisões jurisdicionais correctas, *i.e.*, justas, razoáveis e tendencialmente constantes no critério material utilizado.

Há-de sublinhar-se que instrumental, aplicado à dogmática do crime, está longe de significar formal. Ao longo da análise do concurso ideal, surgiram várias oportunidades de estranhar posições doutrinárias que, a esse propósito, pareciam converter a passagem pelas categorias sistémicas em operações de pura subsunção, dissociando-as da procura do sentido do facto a valorar. O mesmo aconteceu na consideração das teses relativas ao concurso aparente. Tem-se por mais consentânea com a finalidade do saber jurídico-criminal — sempre, mas talvez particularmente neste tema do concurso —, uma dogmática material, penetrada sem dúvida por finalidades político-criminais e, sobretudo, pelos princípios valorativos próprios da ordem jurídico-penal. Uma dogmática material, repete-se, não apenas no sentido de reconhecer funções às suas categorias e de trabalhar sem perdê-las de vista, como também

no de fazer comparecer, em cada passo do caminho para o reconhecimento (ou não) de um delito, as razões e o modo de ser característicos da antinormatividade criminal.

O que distingue a proposta de solução do problema do concurso que se continuará a apresentar — agora quanto à linha de fronteira entre os conteúdos comportamentais que configuram um só ilícito-típico e os que, pelo contrário, exigem a convocação de vários — talvez seja a absoluta unicidade de critério, *i.e.*, a descrença no modelo que resolve parte da questão atendendo às relações lógicas entre normas, deixando apenas a outra parte na dependência de padrões valorativos. Defender-se-á que a destriça entre o uno e o múltiplo em direito penal é sempre e só função de *concretos juízos de ilicitude pessoal*. Levada a cabo, mais precisamente, através do apelo para os princípios da dignidade penal e da necessidade de pena, na base do respeito intransigente pela legalidade e no pressuposto da inseparabilidade entre o ilícito e o tipo.

A tarefa a desenvolver reside agora, portanto, não em fabricar uma dogmática própria do concurso, muito menos do concurso aparente ou de normas (conceito que se afastou<sup>445</sup>), mas em continuar a andar o caminho sempre percorrido de ‘meter o concurso dentro da dogmática penal’. Retomando pontos fulcrais do que para trás fica dito, o concurso é problema atinente ao plano do ilícito. Pretende resolver a dúvida sobre a unidade ou a pluralidade de sentidos de antinormatividade criminal que um certo comportamento encerra.

Não tem por objecto normas, no seu enunciado formal e abstracto; nem, por conseguinte, relações entre elas. Tão-pouco tem por objecto uma conduta ‘natural’, à partida vazia de normatividade, que vai sucessivamente buscar os preceitos que parecem retratá-la, de corpo inteiro ou por tomas parciais, rejeitando alguns, por repetirem um aspecto já compreendido noutra norma.

Não é preciso afirmar, por exemplo, que só existe concurso quando as normas a que o caso se subsume forem todas aplicáveis e explicar o que se entende por ‘aplicabilidade de uma norma’. Ou que apenas está presente

---

<sup>445</sup> Sobre a questão, ver III 2. desta Parte Segunda.

quando se detectarem entre os preceitos certas relações, que hão-de ditar a sua resolução. Não é necessário explicar se o tipo legal preenchido mas depois afastado por outro (especial, por exemplo) se deve considerar violado ou não. Não importa dar uma noção jurídica da natureza desse afastamento. Insiste-se: o problema do concurso aparece quando se trata de identificar o conteúdo de ilícito criminal que uma conduta apresenta. E resolve-se quando se identifica tal conteúdo. De um modo mais exacto: quando se valora o seu carácter unitário ou plural.

O ponto de partida do concurso não é a multiplicidade de subsunções<sup>446</sup>. O *prius* não está nos enunciados normativos, mas no caso. Às normas ir-se-ão buscar os critérios de valoração jurídico-penal. A selecção da norma (ou das normas) há-de ser dogmaticamente integrada; e numa dogmática material. A primeira aproximação ao comportamento, *i.e.*, o primeiro intento de escolha do preceito não pode pré-determinar a solução final.

Em suma: a questão continua a ser a de não se estar perante um jogo de normas aplicáveis a um caso, mas perante um caso que pede ou não o concurso dessas normas para a sua perfeita valoração jurídico-penal.

## **2. A individuação das concretas unidades de sentido de ilícito**

Tratar o problema do concurso ‘dentro’ da categoria do ilícito, entendido além disso como «ilícito pessoal», *i.e.*, como «juízo de culpa sobre o homem médio» — como unidade subjectivo-objectiva de desvalor criminal, apreciada à luz das normas pertinentes —, significa compreendê-lo como delimitação dos *sentidos* de antinormatividade material que cada caso encerra. Encaradas nesta perspectiva, as tradicionais categorias do «concurso aparente», através das quais a doutrina dominante pretende captar as relações entre normas que determinam a sua ‘inaplicação’ simultânea — a efectiva aplicação de uma delas dita o afastamento da outra —, surgem agora (quando muito e

---

<sup>446</sup> Assim também, *i.e.*, criticando o ponto de partida formal do concurso, DUARTE D'ALMEIDA, *O 'concurso de normas'*, p. 21 s, 37 s, *passim*.



nalguns casos<sup>447</sup>) como reflexos de um único critério valorativo. O que equivale a dizer: especialidade, subsidiariedade e consunção (a que por vezes se junta a alternatividade) devem ser refundidas. E algumas das ideias que lhes subjazem não-de aparecer, depuradas, no novo lugar dogmático onde actua o referido padrão material.

Na verdade, a partir do momento em que o abandono da categoria do concurso aparente tem por base a rejeição do próprio ‘mecanismo’ das conexões entre as normas (tipos legais de crime) preenchidas pelo caso, nunca o presente estudo poderia encontrar nessas relações os critérios de destrição entre a unidade e a pluralidade de ilícitos-típicos. E tão-pouco admitiria classificá-las em dois grupos: o das que se formam e se resolvem a partir da lógica formal ou conceptual e, do outro lado, o daquelas que assentam, diferentemente, em juízos de valoração ou normativos<sup>448</sup>.

Retomem-se as considerações relativas ao concurso de ilícitos. A transposição do problema concursal, do plano abstracto da estrutura das normas, para o plano concreto dos ilícitos perpetrados no mundo da vida exige a renúncia a construções que operem *more geometrico demonstrando*, i.e., à maneira das proposições matemáticas, deduzindo, a partir de axiomas, enunciados cada vez mais determinados. Em seu lugar, este novo modo de encarar as coisas implicará o recurso a verdadeiras e próprias análises jurídico-penais.

No concurso de ilícitos procura-se — como em qualquer juízo de ilicitude criminal — *o sentido de antinormatividade actual* (=em acto) do comportamento de alguém. E por isso, além da relação (meramente conceptual) entre normas, rejeita-se também a redução do problema concursal aos tipos *objectivos* de ilícito.

---

<sup>447</sup> Adiante (ver Cap. VII) se procederá à análise de cada uma das relações tradicionais, por referência ao critério aqui adoptado.

<sup>448</sup> Embora se perceba tal distinção no quadro das categorias tradicionais do concurso aparente, não pode deixar de observar-se que estas últimas não valem por si, mas apenas como indicadores do desvalor criminal *do caso*. Ou seja: o critério é sempre valorativo e concreto, mesmo quando parece lógico-formal. Voltar-se-á ao tema no Cap. VII 2.

Como tantas vezes foi dito, os factos ilícitos penais consubstanciam *unidades subjectivo-objectivas de sentido*, tendo em conta que, nos quadros do ilícito pessoal adoptado nesta tese, o termo «subjectivo» se reporta ao homem médio. O facto possui o significado que adquiriria se praticado pelo agente individual, dotado — aqui radica a diferença — das capacidades psicológico-emocionais do homem-médio. O juízo de ilícito — ou juízo provisório de culpa sobre o homem-médio — assenta, pois, em padrões pessoais-objectivos.

Dito de outro modo: o critério que resolve o problema do concurso (de ilícitos) — que torna possível ultrapassar a dúvida concursal — não pode deixar de ser o critério pessoal-objectivo próprio da categoria dogmática do ilícito(-típico) criminal. Aliás, indo ao âmago da questão: o sentido do facto que se pretende apreender é pessoal-objectivo, porque pessoal-objectivo é o conteúdo da norma que permite apontá-lo<sup>449</sup>.

Será precisamente a correspondência total entre o sentido do caso e o sentido do tipo de ilícito que fundamenta a unidade do facto ilícito-típico. Esta a ideia base que preside à exposição subsequente. Antecipando o padrão decisório adoptado, dir-se-á que a pedra de toque para a determinação da unidade do *facto* consiste na pertença da inteira actuação pessoal ao *significado intrínseco do tipo de ilícito preponderante*.

### ***2.1. Unidade do «facto» e significado intrínseco do tipo de ilícito***

A conduta antinormativa será uma quando pertencer sem resto ao «significado intrínseco» de um tipo de ilícito. O que equivale a dizer: tudo o que está abrangido no âmbito de sentido de um certo tipo de ilícito constitui um único facto, *i.e.*, um único conteúdo de antijuridicidade.

---

<sup>449</sup> Como ficou dito atrás (II 1. desta Parte Segunda), parte-se da noção de ilícito-típico de A. M. Almeida Costa. Nessa linha (cfr. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, Parte II, Tít. I, Cap. I 1. e III 1.), há-de afirmar-se que o tipo de ilícito não se divide em dois — o tipo subjectivo (ou doloso ou negligente) e o tipo objectivo (comum). Há, na verdade, um só tipo subjectivo-objectivo de ilícito, em que a própria dimensão objectiva é influenciada pela subjectiva. É a este tipo subjectivo-objectivo que o texto se refere.

Circunstância que torna inevitável esclarecer o que se entende por conteúdo ou significado intrínseco do tipo de ilícito; ou, se se preferir, qual a concreta abrangência da norma incriminadora; até onde vai o modelo, o protótipo, o padrão de conduta que o preceito quer proibir. Isto, de modo a tornar claro que todo o comportamento que caia inteiro na área de protecção dessa norma deixa de poder reconduzir-se a qualquer outro tipo incriminador.

Como atrás ficou claro, o critério que se procura afinar tem por objecto a identificação do concreto significado ilícito de uma conduta, respondendo a uma dúvida objectiva e metódica sobre o seu carácter uno ou plural. O julgador, com o saber experiencial da realidade e das normas que se lhe imputa, vai trabalhando como sempre para encontrar um tipo de ilícito cujo sentido corresponda ao do caso. Convocar, antes de mais, aquela norma que melhor contemple o desvalor predominante da conduta, que mais de perto a agarre. E a propósito desse tipo deverá então interrogar-se, não em abstracto, mas olhando para o caso: qual o alcance da proibição penal em causa?

Tome-se como exemplo o homicídio. Poderá o acto de causar a morte integrar/ absorver, *v.g.*, um dano patrimonial por ele próprio ocasionado? De outro modo: a custódia do bem jurídico vida pode albergar também, e de modo satisfatório, a salvaguarda da integridade de coisa alheia? Afinal, trata-se de insistir na pergunta sobre a concreta abrangência do acto de matar criminalmente relevante.

Julga-se que a resposta a dar há-de proceder das considerações que se seguem. O acto de matar não aparece despido de tudo aquilo que não se insere com carácter de necessidade no conceito de provocar a morte de uma pessoa. Não tem o sentido asséptico de uma definição essencial. Qualquer acção de matar jurídico-penalmente relevante contém impurezas, aderências que acompanham todo o acto real de tirar a vida a outrem. Atribuir a essas aderências um sentido autónomo, pela simples razão de que ‘entram’ noutra tipo de ilícito; entender, *v.g.*, que há mais desvalor (pessoal-objectivo) naquela conduta de matar por vir acompanhada da destruição de uma medalha em ouro — usada pela vítima e atingida pelo tiro homicida — equivale a substituir o

sentido material de antijuridicidade do caso pela subsumibilidade formal dos seus elementos aos vários enunciados normativos disponíveis. Ora, a gravidade do caso não é função da quantidade de tipos preenchidos de maneira automática.

O sentido de ilícito do homicídio — para seguir com o exemplo — cobre mais do que a acção de matar ‘quimicamente pura’ (inexistente, aliás, na realidade dos factos). Abrange também a ‘ganga’ — variável de acordo com o ‘processo causal’ em cada caso escolhido — que se mostre inerente a essa actuação. Se *A* mata *B*, que se desloca no seu automóvel, com uma rajada de disparos, os danos na viatura fazem parte do concreto homicídio.

Já não será assim se *B* se fizer conduzir pelo motorista *C* e os tiros forem descarregados de modo a aniquilar também o último. Cada acção de matar — pela natureza pessoalíssima do bem jurídico ofendido<sup>450</sup> — constitui uma autónoma unidade de sentido criminal. Nesta modificação do caso, *A* responderá então por dois homicídios, mas não pelo ilícito-típico dano.

Mas vejam-se as coisas do ângulo inverso, qual seja o de considerar a natureza preventiva da norma de determinação «não danifiques». Sabe-se que em geral e abstracto o dano doloso é crime, é conduta voluntária que atenta contra um bem jurídico com dignidade penal e carecido de protecção por parte do direito sancionatório de *ultima ratio*. Mas fará sentido acrescentar à reprovação de um homicídio executado através de uma descarga de tiros, uma específica condenação pelos danos causados no automóvel?

Insistindo na perspectiva própria do direito penal: pedirá o significado do caso que se reforce, além do dever de não matar — de não praticar acções que levem, de uma perspectiva *ex ante*, à morte de uma pessoa —, também o dever de não danificar — de não actuar de um modo que deixe antever a possibilidade de destruir (total ou parcialmente) coisa móvel alheia?

O critério pessoal-objectivo indicará que, quando o dano fizer parte do conteúdo intrínseco do acto de matar, basta reafirmar solenemente, por assim

<sup>450</sup> Sobre bens jurídicos «pessoalíssimos» ou «eminentemente pessoais», ver, *supra*, notas 74 e 75. Cfr., ainda, C. LÍBANO MONTEIRO, «Crime continuado e bens pessoalíssimos», *Escritos em homenagem FD II*, p. 733 s, sobretudo, p. 745 s.

dizer, a intolerabilidade deste facto. Condenar (e punir) por homicídio satisfaz por inteiro a prevenção de homicídios que envolvam como aderência a produção de danos. Dito de um modo simples: se não se voltar a matar (com uma série de disparos) ficam também arredados futuros danos nesse contexto. A norma de proibição do homicídio também previne, neste caso, estragos materiais. Esgota o conteúdo útil de protecção do dano. Numa palavra: a consideração autónoma do desvalor do dano torna-se desnecessária *em acto*. Tal desvalor é suficientemente encarecido na reprovação criminal do homicídio que o engloba.

Veja-se este outro caso: *A*, com a intenção de acabar com a vida de *B*, força a porta do domicílio deste e entra, matando-o assim que o encontra. Incluindo embora uma entrada sem autorização em casa de *B*, o sentido (pessoal-objectivo) dessa introdução na habitação de outra pessoa não é o da específica ofensa à vida privada prevista no art. 190º, nº 1 do CP; converte-se antes em parte *não autónoma* da concreta ofensa à vida. Mais uma vez, a norma que previne a lesão da vida basta para evitar, do mesmo passo, futuras violações de domicílio semelhantes à que se aprecia<sup>451</sup>.

Já assim não sucederá com a acção de incendiar uma casa com o fim de acabar com a vida de quem nela dorme. O peculiar perigo que o tipo de incêndio pretende evitar não se esgota na morte daquela pessoa. Mas acrescente-se que a destruição da casa ardida e do seu recheio não devem considerar-se à parte: no caso, diluem-se no próprio e único ilícito de fogo posto.

## **2.2. «Significado intrínseco do tipo de ilícito» e ‘normalidade do acontecer’**

Como convém a uma doutrina do concurso que trabalha com concretos sentidos pessoais-objectivos de ilícito, a explicitação das suas propostas far-se-á acompanhar de uma amostragem de casos diversificados. Não sem antes

---

<sup>451</sup> Discorda-se, assim, de COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense I*, 2ª ed., Art. 190º, § 54, que considera existir, nessa hipótese, concurso ideal.

vincar que o apelo à fenomenologia dos comportamentos criminosos, à variedade própria do mundo da vida, nada tem a ver com o recurso a um qualquer critério de ‘*normalidade do acontecer*’, de cunho estatístico.

Não é por os actos de matar e de danificar andarem habitualmente juntos que se decide pela unidade de sentido de ilícito de algumas das hipóteses apresentadas. Aliás, se assim ocorresse, todas as realizações dos tipos de homicídio e de dano deveriam solucionar-se de igual modo, coisa que não se verifica. É antes porque, nos casos referenciados, o peculiar conteúdo da proibição de matar alcança também os estragos inseparáveis daquele concreto episódio de morte.

Apesar de tudo, convém recordar que o recurso a uma ideia de «normalidade» está longe de poder considerar-se inédito na dogmática do crime. Encontra-se, por exemplo, no juízo de prognose póstuma característico da doutrina da adequação — a «normalidade» do acontecer determinará a *previsibilidade* (ou a falta dela) do resultado a imputar à conduta do agente.

Em sentido análogo, e na própria área do concurso, basta recordar a argumentação de Graf zu Dohna, quando trata de distinguir o concurso ideal do aparente. Ao critério formal da doutrina dominante, que só vê unidade criminosa nos casos em que *não é possível* perpetrar um delito sem preencher ao mesmo tempo o tipo legal de outro, Dohna contrapõe o seu: há *Tateinheit* apenas quando *não for possível esgotar o conteúdo de ilícito do facto* através da subsunção a um ou a outro dos tipos legais. E fundamenta assim o seu padrão decisório: no concurso ideal, o encontro de dois tipos resulta do concreto caso que se pretende valorar, é um encontro casual (ditado tão-só por provir de uma mesma acção); ao passo que no concurso aparente os dois preceitos andam na realidade da vida quase sempre ligados, existe entre eles um encontro «normal», uma conexão baseada na experiência, de que o legislador se presume conhecedor.

Ou seja: na formação de um critério que pretende normativo, Graf zu Dohna faz depender a abrangência de uma norma incriminadora das regras da normalidade estatística. Regras que medem a frequência do encontro de cada

tipo com os demais. Regras que, nalguns casos, o próprio autor não parece respeitar. Mas, sobretudo, critério que o impede de ver com clareza que o simples facto de dois tipos se encontrarem quase sempre na sua realização não significa que não possa haver casos em que ambos têm relevo autónomo e devam configurar, portanto, uma pluralidade de ilícitos; tal como nada obsta a que hipóteses das quais está ausente a normalidade social do encontro entre os preceitos consubstanciem uma unidade de ilícito.

Dohna fala, por exemplo, da falsificação de documentos e da burla como tipos em concurso aparente. Ora, não parece que, de um ponto de vista estatístico, contrafacção e burla andem normalmente ligados. E tão-pouco há-de dizer-se — como se argumentou ao longo do presente estudo — que os dois ilícitos careçam sempre de autonomia: ilustrou-se um possível concurso real entre ambos, com o caso da falsificação do próprio registo (não apenas do documento que o certifica) ao serviço de uma burla.

A normalidade do *id quod plerumque accidit* (para a qual se apela na adequação) e a normalidade *estatística* do encontro entre dois tipos são conceitos que em nada se assemelham ao critério do «significado intrínseco do tipo de ilícito» aqui proposto. O parâmetro usado por Graf zu Dohna assenta na passagem do fáctico para o normativo, através de um raciocínio linear: supõe-se que também o legislador está a par do que acontece na realidade; logo, ao desenhar um tipo legal, terá incluído nele o conteúdo de outro que, na prática, quase sempre o acompanha.

O presente estudo, insiste-se, não procura o ‘encontro normal’ entre tipos; procura sim o encontro (a correspondência) entre o sentido do facto e o sentido da norma, do tipo de ilícito. Procura a norma que confere ao facto o seu exacto significado jurídico-penal. Não elemento a elemento, não isolando a qualidade prevista no tipo da inteira acção do sujeito; e sem esquecer que os factos penais têm autor, são pessoais.

A norma não pode proibir uma característica de um comportamento humano como se cada actuação tivesse sempre e apenas uma única característica. Não pode fazê-lo, porque lho impede a própria realidade. Não,

por certo, a realidade metafísica; nem a ‘realidade’ que a estatística mostra; antes a experiência existencial, própria e alheia, do actuar humano e do entrelaçamento de factores subjectivos e objectivos, ‘bons’ e ‘maus’, que lhe conferem um cunho peculiar. Esse peculiar modo de ser do comportamento pessoal, que o separa dos meros processos mecânico-causais, leva a que as normas de determinação que pretendem ordená-lo não possam deixar de referir-se, elas próprias, a sentidos ou significados de ilícito. Àqueles mesmos, afinal, que estiveram na origem da sua criação.

Não matar, não ferir, não furtar, não difamar, não destruir reportam-se (apesar da sua inevitável formulação abstracta) a concretas condutas nas quais esteja presente uma, ao menos, dessas intencionalidades de sentido. A que se mostrar, no caso, prevalecente. Circunstância que não obsta a que, com frequência, outros significados — em si mesmos relevantes para o direito penal — se considerem, na situação, já por ela abrangidos. O protótipo da norma principal integra-os, por fazerem parte do seu intrínseco sentido: representam meras aderências do facto, quando praticado nessa modalidade. Torna-se desnecessária qualquer protecção adicional que diferentes tipos de ilícito pudessem oferecer.

### ***2.3. «Significado intrínseco do tipo de ilícito» e princípio da insignificância***

Aclarado, de novo, o critério, continue-se a sequência de hipóteses, importantes para lhe acrescentar nitidez, para melhor definir o seu âmbito. Como se terá notado, não basta indicar tipos de ilícito, uma vez que não se trata de os relacionar, mas de narrar casos singulares, nos quais se dá (ou não) unidade de conteúdo ou sentido de antijuridicidade.

Por referência a um exemplo semelhante já analisado<sup>452</sup>, torna-se fácil concluir que, se *A*, com intenção de matar *B*, dispara na sua direcção, tendo o projectil, antes de atingir *B*, estilhaçado o vidro da janela do carro (ou da

---

<sup>452</sup> Trata-se do caso da destruição de uma medalha de ouro ocasionada pelo tiro que matou a pessoa que a trazia ao pescoço.



habitação) onde se encontrava, o dano do vidro fará ainda parte do concreto conteúdo de ilícito do homicídio. E que, em hipótese tantas vezes utilizada, se o tiro danifica a roupa que *B* envergava, a unidade de sentido do homicídio engloba o estrago.

Mesmo que se possa dizer, com acerto, que é possível matar sem inutilizar o fato da vítima, convir-se-á que a concreta modalidade de matar adoptada pelo agente tem exactamente o mesmo desvalor penal, quer o disparo tenha provocado o dano no fato, quer o não tenha provocado, por a vítima se encontrar, *v.g.*, em fato de banho. A destruição da roupa que o sujeito passivo veste pertence ao âmbito de protecção da norma que proíbe matar; reduz-se a uma ‘aderência’ do concreto homicídio, nada acrescentando ao seu sentido jurídico-penal<sup>453</sup>.

Trazem-se estes casos com o intuito de enfatizar que nenhuma destas soluções pretende apoiar-se no *insignificante valor* da coisa danificada. A insignificância do valor determina *sempre* — em hipóteses de possível concurso ou fora delas — a falta de relevo jurídico-penal das condutas em que se verifique. Ora, o que aqui se afirma interessa — apenas e precisamente — para os casos em que o dano seria, *em si mesmo*, relevante (ou seja, *não-insignificante*); em que, por conseguinte, só não se convoca *porque* o comportamento cabe, sem resto, no sentido de ilícito do particular «homicídio».

Mais. Justamente porque o critério que se advoga não varia com o valor da coisa destruída — mas sim com a pertença (ou não) do dano ao sentido

---

<sup>453</sup> COSTA ANDRADE, a propósito do crime de dano (*Comentário Conimbricense* I, 2ª ed., Art. 212º, § 75), considera uma hipótese muito parecida com esta: a do agente que viola, danificando, do mesmo passo, o vestuário, as jóias, etc. da vítima. E qualifica-a de concurso efectivo, na medida em que «a conduta causa a destruição ou danificação de coisas não compreendidas na valoração da danosidade social típica da infracção e, por vias disso, não pertinentes ao respectivo ilícito-típico» (*ibidem*, § 73). Não se consegue, porém, identificar a razão pela qual o dano do vestuário deva tratar-se como autónomo no crime de violação e, logo a seguir, como não-autónomo no delito de homicídio (*ibidem*, § 76). Talvez Costa Andrade tivesse mais presente, no caso do homicídio, um fato de escasso valor, a ausência de jóias e, daí, a insignificância do dano. Mas o mesmo pode acontecer na violação. E, sobretudo, em texto argumenta-se que o critério não passa pelo valor insignificante da coisa atingida.

Resolvendo a questão com base na ideia segundo a qual o dano no fato da vítima do homicídio não é considerado por corresponder a uma *quantité négligeable*, PUPPE, *Idealkonkurrenz*, p. 269.

intrínseco do facto e do tipo de ilícito que o ‘mede’ —, a unidade pessoal-objectiva de antinormatividade mantém-se se, em vez de a rajada de disparos ter atravessado uma janela ou um fato vulgares, houver inutilizado um jarrão de porcelana chinesa de alto preço (por acaso colocado em cima de uma mesa, em frente ao lugar ocupado pela vítima) ou um traje antiquíssimo de museu (usado em ensaio de uma peça de teatro)<sup>454</sup>.

Utilizando os mesmos ‘ingredientes’ — homicídio e destruição de um jarrão valiosíssimo —, continuará a defender-se a unidade de facto-ilícito numa hipótese diferente e porventura mais controversa: aquela em que o homicídio é praticado, não a tiro, mas precisamente através do violento arremesso à cabeça da vítima da referida peça de porcelana.

Tudo quanto se afirma, aliás, não bole com a possibilidade de um ressarcimento de danos ou de uma acção de indemnização cíveis. Melhor dizendo: a reparação civil não necessita, para ser concedida, de uma condenação do agente em crime de dano, para além do de homicídio. Mas das consequências jurídico-civis do facto não cura o presente estudo.

#### ***2.4. «Significado intrínseco do tipo de ilícito»: alguns casos limite e afinamento do critério***

Ao longo desta investigação, repetidas vezes se trabalharam casos de burla praticada através de falsificação de documento. Torna-se agora porventura mais clara a razão da destrinça, então levada a efeito, entre falsificação de simples certificado e falsificação do próprio registo. Na verdade, a primeira pertence ao significado intrínseco da burla, já não podendo afirmar-se o mesmo da segunda: nesta, o perigo típico abrangido pela contrafacção permanece para além do que se concretiza naquele crime contra o património.

---

<sup>454</sup> Veja-se o exemplo de A. M. ALMEIDA COSTA (*Comentário Conimbricense II*, Art. 217º, § 12): o tiro homicida que danifica uma cigarreira em ouro que a vítima levava consigo, no bolso interior do casaco, no momento do crime. «Uma infracção vai implicada na realização da outra — afirma — e, nessa medida, dilui-se (consunção pura) como parte integrante do desvalor intrínseco da outra».

Dito por palavras diferentes: a protecção da intangibilidade do sistema de acreditação e prova pública de factos constitui um bem jurídico-meio, instrumental em relação a outros interesses, pessoais ou patrimoniais<sup>455</sup>. Se, com o documento falso, o agente lesa um destes bens jurídicos-fim (o património de alguém, como na burla, etc.) e nessa lesão esgota o perigo que o documento contrafeito encerra, afirma-se a unidade de ilícito. Caso contrário, *i.e.*, se sobrar perigo típico de ulteriores violações de bens jurídicos-fim, esse perigo já não pertence ao significado intrínseco da burla; dar-se-á, portanto, um concurso de ilícitos.

Resta acrescentar que o exemplo da falsificação do próprio registo não esgota a possibilidade de concurso. O que se escreveu pode acontecer também com a falsificação do certificado do registo, sempre que esse certificado possa continuar a ser utilizado; *v.g.*, em novas burlas.

Juntam-se ainda dois casos à já longa lista elaborada. São eles o de alguém que, depois de matar outra pessoa, pratica no cadáver actos de profanação [art. 254º, nº 1, b)]; e o de quem furta uma pistola para com ela matar o vizinho.

Indo ao primeiro deles e aplicando-lhe o critério da pertença (ou não) ao significado intrínseco do tipo de ilícito dominante, concluir-se-á que a prática de «actos ofensivos do respeito devido aos mortos» (texto retirado do preceito acima indicada) está fora do sentido do acto de matar. A aplicação da norma do homicídio não previne futuras profanações de cadáver. Torna-se, no caso, necessário o concurso de mais um tipo de ilícito.

Deve, contudo, esclarecer-se que, fazendo uma pequena modificação na hipótese — qual seja a de considerar agora que o agente praticou um acto de ocultação do cadáver [alínea a) do mesmo preceito] para encobrir o homicídio que levava a cabo —, o comportamento passa a configurar, assim se julga, um

---

<sup>455</sup> A descrição do bem jurídico protegido no crime de falsificação de documento constitui opinião própria. Para uma análise desse bem jurídico, ver, por todos, HELENA MONIZ, *O crime de falsificação de documentos*, p. 41 s; *idem*, *Comentário Conimbricense II*, Art. 256º, § 14 s e outra bibliografia aí convocada.

só facto ilícito. Na verdade, o sentido de esconder o cadáver tem pouco a ver, no caso, com a falta de respeito devido aos mortos (razão pela qual se incrimina, em geral, a conduta)<sup>456</sup>. Aproxima-se, sim, de um obstáculo erguido à administração da justiça — lembra o ilícito de favorecimento pessoal (art. 367º do CP), que não responsabiliza quem o comete em proveito próprio<sup>457</sup>.

Passando à análise do segundo caso proposto. O furto da pistola, apesar da imediata finalidade de tirar a vida a uma concreta pessoa, não se encontra abrangido, quanto ao seu significado, no sentido intrínseco do ilícito-típico do homicídio. Nem mesmo quando este assume a modalidade de matar com arma de fogo<sup>458</sup>. O facto de subtrair e apropriar coisa alheia não se esgota naquele singular caso de morte. Perdura para além dele. Nas consequências que acarreta para o legítimo detentor da coisa. E, com frequência<sup>459</sup>, noutro aspecto ainda: as utilidades da pistola passaram para a esfera de disponibilidade do agente e nela se mantêm intactas; *i.e.*, mesmo depois do disparo homicida, a arma não perde as suas características — continua a servir, a não ser que, por acto independente do de matar, o agente a queira destruir.

Vendo a questão de outro ângulo: a reafirmação da norma «não mates» não parece ter a virtualidade de acautelar também, na situação, novas ofensas ao bem jurídico coisa alheia. Ou seja: a prevenção de furtos exige, no caso, que se afirme com autonomia, além da proibição de matar, o preceito «não furtos».

Há, por conseguinte, dois sentidos de ilícito, dois «factos» criminalmente relevantes e não redutíveis um ao outro: o furto não se deixa absorver no homicídio. Em claro contraste com o que sucedia, recorde-se, na hipótese antes figurada do jarrão arremessado à cabeça de outrem para causar-

---

<sup>456</sup> Para uma análise deste tipo legal de crime, DAMIÃO DA CUNHA, *Comentário Conimbricense II*, Art. 254º, § 2 s.

<sup>457</sup> Veja-se A. MEDINA DE SEIÇA, *Comentário Conimbricense III*, Art. 367º, § 50-52.

<sup>458</sup> O ilícito contra a propriedade em que consiste o furto é ainda diferente de outro desvalor passível de ser considerado na hipótese: o da posse proibida de arma (previsto em lei avulsa), com o perigo típico que encerra. Não se cura, aqui e agora, deste segundo ilícito.

<sup>459</sup> Nem sempre, porque casos há em que o agente se desfaz da arma acto contínuo à execução do crime. O significado dessas hipóteses será referido adiante.

lhe a morte. Talvez a consideração deste caso paralelo, mas de diferente solução, possa projectar uma luz suplementar sobre o problema.

Recapitule-se. Mesmo considerando o «homicídio» na sua máxima abrangência, matar com um tiro não é (também) furtar uma pistola. Mas já pode sê-lo destruir uma porcelana da China, quando esta aparece como o instrumento mais à mão no momento da decisão homicida.

A diversidade dos casos não parece assentar na diferente natureza dos ilícitos de dano e de furto. No último priva-se o detentor da coisa da legítima possibilidade de continuar a gozar das suas utilidades<sup>460</sup>, passando outro, sem qualquer legitimidade, a poder fazê-lo. No dano impede-se, tanto o proprietário como as demais pessoas, de usufruir da coisa, pois deixa de servir para o que servia antes. Existem até hipóteses de furto seguido de destruição do objecto subtraído, a propósito das quais a doutrina dominante costuma falar de «facto posterior não-punível ou co-punido». Pune-se só o furto (ou pune-se o dano sancionando o furto), talvez por se entender que, uma vez desapropriada a coisa, já tanto monta que destino lhe reserva o ladrão<sup>461</sup>.

A chave da questão não parece encontrar-se, pois, nas consequências do facto para a vítima. E julga-se que tão-pouco há-de prevalecer o puro aspecto temporal, *i.e.*, o desfazamento entre a ocasião em que a arma é subtraída e o momento em que se dispara para matar; coisa que não ocorre no uso do jarrão como instrumento de morte. A explicação deve procurar-se, antes e como sempre, no núcleo pessoal-objectivo do comportamento do agente e do tipo de ilícito preponderante. Por que razão o sentido intrínseco do homicídio abarca o dano do jarrão e não o furto da pistola?

---

<sup>460</sup> Esta frase é devedora da concepção de FARIA COSTA (*Comentário Conimbricense II*, Art. 203º, § 21 s) sobre o bem jurídico protegido pelo crime de furto.

<sup>461</sup> No caso de furto seguido de destruição da coisa, vê-se habitualmente o dano como «facto posterior não punido», punindo-se apenas o furto. Porém, do ponto de vista da protecção de bens jurídicos, talvez a solução inversa seja mais consistente: punir o dano, por considerar o furto pertencente ao significado intrínseco do primeiro. Afinal, com o dano acaba, para o proprietário furtado, a esperança de reaver a coisa; com o dano, a própria coisa perde, além disso, a possibilidade de voltar a ser socialmente útil. Não se entrará nesta discussão, mas tende-se a considerar mais acertada a última das posições.

Para responder à pergunta, mude-se, ainda uma vez, a hipótese de trabalho. Imagine-se que *A*, técnico de um laboratório farmacêutico, decide dar a morte a *B*, utilizando para tal uma substância química, rara e de alto preço, empregada como reagente em determinadas operações, mas que tem, quando ingerida em certa quantidade, efeito letal. Furta então, da empresa, essa exacta porção, que mistura no café de *B*, provocando-lhe a morte.

O agente apropriou-se, sem dúvida, de coisa alheia (de elevado preço). Usou-a como instrumento do homicídio e, do mesmo passo, tornou-a não (re)utilizável. À pergunta pela unidade ou pluralidade de ilícitos-típicos contida nesta hipótese, responder-se-á que o significado penalmente dominante — o de matar outra pessoa — parece abranger quaisquer outros. Na verdade, deixa de fazer sentido procurar prevenir, por separado, furtos de químicos inteiramente destinados à conduta de matar alguém. Porventura o desvalor da acção cometida atirará o concreto homicídio para o domínio da qualificação — dado o carácter insidioso do meio (art. 132º, nº 2, i). Tal não resultará, contudo, da circunstância de esse meio provir de um furto anterior.

Repare-se. A substância subtraída opera simplesmente como parte intrínseca da acção de matar *B*. Nada no concreto furto ‘sobrevive’ ao homicídio. Afinal, a coisa furtada foi destruída — como o jarrão — na sua ‘aplicação homicida’. O furto dissolveu-se no dano, tal como este no acto de causar a morte de *B*. Ainda aí, como nos casos de dano considerados antes, apesar de o proprietário se ver privado do seu objecto ou do preço dele, a função preventiva da norma que proíbe matar protege, para o futuro, quer a vida, quer a conservação do objecto exclusivamente destinado àquela acção homicida.

Deve notar-se que falar de destino exclusivo — acaba de escrever-se «exclusivamente destinado» — da coisa não quer significar apenas o fim para o qual o agente a queria, a intenção deste ao furtá-la. Significa sobretudo que o próprio uso objectivo da coisa se esgota no acto de matar. Afinal, alude-se, como sempre, ao sentido pessoal-*objectivo* da conduta.

Em definitivo: o furto de uma coisa para ser destruída, quando essa destruição se confunde, afinal, com o próprio acto de matar não carece de valoração jurídico-penal autónoma. Na realidade — insiste-se — não há furto porque há dano; mas tão-pouco há dano, dado que este mais não representa do que o núcleo do concreto homicídio, a sua peculiar forma de execução.

Furto ou dano pertencem pois, sem resto, ao significado intrínseco desse «facto». Vendo as coisas da perspectiva complementar: o tipo de ilícito do homicídio contempla todas as necessidades de prevenção de futuras ofensas a bens jurídicos resultantes do caso. Deste não nasce, por conseguinte, qualquer exigência acrescida de convocar outros tipos. E isto, sublinhe-se, ainda que entre a subtracção do reagente e a hora de o dissolver na bebida da vítima decorra um considerável lapso de tempo.

Diferentes seriam as coisas se *A* subtraísse do laboratório uma quantidade de substância química que ultrapassasse a dose letal empregada no homicídio de *B*. Com certeza o significado pessoal-objectivo do facto não corresponderia sem mais ao da norma que proíbe matar. O caso possuiria dois sentidos de desvalor criminalmente relevantes. Homicídio e furto, homicídio e dano, consoante o agente se limitasse a conservar o produto para posteriores e indefinidas utilizações, ou viesse a destruí-lo.

Constitui, aliás, caso paralelo ao inicial: o do furto da pistola para matar outra pessoa. Neste, as utilidades da coisa furtada tão-pouco se esgotam no acto de dar a morte a outrem; a arma continua apta para novas funções. Homicídio e furto, portanto. E se o sujeito, depois do tiro fatal, inutilizar a pistola, tal dano já não se integra no significado intrínseco do acto de matar e da norma que o define. É sempre um facto novo, com sentido autónomo. Uma hipótese, agora, de homicídio e dano<sup>462</sup>.

Vem a propósito repisar que não basta — para fundar a unidade de sentido de ilícito do comportamento, para reconhecer um só núcleo pessoal-

---

<sup>462</sup> Utiliza-se, neste caso, o critério que, na nota anterior, foi considerado como porventura mais congruente: será o dano da coisa a abranger o furto anterior da mesma.

objectivo de antijuridicidade — que um dos factos se cometa como meio para perpetrar outro. Nos casos por último descritos, continua a estar-se perante um concurso, uma vez que se torna necessária a reafirmação separada das proibições de furtar ou de danificar, ao lado da aplicação da norma que pretende prevenir novos homicídios.

Concluindo: o significado intrínseco do tipo de ilícito preponderante — o do homicídio — abrange, sem resto, a inteira actuação de um mesmo agente, sempre que, em concreto, o sentido jurídico-penal desta, apreciada no seu todo, não exija — considerada a natureza prospectiva da norma de determinação criminal — a selecção de outros tipos (ainda que, formalmente, o caso possa preencher alguns deles). Não por a convocação destes pôr em causa o chamado «ne bis in idem substantivo». A verdadeira razão da unidade de facto ilícito é anterior a essa máxima e dela independente: se o significado pessoal-objectivo de uma conduta corresponde ao significado pessoal-objectivo de um tipo de ilícito, torna-se ilegítimo, por desnecessário, o chamamento ao caso de qualquer outro preceito incriminador.

O que acaba de afirmar-se não se limita, naturalmente, aos tipos envolvidos nas hipóteses analisadas em texto. Constitui o critério que ilumina quaisquer outros casos de sentido paralelo. Sentido, significado pessoal-objectivo: porque é disso que se trata no plano do ilícito penal; não de estrutura das normas.

### ***2.5. «Significado intrínseco do tipo de ilícito» também nas hipóteses de qualificação e privilegiamento***

Para o fim desta enumeração deixaram-se as hipóteses mais previsíveis. As que dizem respeito a crimes simples, qualificados e privilegiados, que a doutrina do concurso aparente costuma resolver através da relação de especialidade entre normas. Já atrás<sup>463</sup> se deixou entrever a aplicação a tais

---

<sup>463</sup> Veja-se, *supra*, III. 2.



casos da nova perspectiva do concurso que esta tese apresenta. Trata-se agora de a confirmar.

O critério da pertença ao significado intrínseco do tipo de ilícito serve, com certeza, para afirmar a unidade de um facto de homicídio qualificado: não importa tanto a estrutura do tipo de ilícito, mas sim o *sentido* da incriminação. Esta refere-se à actuação dolosa de quem mata em circunstâncias que agravam o desvalor característico do homicídio simples. Toda a antijuridicidade penal deste último, *rectius*, do caso em apreço está, por isso, contida no homicídio qualificado. Assim sendo — e considerando agora o carácter preventivo da norma de determinação criminal —, que mais poderia acautelar o homicídio simples que não se encontre já protegido através do qualificado?

As coisas invertem-se, de determinado ponto de vista, quando o facto apresentar um sentido privilegiado por referência ao homicídio do art. 131º do CP. Volte-se ao exemplo de um homicídio a pedido da vítima. Não poderá afirmar-se, desta vez, que o homicídio simples (*lex generalis*) está contido no tipo do art. 134º do CP (*lex specialis*). Pelo contrário — e de um estrito prisma da intensidade do desvalor de cada um —, é o último que se insere no primeiro.

Nada disso importa, porém, quando a perspectiva adoptada se afasta da tradicional relação entre normas e lhe interessa tão-só saber se o caso em análise pertence ou não, por inteiro, ao significado intrínseco do tipo de ilícito privilegiado (aquele que prepondera e deve convocar-se de início). A resposta é afirmativa. E pode reiterar-se — tal como atrás, a propósito do homicídio agravado — que esta nova hipótese repudia também a convocação do homicídio simples. Não por duplicar a mesmíssima ‘porção’ de ilícito já contida no tipo qualificado. Mas por imputar à conduta do sujeito um acréscimo de desvalor criminal que, na realidade, não foi cometido.

O facto «homicídio a pedido da vítima» possui uma unidade de sentido completa em si mesma. Numa escala de gravidade crescente das modalidades de dar morte a alguém, este ilícito-típico ocupa um lugar inferior ao do homicídio fundamental. E nessa acepção poderá dizer-se que está contido no

último. Nunca, porém, que pertence ao seu sentido intrínseco, ao protótipo do ilícito previsto no art. 131º do CP.

Na verdade, o *conceito* de homicídio significa sempre o mesmo: a actuação pela qual alguém tira a vida a outra pessoa. Distingue a morte por causa natural da morte imputável à conduta de um sujeito. Ou, em termos estritamente jurídico-penais, indica um desvalor de acção — doloso ou negligente — que contém já, em potência, o resultado desvalioso «morte». E este conceito está presente em qualquer das modalidades de homicídio previstas na Parte Especial do Código. Não poderia ser de outro modo.

Porém, o que pretende alcançar-se, em direito, não são afirmações certas, próprias da lógica formal; nem silogismos teoricamente válidos. Interessam critérios que se legitimem, em última análise, pela justeza da valoração que proporcionam e das consequências que ela acarreta.

Assim, se é verdade que o conceito geral de homicídio integra cada uma das espécies do mesmo, já o não será que o conteúdo (pessoal-objectivo) de ilícito do art. 131º do CP faça parte de todas as modalidades típicas de dar morte a alguém. Pode considerar-se que está dentro do homicídio qualificado, mas já não de qualquer dos outros. Dito com toda a clareza: o chamado homicídio simples — utilizado pelo legislador como padrão a partir do qual forma tipos qualificados ou privilegiados — constitui, ele próprio, uma modalidade típica de homicídio, diferente das demais.

Em suma: o critério jurídico-penal que deve presidir à individuação dos ilícitos-típicos — e, do mesmo passo, à resolução do problema do concurso — pode enunciar-se como segue. Há unidade de ilícito — *i.e.*, não haverá concurso de ilícitos e tão-pouco de crimes — quando o sentido do caso protagonizado por um só sujeito corresponda sem resto ao sentido intrínseco de um só tipo de ilícito. O que equivale a dizer: dar-se-á um só ilícito-típico quando a norma de determinação que prepondere no caso previna ainda, suficientemente, novas ofensas a qualquer dos bens jurídicos atingidos. Ou seja, quando a eficácia prospectiva da norma de determinação que prepondere no

caso se mostre capaz de evitar, em circunstâncias similares, novas ofensas aos bens jurídicos lesados.

## **VII. O «concurso de ilícitos» e os critérios tradicionais do chamado «concurso aparente».**

### ***1. Colocação do problema***

A construção tradicional do chamado concurso aparente obedece a uma clara preocupação: a de evitar violações do princípio *ne bis in idem*, na sua vertente substantiva. Dada a metodologia que adopta, tais violações ocorreriam, sem dúvida, com muita frequência.

Nesse contexto — a que o presente estudo, como se mostrou, é alheio —, as relações entre normas que resolvem o problema são as mesmas que o revelam<sup>464</sup>. Quer dizer: sabe-se que se está perante um concurso aparente quando os tipos legais que o caso preenche se encontram uns para com os outros em relação de especialidade, subsidiariedade ou consunção (ou ainda alternatividade, para alguns). E são precisamente a especialidade, a subsidiariedade ou a consunção que ditam a aplicação exclusiva da norma especial, primária ou que consome. Exclusiva e, por isso, excludente de qualquer outra, neste preciso sentido: utilizar mais algum preceito implicaria valorar duas vezes a conduta em apreço, ao menos parte dela.

A perspectiva em causa foi já criticamente apreciada. Ficou dito que a questão do concurso não se identifica com um problema de relações entre tipos legais de crime. E também que o critério apto para separar o uno do múltiplo em direito penal não se analisa em duas vertentes, uma lógica e outra valorativa. Tornou-se ainda claro que não é o tipo preponderante que chama outros afins, mas o caso concreto que pode ter necessidade de seleccionar mais de um tipo de ilícito. Por tudo isso, talvez cause alguma estranheza que agora, depois de apresentada uma proposta que prescinde do concurso aparente e das suas categorias, se volte ao tema. A explicação é simples. Precisamente quando se

---

<sup>464</sup> Cfr. GARCÍA ALBERO, "*Non bis in idem*" material, p. 224-225.

caminha para o final da argumentação, importa mostrar, de um modo sistemático, que as relações tradicionais apresentam limitações e, sobretudo, que os acertos a que também conduzem têm subjacente o critério dogmático-material aqui proposto.

Recorde-se que, na perspectiva do «concurso de ilícitos», não há lugar para o chamado «concurso aparente». Se o caso precisar de convocar dois ou mais tipos de ilícito, para que o seu conteúdo penalmente relevante encontre a valoração adequada, estar-se-á em face de um concurso, em sentido próprio. Se, pelo contrário, a concreta hipótese em apreço pertencer por inteiro ao significado intrínseco do tipo de ilícito que mais de perto a agarra, o *facto* será um só e jamais poderá converter-se num concurso de crimes.

O critério que distingue as duas situações não é diferente do que se utiliza para individuar — no trabalho sempre recomeçado da jurisdição penal — unidades de sentido que apresentem o desvalor próprio do direito sancionatório de *ultima ratio*. Como bem se compreende, tarefa principal do juiz em matéria de crime residirá em destrinçar, nesse foro, as condutas relevantes daquelas que o não são: o facto ilícito do facto lícito ou indiferente, o comportamento que nega a norma daquele que a deixa ileso (ainda que pareça contrariá-la). Com a morosidade e a diversidade de valorações que tal exercício leva consigo.

Afinal, a análise necessária para fixar o carácter ilícito (ou não) de um comportamento é a mesma que permite descobrir se esse comportamento há-de censurar-se uma só ou mais vezes, *i.e.*, por uma única razão ou por várias. Daí que não interesse examinar se umas normas incriminadoras se incluem nas outras ou não, se porventura existem elementos constitutivos comuns. Importa, sim, atender a todos os passos da dogmática própria do plano da ilicitude. Também àquele que procura saber se alguma das circunstâncias que rodeiam a conduta típica afasta do seu presumível desvalor, justificando-a.

Como se vê, um trabalho que dista — e muito — da procura abstracta de conexões entre tipos legais de crime. Porque o que se relaciona em abstracto

pode não relacionar-se em concreto — é este, aliás, o problema da consunção, o motivo pelo qual os seus adeptos afirmam que se torna necessário verificá-la *in casu*; apenas por isso e não porque possuam um critério do concurso que parta do caso para a norma. Por outro lado — complete-se o raciocínio — o que se relaciona em concreto pode não relacionar-se em abstracto; e, nessa medida, tais hipóteses de unidade de ilícito escapariam à aplicação das categorias tradicionais.

Não se trata, pois, de vir à prática comprovar se a eventual conexão entre tipos, que em abstracto se detecta (relações de interferência, em termos lógicos), acontece na realidade do caso, *i.e.*, se este se situa, ou não, na zona de intercepção típica definida. Mas sim, procedimento bem diferente, de vir à prática saber se o concreto comportamento apresenta alguma conexão relevante com as normas incriminadoras. Se com uma, se com várias, se com nenhuma. O mesmo é dizer: será o caso a seleccionar a norma ou normas necessárias para qualificar correctamente o seu conteúdo pessoal-objectivo de antijuridicidade. Interessa então verificar, não já se as normas incriminadoras se incluem umas nas outras, mas se o sentido de antijuridicidade do caso corresponde ao sentido de uma, de outra ou de ambas.

Isto posto — e antes de considerar, em particular, cada uma das categorias tradicionais do chamado concurso aparente —, convém deixar constância de duas notas que caracterizam este inteiro domínio. De um lado, a confusão terminológica. De outro, a instabilidade na própria definição de cada categoria — especialidade, subsidiariedade, consunção — e, como consequência, na distribuição por elas dos casos paradigmáticos. O texto que segue mostrar-se-á elucidativo também nestes pontos.

## ***2. A especialidade. O problema do critério lógico e a descoberta do critério normativo***

O estudo pioneiro de Ulrich Klug, sempre citado a propósito das relações lógicas que subjazem às categorias do «concurso aparente» tradicional, identifica a subordinação (inclusão) e a interferência (intersecção ou cruzamento) como as únicas que interessam ao problema. A norma *A* é subordinada em relação a outra, *B*, quando todos os casos de *A* são também casos de *B*, mas nem todos os casos de *B* o são igualmente de *A*. E dá-se uma relação de interferência quando pelo menos um objecto de *C* é também abarcado por *D* e, pelo menos, um objecto de *C* não é abarcado por *D*. E vice-versa<sup>465</sup>.

Na base da especialidade, diz, está uma relação lógico-conceptual de subordinação ou inclusão. As categorias da subsidiariedade e da consunção assentam na relação de interferência ou intersecção. As últimas serão consideradas em momento ulterior deste estudo.

Talvez por se tratar de uma categoria assente em critério lógico universal e pertencente à teoria geral do direito, a *especialidade* — e o seu efeito próprio: *lex specialis derogat legi generali* — está presente em qualquer das construções do chamado «concurso de normas». Abrange, para doutrina e jurisprudência, um núcleo duro de constelações — resultantes da técnica legislativa da qualificação e do privilegiamento, a partir do tipo simples. Fora desse núcleo, porém, a categoria da especialidade varia quanto ao seu âmbito<sup>466</sup>, dependendo do pendor definitório de cada autor — mais unido à pura lógica

---

<sup>465</sup> KLUG, *Problemas de la filosofía y de la pragmática del derecho*, p. 60 s. Conclui (p. 72) que «um conceito jurídico-penal — como o do concurso de normas — não pode obter-se exclusivamente com os meios da análise lógico-conceptual. [...] é preciso levar em conta o aspecto teleológico». E vice-versa.

<sup>466</sup> Já se explicou que Ingeborg Puppe, por exemplo, reduz o concurso aparente à especialidade e fá-lo na exacta medida em que, sem ela — sempre segundo a autora alemã —, os tipos privilegiados jamais se aplicariam. Convém compreender esta ideia no conjunto da doutrina do concurso (sobretudo, do concurso ideal) de Puppe. Ver, *supra*, Cap. V da Parte Primeira.

conceptual ou admitindo também relações deste tipo entre normas formalmente distintas<sup>467</sup>.

Dá-se uma relação de especialidade entre normas — é esta a definição mais comum na doutrina —, quando uma delas contém todos os elementos de outra e, pelo menos, mais um (ou a concretização de um deles). Trata-se de uma delimitação estrutural, centrada na análise do enunciado de cada preceito.

Abordando a questão de outro ângulo, dir-se-á — continuando a explicar a doutrina dominante — que a realização do tipo especial vai necessariamente unida à realização do tipo geral. Não se pode, *v.g.*, matar de um modo que revele especial censurabilidade sem matar, simplesmente. E o mesmo acontece com uma forma menos censurável de o fazer. Por isso, aplicar o preceito geral ao lado do especial importará sempre uma violação do *ne bis in idem* substantivo (ou da proibição da dupla-valorização, para a qual alguns autores consideram mais correcto apelar).

Note-se, ainda, que o elemento que diferencia a norma especial da geral pode, assim o admitem os defensores do «concurso aparente», situar-se tão-só no plano dogmático da culpa. E aqui reaparece a tantas vezes referida relegação do problema concursal para as chamadas «formas especiais de surgimento da infracção».

Ao longo das páginas do presente estudo, à medida que se ia perfilando um modo diferente de entender o concurso em direito penal, várias vezes a

---

<sup>467</sup> Welzel, *v.g.*, admite como forma de especialidade, a relação que se dá entre tipos formalmente distintos entre si, mas em que a ideia base de um está concretizada noutra, que assim se torna uma forma especial dela. Chama a esta relação «especialidade da ideia base» e ilustra-a com a tirada de presos (tipo especial) por referência ao favorecimento pessoal (tipo geral); *cfr.* WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, p. 234. Por outro lado, uma parte da doutrina italiana, talvez motivada pelo teor do art. 15 do *Codice penale*, tende a assimilar à categoria da especialidade toda e qualquer relação entre normas, também aquelas que a doutrina tradicional reconduz às figuras da subsidiariedade e/ou da consunção; ver, por todos, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. PG*, p. 141 s; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, p. 472 s. Por vezes constroem várias modalidades de especialidade, como por exemplo especialidade só em abstracto e especialidade recíproca; veja-se, G. DE FRANCESCO, «Concorso apparente di norme», *DigDP II*, p. 417 s. No contexto de um diferente enquadramento teórico, JAKOBS, *Strafrecht. AT.*, p. 865 s considera que a única *forma* do concurso aparente é a especialidade. O resto são motivos materiais de primazia da norma especial relativamente à geral.

categoria da especialidade funcionou como contraponto argumentativo. Não apenas por parecer apresentar um critério puramente abstracto-conceptual — sem espaço para considerações concretas e de valor —, mas também por não levar até ao fim a sua própria lógica.

Na verdade, contra todas as expectativas de certeza — de automatismo, até — que caracterizam um padrão decisório de natureza estrutural, assistiu-se com frequência a desvios dogmáticos. Lembrem-se os problemas de justiça material que obrigaram à ‘invenção’ do chamado *Wiederaufleben* («ressurgimento da norma preterida») e, depois, à postergação da mesma em todos os casos de privilegiamento<sup>468</sup>. Explicitando: não teria sentido fazer reviver o tipo geral sempre que, por razões processuais ou outras, o tipo privilegiado primeiramente escolhido se mostrasse afinal não aplicável. E considerações semelhantes devem tecer-se a propósito de questões como a dos «efeitos residuais da norma afastada» e a de certos erros sobre a pessoa ou o objecto<sup>469</sup>.

Em qualquer dos casos, a crítica feita não visava (normalmente) a solução por fim encontrada. Dirigia-se, sim, ao procedimento dogmático utilizado: retorcido e, sobretudo, alheio ao critério que caracteriza a especialidade. Contraditório, até, com ele.

Em suma: a própria doutrina da especialidade reconhece o choque entre o resultado a que chega através do simples desenrolar da sua lógica interna e as exigências mínimas de justiça material do caso. Dizendo-o com clareza: as regras da especialidade só levam a soluções aceitáveis se, ao arrepio do seu método peculiar — de corte lógico-conceptual —, recorrerem a considerações de conteúdo de ilícito, de sentido do concreto caso e da incriminação que este convoca.

Afinal, a verdadeira pedra de toque da unidade ou pluralidade criminosas não assenta tanto na estrutura dos tipos quanto no significado intrínseco do preceito preponderante no caso. Como se terá reparado, não é

---

<sup>468</sup> Ver *supra*, IV. 1.3. b).

<sup>469</sup> Ver *supra*, IV. 1.3. c) e d).



outro o critério que a doutrina do «concurso de ilícitos», aqui defendida, propõe.

Não se ignora que a relação de especialidade deve grande parte do seu atractivo ao facto de possuir um critério certo e inequívoco, assim como à circunstância de permitir que um tipo menos gravoso (porque privilegiado) prevaleça sobre outro mais forte (o geral), também formalmente aplicável. E ostenta ainda — porque não dizê-lo? — a virtude de chamar a norma que mais de perto agarra o conteúdo do facto: o preceito especial é sempre mais concreto do que o geral, uma vez que se define, em a relação a ele, por um elemento adicional.

Porém, nenhuma destas aparentes vantagens o é em definitivo e nenhuma lhe pertence em exclusividade. Melhor dizendo: a única vantagem que eventualmente lhe daria preferência sobre o critério aqui apontado revela-se ilusória. Com efeito, a certeza ‘matemática’ da regra da especialidade aponta, como se viu, para soluções que os seus próprios adeptos consideram indefensáveis. E que acabam, como se mostrou também, por corrigir. Apelando — repare-se — para considerações materiais semelhantes àquelas que, sem entorses e como primeira escolha, norteiam o padrão decisório apresentado neste estudo.

Tal padrão — que talvez possa considerar-se como critério «dogmático-material» do concurso (de ilícitos) — mais não pretende do que devolver o problema da unidade e pluralidade de infracções ao plano e ao procedimento analítico da antijuridicidade penal. Ora, dentro de um direito criminal do facto e nos quadros dogmáticos do ilícito pessoal aqui seguidos, uma conduta típica corresponde a um singular conteúdo pessoal-objectivo de contrariedade a uma norma de determinação criminal.

Para a individuar torna-se, pois, necessário que o juiz seleccione o tipo de ilícito que prepondera no caso, para a seguir verificar se o sentido intrínseco desse mesmo preceito abarca suficientemente o inteiro significado criminal do comportamento a julgar; ou se, pelo contrário, este exige que outro ou outros

tipos sejam convocados, em ordem a satisfazer conteúdos de desvalor que reclamem, sempre em concreto, uma consideração suplementar, autónoma.

Por diferentes palavras: a *fixação* da norma que o caso chama não obedece a uma primeira intuição. Chegará, antes, como fruto do labor dogmático próprio da categoria da ilicitude. Assim sendo, o intérprete há-de procurar a efectiva correspondência entre o sentido do caso e o sentido da norma, também através de um correcto juízo de imputação do facto ao agente e a que título (doloso ou negligente), da indagação de possíveis fundamentos justificativos, da ocorrência de algum erro que possa excluir o dolo, da forma tentada ou consumada da infracção, etc.

Como resulta do que vem de recapitular-se, o critério que se defende confirma os casos em que a estrita regra da especialidade ‘acerta’, quer dizer, conduz a soluções concordes com a justiça material. E — é este o ponto de contraste — resolve, ele sim, sem contradições dogmáticas, os casos em que o puro funcionamento da especialidade lógico-conceptual falha.

Ilustram a primeira asserção as hipóteses de simples prevalência do tipo qualificado sobre o fundamental. Tanto a perspectiva da relação estrutural de inclusão, como o critério da pertença do conteúdo do ilícito simples ao significado intrínseco do tipo qualificado, coincidem na solução de não concurso, *i.e.*, na afirmação de um único tipo de ilícito: o mais grave<sup>470</sup>.

Com frequência, porém, casos de privilegiamento obrigam o automatismo lógico da especialidade a deter-se e a trilhar caminhos valorativos. Recorde-se o problema do *Wiederaufleben* do tipo preterido (o geral), quando a norma especial encontra um obstáculo processual à sua aplicação. Ou o do erro sobre o elemento que privilegia o *Tatbestand*. Não pode solucionar-se qualquer destas questões apelando de novo para a norma geral, apesar de, *logicamente*, o recurso a ela parecer devido. É que recorrer a tal incriminação conduziria a

---

<sup>470</sup> Convém não esquecer que se comparam meras soluções, prescindindo neste momento de todas as considerações repetidamente levadas a cabo sobre a não conveniência de abordar o assunto do concurso de uma perspectiva abstracta, como relação entre tipos de garantia formalmente preenchidos pelo caso.

uma decisão absurda. Materialmente absurda. E, contudo, não é verdade que, na linha de argumentação que se comenta, quando o elemento ‘especializante’ deixa de poder aplicar-se, permanece aplicável o tipo geral? Não se define este último por possuir todos os elementos do especial, menos, precisamente, aquele que marca a diferença específica entre ambos? E, todavia, o tipo legal simples não ressurgue, quando a primeira escolha tiver recaído sobre um tipo privilegiado.

O mesmo é dizer: a categoria em apreço vê-se obrigada a reconhecer que, de um ponto de vista material — aquele que, em definitivo, preside às valorações jurídico-penais —, as hipóteses de qualificação e de privilegiamento pouco têm em comum. Quanto ao sentido, ao conteúdo, apresentam-se aliás opostas, como bem se compreende. Por isso, encaradas as coisas no plano substancial, a proposição lógica que assegura estar o enunciado geral *sempre* contido no especial não procede. Mostra-se, sem sombra de dúvida, equivocada.

A decisiva vantagem do critério defendido no presente estudo reside, pois, em que procura *sempre* o significado ilícito do caso concreto, sem se ocupar de o ‘adiantar’, através do eventual relacionamento abstracto que o tipo convocado possa apresentar com outro ou outros. Só um raciocínio dessa natureza serve, só ele se adequa à peculiar índole da questão a tratar.

E é possível concluir mais. Viu-se que, para saber se a solução que a especialidade oferece se mostra ou não correcta, deve-se compará-la com aquela a que chegaria um critério especificamente jurídico-penal. É este, por conseguinte, que prova o acerto da decisão. Ora, se assim se apresentam as coisas, se a palavra decisiva procede do argumento material, então a regra da especialidade torna-se pouco fiável em direito penal. Na medida em que oculta o verdadeiro e definitivo critério — o material —, tal categoria engana, induz em erro.

Uma das situações em que a relação de especialidade deixa de funcionar — indicando a norma que prevalece —, quando o conteúdo de ilícito do caso

aponta simultaneamente para a qualificação e para o privilegiamento<sup>471</sup>. Considere-se a seguinte hipótese: *A* mata *B*, sua mãe, a pedido desta. De acordo com a doutrina tradicional do «concurso aparente», fica apenas a saber-se que não deve aplicar-se a norma geral, a do homicídio simples. Mas o caso selecciona dois preceitos que, embora especiais por referência ao tipo fundamental, não se apresentam, entre si, em relação de inclusão. Nada resultará, pois, do recurso aos critérios lógicos, a não ser a evidência de que os tipos sobrantes se intersectam. O que por si só não orienta o intérprete para qualquer deles.

Ainda uma vez, a situação reclama um argumento material, uma decisão baseada no concreto sentido de antijuridicidade da conduta do agente; de acordo com a perspectiva da tese, assente na pergunta pela «culpa do homem médio».

O que o agente quis fazer, transposto para a cabeça do homem médio, corresponde sem dúvida ao conteúdo pessoal-objectivo do art. 134º do CP (homicídio a pedido da vítima). A actuação traduz uma voluntária aquiescência do sujeito ao pedido sério e instante da vítima. É essa a finalidade objectiva do concreto acto de matar: o filho tira a vida à mãe porque esta lho pediu. A iniciativa não provém dele, mas da última.

O significado preponderante do caso está encontrado. Mas existirá algum elemento que extravase do âmbito de protecção do tipo de ilícito «homicídio a pedido da vítima»? A dúvida surge da ponderação da relação pessoal, familiar (por excelência), que une mãe e filho. O direito penal reprova com maior veemência um ‘parricídio’ (art. 132º, nº 1 e 2 a). E, todavia, terá o facto também esse sentido?

Estaria deslocado, neste contexto, entrar a fundo na controvérsia ligada à natureza dogmática da qualificação do homicídio. Discute-se se o desvalor acrescido provirá de uma maior gravidade do ilícito, ou ficará a dever-se apenas a um aumento da culpa. Dir-se-á tão-só que, partindo da compreensão

---

<sup>471</sup> Para duas normas especiais, em geral. Algo semelhante poderia dizer-se de casos que preenchessem duas normas privilegiadas ou duas qualificadas. Desde que, obviamente, uma delas não fosse, por sua vez, especial em relação à outra.

do ilícito penal como «culpa do homem médio», se torna mais congruente defender a primeira tese. Matar dolosamente a própria mãe constitui um *facto* — um conteúdo pessoal-objectivo de antijuridicidade — *em si mesmo* mais perverso, mais censurável do que tirar a vida a um estranho.

Contudo, e como está bem de ver, esta apreciação não tem o seu fundamento num mero confronto genético entre autor e vítima. O desvalor objectivo de uma conduta não se alcança através da pura certificação fáctica de que nela se realizam todos os elementos constantes da descrição legal. É preciso que o sentido do caso corresponda ao da norma de determinação. Aliás, toda a construção do tipo legal do art. 132º — a relação entre o nº 1 (razão pela qual se qualifica/ critério da agravação) e o nº 2 («exemplos-padrão» que lhe concretizam o sentido/ «exemplos-padrão» que o concretizam) — reforçaria, se preciso fosse, a necessidade de procurar esclarecer (sempre, sem excepção) o núcleo significativo de todo e qualquer comando, o mesmo é dizer, o âmbito da proibição em causa. E, como se vem sublinhando, essa tarefa começa e recomeça em cada caso.

Regressando ao exemplo do filho que matou a mãe a pedido desta e interrogando, a partir dele, a norma do homicídio qualificado, depara-se com uma hipótese de discrepância de conteúdos. Procura-se — não é demais recordar — saber se a conduta em causa, além de pertencer ao tipo de ilícito do homicídio a pedido da vítima, pertence também ao do homicídio qualificado.

Nunca poderia ignorar-se que existe um pedido, que uma vontade de morrer precede e determina a vontade de dar a morte. E tão-pouco que o legislador não quer deixar impune tal *facto*, embora vinque a sua menor gravidade, por referência a um atentado contra a vida de quem pretende continuar a viver. Não porque a existência da pessoa que faz semelhante pedido valha menos do que outra qualquer. Antes porque, nesses casos, a morte se fica a dever, em maior medida, à autodeterminação de quem morre do que à liberdade de quem acede a matar.

Visto do directo ângulo do agente (nas vestes de homem-médio, pois o juízo é de ilícito): o comportamento deste não manifesta o desprezo pelo bem

jurídico vida característico do homicídio doloso. Bem poderia dizer-se que mata ‘coagido’ pela súplica de outrem. Sabendo embora que não deveria fazê-lo. Podendo embora resistir-lhe. Por isso se trata de uma culpa (do homem médio) diminuída.

Ora, todas estas considerações se mantêm quando a pessoa que quer morrer dirige ao próprio filho o seu pedido. O agente/filho continua a ser alguém que mata por obediência (indevida) à vontade da vítima/mãe. Talvez o vínculo de proximidade que os une possa até, de uma certa perspectiva, facilitar o acto de implorar e tornar mais difícil persistir em ignorá-lo. Mas ainda que assim não aconteça, o que os laços de filiação *não* traduzem, nestes casos, é um homicídio especialmente desvalioso; uma acção de matar que corresponda à perversidade ou à censurabilidade contempladas no tipo de ilícito do art. 132º do CP.

Em definitivo: o conteúdo pessoal-objectivo de antijuridicidade presente na conduta analisada insere-se no sentido ou âmbito de protecção do homicídio a pedido da vítima. Não sai fora dele. Para bem solucionar o caso não se requer qualquer outra norma de determinação penal.

Note-se que o episódio dispensa até o recurso ao critério da pertença de um tipo ao significado intrínseco do preponderante. O conteúdo do homicídio qualificado não pertence ao do homicídio a pedido da vítima. A unidade do ilícito acontece pela mais simples das razões: porque o sentido do próprio facto não corresponde sequer ao conteúdo material do primeiro dos preceitos. A dúvida de qualificação que o elemento «mãe» poderia suscitar resolve-se — pela negativa — no confronto imediato entre caso e norma, entre o caso e o art. 132º do Código<sup>472</sup>.

E volta a ideia que preside a toda a secção: a categoria da especialidade não dá resposta ao derradeiro problema apresentado, como a não dá a outros. Verdadeiras soluções não podem ligar-se a uma regra formal. Na prática

---

<sup>472</sup> O ponto a sublinhar é o seguinte: ainda que inexistisse o tipo de ilícito «homicídio a pedido da vítima», o facto reportado continuaria a não pertencer ao sentido do homicídio agravado.

jurídica, o critério definitivo, o que vale, o que valida ou não qualquer outro, só pode revestir uma índole material.

Repisando: o critério proposto pela doutrina do «concurso de ilícitos» assenta sobre o concreto sentido pessoal-objectivo (=sentido de ilícito) do caso e da norma. Precisamente por isso — *i.e.*, por não estar amarrado a questões estruturais nem a afinidades abstractas que pré-determinam soluções —, possui a flexibilidade exigida pela actividade de valoração criminal do actuar humano. O referido critério não substantiva os padrões decisórios que os tipos representam, ao mesmo tempo que os aplica com o rigor pedido por um direito penal do facto e de protecção subsidiária de bens jurídicos. Fá-lo, aliás, na exacta medida das necessidades de prevenção que derivam do concreto facto.

E deve acrescentar-se uma consideração não despicienda. Com efeito, a via encontrada, qual seja a de verificar se a hipótese pertence ou não, por inteiro, ao aludido sentido nuclear do tipo de ilícito em causa — qualificado, privilegiado, ou simples, tanto monta — serve todas as constelações de casos. Não apenas aquela que a doutrina tradicional apelida de especialidade, mas igualmente as outras, que denomina de «subsidiariedade» e «consunção».

### ***3. A subsidiariedade expressa. Uma interpretação consonante com o sentido de ilícito do caso***

Segundo o modo tradicional de entender as coisas, chama-se «subsidiariedade expressa» àquela categoria que engloba casos de «concurso aparente» *criados* pelo próprio legislador<sup>473</sup>. Nesta perspectiva, nasce uma relação de «subsidiariedade expressa» entre normas sempre que a lei, depois de definir a moldura penal correspondente a uma conduta típica, acrescenta a locução «se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição

---

<sup>473</sup> Assim a entende a quase totalidade da doutrina. Cfr., por todos, ROXIN, *Strafrecht* II, § 33, Rn. 190-198, em especial 191; HOCHMAYR, *Subsidiarität und Konsumtion*, p. 18 s.

legal»<sup>474</sup>. Esta «outra disposição legal» constitui, como está bem de ver, o segundo termo da relação.

À primeira vista, a condição introduzida pela lei é clara. Aplica-se aquela norma incriminadora e a sua respectiva sanção quando — e só quando — à conduta do agente *não* corresponder incriminação mais gravosa. Daí a qualificação de subsidiária. Como se o legislador avisasse: a tipificação deste comportamento serve apenas o propósito de que o mesmo não fique impune, nas hipóteses em que não for abrangido por outro tipo de maior gravidade.

Curiosamente, na esmagadora maioria dos casos, a lei não indica qual é a «outra disposição legal» em que pensa. Sabe-se apenas que há-de prever uma consequência jurídica mais grave. E pode acontecer que exista um número plural dessas disposições. E que prevejam, como é natural, molduras penais muito diferentes entre si, ainda que todas de severidade acrescida.

Da perspectiva da valoração jurídico-penal, a conduta a que corresponde sanção mais pesada pode — assim parece, de acordo com o que vem de dizer-se — constituir crime que nada tenha em comum com o previsto na norma dita subsidiária; *i.e.*, que não represente infracção da mesma espécie, ofensiva do mesmo ou de similar bem jurídico. E daí surge a questão porventura mais relevante e pertinente neste domínio, qual seja a de saber se a «cláusula de subsidiariedade» retira autonomia, sem mais, ao tipo em que está incluída ou se tal eficácia deve submeter-se a considerações de índole material.

Ao menos na literatura alemã, há notícia de três posições doutrinárias, duas delas acompanhadas por jurisprudência do Tribunal Federal (*BGH*). Dada a tradicional influência da doutrina germânica no universo português, importa conhecê-las, seguindo-se a exposição de Claus Roxin sobre o tema<sup>475</sup>.

Note-se, antes de começar, que a controvérsia se centra nas cláusulas de subsidiariedade que remetem, de forma indeterminada, para quaisquer tipos

---

<sup>474</sup> Cita-se à letra a expressão mais usada pela lei. Não se ignora, contudo, que por vezes o legislador — no Código Penal ou em legislação extravagante — faz variar um pouco a forma da chamada «cláusula de subsidiariedade», concretizando-a um pouco mais. Pode encontrar-se um exemplo no art. 215º CP: «...se pena mais grave lhe não couber em atenção ao meio utilizado».

<sup>475</sup> ROXIN, § 33, Rn. 192 s.



com moldura penal mais gravosa. Não naquelas outras que o fazem indicando nominalmente os preceitos que, sendo aplicáveis ao caso, hão-de prevalecer<sup>476</sup>. Em linguagem técnica: as opiniões que já a seguir se referem dizem respeito à «subsidiariedade expressa *geral*» («ausdrücklich *allgemeiner* Subsidiarität»)<sup>477</sup>.

E recorde-se ainda que o teor habitual das cláusulas de reserva *gerais* constantes do *StGB* difere do utilizado no Código português. Lê-se no § 125 1, por exemplo: «wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist»<sup>478</sup>.

Na sua esmagadora maioria, a doutrina alemã exige — para que se dê concurso aparente, *i.e.*, para que se convoque apenas e tão-só o tipo mais grave — que a norma afastada proteja essencialmente o mesmo bem jurídico que a prevalecente. Ou, na formulação de Jescheck, que os preceitos em causa prevejam «condutas com uma mesma direcção de ofensa criminal» (*Handlungen gleicher krimineller Angriffsrichtung*)<sup>479</sup>. O que equivale a rejeitar uma aplicação automática da fórmula legal, obrigando a uma interpretação material dos preceitos.

Esta foi também a primeira posição do Tribunal Federal, normalmente ilustrada através da sentença (de 1954) referida em *BGHSt* 6, 297. A cláusula de reserva, afirma, «não obriga sempre a deixar de aplicar o preceito em questão, quando este se encontra com um mais grave. Antes se torna necessário verificar, caso a caso, se, de acordo com o fim e o âmbito de protecção das normas em causa, nada na vontade da lei impõe que se aplique também o tipo

<sup>476</sup> Podem ver-se, a título de exemplo, os §§ 98 I e 99 I *StGB*.

<sup>477</sup> Assim se denomina — por oposição à subsidiariedade *especial* — a subsidiariedade que *não* remete para concretas disposições legais mais gravosas (cfr. ROXIN, *Strafrecht* II, § 33, Rn. 192). Como se depreende, o problema que se analisa deixa de se colocar — ao menos com a mesma agudeza — nas poucas hipóteses em que a cláusula de reserva remete, em particular, para concretos tipos legais de crime.

<sup>478</sup> Traduz-se à letra: «se o facto não for ameaçado noutro preceito com pena mais grave». Pode ter importância na determinação da natureza dogmática da cláusula em estudo. No *StGB* é claramente ao facto (*die Tat*) que se reporta a pena mais grave, enquanto na lei portuguesa a expressão levanta a possibilidade de a sanção de maior gravosidade caber ao agente, não ao facto. Um pouco adiante, no texto, ao analisar a posição de Duarte d'Almeida, perceber-se-á a relevância do que agora se mostra.

<sup>479</sup> Cfr. ROXIN, *Strafrecht* II, § 33, Rn. 193-194.

‘subsidiário’»<sup>480</sup>. E cita outras decisões jurisprudenciais — algumas ainda do *Reichsgericht* — onde, apesar da referida cláusula, se considerou permitida a condenação do arguido pelos dois crimes, em concurso ideal.

A segunda forma de compreender esta subsidiariedade «geral» tem origem, segundo Roxin, na mudança de rumo das decisões do Tribunal Federal. O Acórdão *BGHSt* 43, 237, assentou uma nova jurisprudência, agora de corte formal. No caso em recurso e em traços muito breves, o agente (*skinhead*) fora condenado, em primeira instância, pela prática do crime de ofensa à paz pública (*Landfriedensbruch* do § 125 I *StGB*), em concurso ideal com outro de ofensa à integridade física perigosa (*gefährliche Körperverletzung* — hoje previsto no § 224 do mesmo Código). A fundamentação da sentença referia, claro está, a cláusula de subsidiariedade geral do § 125 I. Mas observava também — dando-lhe definitivo peso na decisão — que o facto integrava duas ofensas específicas contra bens jurídicos muito diferentes: um supra-individual (a ordem pública) e outro claramente individual (a integridade física). Tanto bastava para afastar a hipótese de um concurso aparente, por via da subsidiariedade expressa.

O *BGH* desqualificou este argumento, acusando-o de ir além da letra da lei, quando esta representa, afinal, o limite máximo ainda admissível de uma interpretação desfavorável ao arguido. Afinal, o juiz deve obediência à lei (art. 103 II *GG*) e o tipo do § 125 I consagra expressamente uma cláusula de subsidiariedade. O que equivale a dizer: estava vedado ao tribunal recorrido restringir as margens de um concurso aparente imposto pelo legislador. A decisão de primeira instância foi, pois, reformada e o agente condenado tão-só pelo crime de ofensa à integridade física grave<sup>481</sup>.

Em suma: o Tribunal Federal abandonou a anterior orientação<sup>482</sup> e enveredou, nos casos de «subsidiariedade expressa geral», por uma jurisprudência formalista. Seja qual for a natureza dos ilícitos materiais

<sup>480</sup> *BGHSt* 6, 297 [298], (tradução nossa).

<sup>481</sup> Cfr. *BGHSt* 43, 237 [238-9].

<sup>482</sup> Trata-se de um abandono formal, expressamente declarado em *BGHSt* 43, 237 [239].

subjacentes às normas em causa, estar-se-á perante um concurso aparente, com a exclusiva aplicação do preceito mais grave.

Segundo Roxin, esta nova linha decisória do *BGH* foi sustentada também por uma parte da doutrina. Nela inclui autores como Jescheck/Weigend, Kühl<sup>483</sup>, Otto<sup>484</sup> e Maurach/Schroeder<sup>485</sup>. Talvez — sobretudo no que a Jescheck diz respeito — a composição deste grupo suscite algumas dúvidas<sup>486</sup>. Seja como for, para efeitos deste estudo, mais do que a exacta fixação do pensamento de cada autor sobre o ponto, importa a informação de que existe, na Alemanha, literatura que defende esta orientação, também corrente, aliás, em Portugal<sup>487</sup>.

A terceira e última posição alemã consubstancia, como talvez fosse previsível, uma *via in mezzo*. Nem tão estrita como a que exige a identidade do bem jurídico protegido pelas duas normas — a subsidiária e a outra, mais grave, que há-de suplantá-la. Nem de âmbito tão alargado que admita concurso aparente entre dois tipos com áreas de protecção absolutamente diversas, *i.e.*, sem qualquer intersecção.

Em comentário à decisão que mudou o rumo da jurisprudência do Supremo Tribunal germânico (*BGHSt* 43, 237), Hans-Joachim Rudolphi ensaia um novo critério<sup>488</sup>. Diz que não faz sentido afastar um dos preceitos infringidos — neste caso, o portador da cláusula de reserva —, quando o outro

---

<sup>483</sup> KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, § 21, Rn. 53.

<sup>484</sup> OTTO, *Allgemeiner Teil*, § 23, Rn. 39-40.

<sup>485</sup> MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *BT* 2, § 60, Rn. 39.

<sup>486</sup> Da leitura das páginas citadas do livro de JESCHECK/WEIGEND, (*Lehrbuch des Strafrechts. AT*, p. 734-735), pode não resultar a ideia de que o autor se inclina por uma interpretação formalista da subsidiariedade expressa *geral*. As normas incriminadoras para as quais remete, quando afirma que a subsidiariedade expressa resulta da letra da lei — e não do sentido da mesma —, referem-se todas a situações de subsidiariedade *especial* (ou seja, em que a cláusula indica nominalmente os tipos legais mais graves susceptíveis de se sobreporem no caso). Ora, a presente discussão, repete-se, versa apenas sobre a subsidiariedade *geral*. Daí que a verdadeira opinião de Jescheck/Weigend não pareça coincidir com a nova jurisprudência de *BGHSt* 43, 237. Estará provavelmente mais próxima da primeira orientação do Tribunal.

<sup>487</sup> Ver, *infra*, o texto correspondente à nota 499.

<sup>488</sup> RUDOLPHI, *JZ* 9/1998, p. 471-472.

não esgotar o conteúdo de ilícito e de culpa do comportamento<sup>489</sup>. Propõe então que a validade da cláusula de subsidiariedade geral se restrinja àquelas hipóteses nas quais tanto o crime mais grave como o ‘subsidiário’ prossigam, *ao menos parcialmente*, a mesma finalidade protectora (*Schutzzweck*). Caso contrário, o agente há-de ser punido pelas duas infracções. Torna-se assim possível atender, na determinação da pena, também ao facto postergado.

Argumenta ainda o autor que esta compreensão das coisas não viola a letra da lei, uma vez que o conceito de facto (*Tat*) — no contexto da cláusula de reserva — deve ser entendido, não apenas em sentido processual, como um acontecimento histórico, mas também em sentido material. *Tat* refere-se a «uma actuação (*Handlungsgeschehen*) que abrange realizações típicas dirigidas, ao menos parcialmente, contra os mesmos bens jurídicos»<sup>490</sup>. Quer dizer: o comportamento que realiza uma das ofensas realiza também a outra. Se as duas afectarem, ao menos em parte, o mesmo bem jurídico, haverá subsidiariedade; se não, a hipótese cai fora do âmbito de validade da cláusula. Nas palavras de Roxin, «deve exigir-se, nas hipóteses de subsidiariedade geral, que o tipo de moldura penal mais grave proteja, ao menos parcialmente, o mesmo bem jurídico que o tipo subsidiário e, ainda, que a sua realização esteja tipicamente ligada à deste»<sup>491</sup>.

Aplicado ao caso do *skinhead*, o critério permite a punição do agente por um só crime, o de ofensa à integridade física grave. O mesmo resultado, afinal, a que chegou o *BGH*. Mas com fundamentação diversa.

Isto posto, pode concluir-se, em boa verdade, que na Alemanha se desenham, fundamentalmente, duas posições — tanto na doutrina como na jurisprudência. Defrontam-se dois planos de análise irreconciliáveis. O que faz apelo à razão material subjacente à subsidiariedade, enquanto categoria geral

---

<sup>489</sup> Rudolphi parte para a análise do problema apoiando-se nos dois princípios que orientam o concurso, segundo Ingeborg Puppe: o da proibição de dupla valoração e o mandamento de esgotar o inteiro conteúdo de ilícito e de culpa do caso. Cfr. RUDOLPHI, *JZ* 9/1998, p. 471.

<sup>490</sup> RUDOLPHI, *JZ* 9/1998, p. 472.

<sup>491</sup> ROXIN, *Strafrecht* II, § 33, Rn. 196.

do «concurso aparente»<sup>492</sup>, e aquele que se apoia na mera aceitação do teor literal dos preceitos, *i.e.*, da cláusula de reserva geral. Deste ponto de vista, a primeira e a terceira das opiniões enunciadas representam variações possíveis de uma mesma opção pela *substância* do problema: uma vez que se trata do afastamento de uma norma incriminadora por outra, a lei não pode ter querido deixar ao puro acaso — ou ao critério aritmético do *quantum* de pena abstracta — a tarefa de resolver se há um só crime e qual a sua identidade.

Deve, porém, sublinhar-se que, em qualquer das posições da doutrina e da jurisprudência alemãs, a subsidiariedade expressa, quando aceite, é-o enquanto categoria ou relação de «concurso aparente». Os casos resolvidos como concurso ideal ou *Tateinheit* representam, naturalmente, aqueles em que ‘falha’, em que não se admite a validade da cláusula de reserva. E serão tantos mais, como é óbvio, quanto mais restritivas forem as condições impostas ao funcionamento desta última.

Em definitivo, observa-se a este respeito a regra clássica do concurso: se a relação entre as normas preenchidas não for de molde a justificar a exclusão de uma delas, a hipótese cairá no concurso verdadeiro. Concurso esse que, para o ordenamento penal alemão, assumirá, nestas circunstâncias de facto único, a modalidade de concurso ideal.

No panorama doutrinal português, o tema da «subsidiariedade expressa geral» foi objecto, já neste princípio de século, de algumas interpretações discrepantes das até agora apresentadas. Com efeito, se Figueiredo Dias continua a enquadrar a figura no âmbito do tradicional concurso de normas, mais concretamente na modalidade a que chama «unidade de lei» — *i.e.*, da categoria do concurso a resolver segundo critérios de relação lógico-formal entre normas —<sup>493</sup>, Luís Duarte d’Almeida e José Moutinho alargam os limites da questão, colocando-a para lá das fronteiras daquele. Com efeito, passam a primeira frente de discussão para o problema de saber se a cláusula exprime um

---

<sup>492</sup> Sobre a relação de subsidiariedade *implícita*, ver o número seguinte.

<sup>493</sup> A posição de Figueiredo Dias expõe-se, de modo sucinto, uns parágrafos mais à frente.

real afastamento do tipo menos grave ou, pelo contrário, um simples afastamento da pena normal do concurso efectivo. A pergunta coloca-se assim: o legislador quis estabelecer uma verdadeira relação de *subsidiariedade* entre normas ou antes uma hipótese privilegiada de punição de um autêntico concurso de crimes?

Duarte d'Almeida defende esta última ideia<sup>494</sup>. A dita «subsidiariedade expressa» constitui uma hipótese de concurso ideal, nos moldes em que entende esta figura<sup>495</sup>. Uma verdadeira pluralidade de infracções que, pela ligação existente entre elas, deve subtrair-se ao regime geral, demasiado gravoso, do art. 77º do CP. A cláusula de reserva existe, assim, para introduzir — nos tipos legais a que está apensa — uma «regra de punição de um caso de concurso de crimes conexos»<sup>496</sup>. Na interpretação da cláusula («se pena mais grave lhe não couber...»), o autor afirma que o pronome *lhe* está referido ao agente e não ao facto<sup>497</sup>. No sentido, já adiantado, de que factos há dois e a ambos corresponderá a única sanção imposta ao condenado.

Duarte d'Almeida afasta, pois, a «subsidiariedade expressa» dos casos que seleccionam uma só norma, para a colocar em pleno campo do concurso efectivo. E justifica a intervenção do legislador com a necessidade de retirar da pena do concurso hipóteses que — tal como o crime continuado e a consunção impura —, ao dizerem respeito a infracções conexas, consubstanciam uma pluralidade criminosa menos grave do que a «real» e exigem, portanto, um sancionamento mais benigno. Segundo o autor, em tais hipóteses a lei indica que os dois delitos devem punir-se dentro da moldura penal do mais grave.

---

<sup>494</sup> DUARTE D'ALMEIDA, *O 'concurso de normas'*, p. 115 s.

<sup>495</sup> Cfr. *supra*, Parte I, VI 1.

<sup>496</sup> DUARTE D'ALMEIDA, *O 'concurso de normas'*, p. 119.

<sup>497</sup> *Ibidem*, p. 120 (itálico no original). Não se procede à apreciação crítica da inclusão da chamada «subsidiariedade expressa» no concurso ideal. Já a seguir, em texto, se dará conta da opinião aqui defendida, que faz depender a unidade de ilícito ou a presença, pelo contrário, de um concurso da análise material de cada caso. E, sobretudo, porque o concurso ideal de Duarte d'Almeida foi já objecto de estudo na Parte Primeira, VI 1. desta tese e, nesse lugar, expostas as razões pelas quais se considera não ser caminho dogmático a acompanhar. Sempre se dirá, contudo, que provindo o concurso ideal deste autor, em grande parte, das tradicionais hipóteses de consunção, talvez o tratamento deste problema como verdadeiro concurso de crimes não se afaste muito do que lhe dá, por exemplo, a posição intermédia dos alemães.

José Moutinho não coloca o problema da «ressalva de pena mais grave» de um modo tão homogéneo, mas o seu horizonte abrange igualmente — conferindo-lhe, até, prioridade — a hipótese do concurso verdadeiro. Do estudo de várias dessas normas ditas subsidiárias, retira a conclusão de que não é de modo algum evidente que o legislador tenha querido dar a todas elas «o sentido de uma solução expressa de um concurso de normas». Pensa, inclusive, que com maior probabilidade hão-de corresponder à «previsão de um concurso efectivo de normas resolvido mediante o sistema dito da absorção». Parece-lhe, contudo, «precipitado e excessivo» afirmar que as cláusulas de reserva signifiquem *sempre* o mesmo. Admite, até, que assinalem casos de verdadeiro e próprio concurso de crimes, com o respectivo «cúmulo jurídico» de penas<sup>498</sup>.

Afinal — e tendo em conta a forma como Moutinho constrói o universo concursal —, as normas em análise tanto podem dar lugar a um crime absolutamente único, a uma absoluta pluralidade de crimes ou a uma «conexão de crimes». Como se explicou<sup>499</sup>, esta última figura corresponderia a uma criação indirecta (através do art. 30º CP) de novos tipos legais: aqueles que combinam entre si dois tipos inteiros, modificando-os para se ajustarem à estrutura real de cada facto concreto. Cada um deles, dito de forma simplista, representa ‘um-delito-mais-uma-fracção-de-outro’, com a adequada sanção.

Como já se disse, Figueiredo Dias insere a «subsidiariedade expressa» na categoria concursal da «unidade de norma», *i.e.*, entende haver entre os tipos legais em causa uma relação lógico-formal, a resolver, nesta circunstância, a favor do que previr uma moldura penal de maior severidade. Aceita, pois, estar perante um acto de império do legislador. Este, ao desenhar tipos seguidos de uma cláusula de reserva que os converte em subsidiários, obriga o intérprete a preteri-los e a aplicar o preceito mais grave em que a conduta

---

<sup>498</sup> MOUTINHO, *Da unidade à pluralidade dos crimes*, p. 856-870, especialmente p. 860 e p. 866.

<sup>499</sup> A análise do pensamento de José Moutinho nesta matéria encontra-se na Parte Primeira, VI 2., do presente estudo.

também couber, seja qual for o conteúdo de ilícito do caso. O autor remete assim para a lei a responsabilidade pela regra, abdicando de qualquer ‘análise *material*’ dos ilícitos subjacentes àquelas normas<sup>500</sup>.

A opinião generalizada da doutrina e da jurisprudência portuguesas não foge à qualificação da cláusula legal como um instrumento de «concurso aparente». Trata-se, para alguns, de uma relação especial (*i.e.*, «subsidiariedade expressa»), por provir de uma indicação do legislador; para outros, e consoante os casos, de uma simples remissão para qualquer das relações cunhadas pela doutrina (*vg.*, subsidiariedade ou também consunção)<sup>501</sup>. De qualquer modo, em causa está sempre uma intervenção da própria norma incriminadora em matéria do seu auto-afastamento por razões de «concurso de normas». Ressalvadas as vozes discordantes de Duarte d’Almeida e de José Moutinho, encontram-se — em manuais, ou na análise sistemática de quem comenta ou anota a parte especial do Código Penal<sup>502</sup> — testemunhos significativos e suficientes do que vem de afirmar-se<sup>503</sup>.

<sup>500</sup> FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal* I, Cap. 42º, § 12-14. O que se sublinha em texto está no § 14.

<sup>501</sup> Nem todos reportam a relação de «concurso aparente» presente na cláusula de reserva ao modelo da subsidiariedade. Há quem fale em casos de consunção. Consunção expressa pelo legislador. Mas o problema não muda por isso. Afinal — ver-se-á no próximo número — há muito quem ponha em causa a existência autónoma dessas duas relações, reduzindo-as a uma só categoria. E, em qualquer caso, mesmo os autores que as distinguem não retiram quaisquer efeitos práticos da utilização de uma ou da outra.

<sup>502</sup> Não parece necessário estender a pesquisa à legislação extravagante, uma vez que se indaga a qualificação da cláusula de reserva por parte dos vários autores. E essa, presume-se, não varia do direito penal de justiça para o direito penal secundário.

São os seguintes os «tipos subsidiários» incluídos na Parte Especial do Código Penal: 150º, 2; 152º, 1; 152º-A, 1; 152º-B, 1; 160º, 5 e 6; 170º; 208; 215º; 230º; 243º; 292º, 1; 293º; 297º, 1; 298º, 1; 302º, 1; 320º; 321º; 322º, 1 e 2; 327º, 1; 331º; 333º, 1 e 2; 335º, 1 a) e b); 337º; 340º; 347º, 2; 355º; 371º; 375º, 1 e 3; 379º, 1 e 2; 382º.

<sup>503</sup> Falou-se já de Eduardo Correia e de Figueiredo Dias. A quem deve juntar-se M. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito penal português* I, p. 174 s da 2ª edição da Verbo; G. MARQUES DA SILVA, *Direito penal português*, PGI, p. 314-5. Um segmento significativo da doutrina encontra-se retratado no Comentário Conimbricense, onde analisa toda a Parte Especial do CP — incluídos, como é óbvio, todos os tipos legais possuidores de uma cláusula de reserva. Assim, a título de exemplo, TAIPA DE CARVALHO (Art. 302º, § 12-13), MEDINA DE SEIÇA (Art. 337º e 371º), PEDRO CAEIRO (Art. 230º), C. LÍBANO MONTEIRO (Art. 355º, § 19 e 379º, § 34), HELENA MONIZ (Art. 297º, nº 1), FARIA COSTA (Art. 208º), DAMIÃO DA CUNHA (Art. 251º, nº 1), COSTA ANDRADE (Art. 150º, nº 2), M. CONCEIÇÃO CUNHA (Art. 321º, § 15-16) e P. RIBEIRO DE FARIA (Art. 293º, § 10).



Como bem se compreende, dentro desta posição comum há cambiantes, ideias próprias de cada um dos autores referidos em nota. Visões mais formais ou mais materiais da categoria; de corte substantivo (relativo à própria identidade do facto) ou afectando apenas as consequências jurídicas do mesmo. Ainda uma vez deverá observar-se que, para o objectivo do presente estudo, importa tão-só a verificação de que a doutrina largamente preponderante insere o problema da «subsidiariedade expressa» no campo problemático do «concurso de normas».

Cabe, porventura, uma breve nota sobre o pensamento de Eduardo Correia nesta matéria. Dedicar-lhe poucas palavras, aliás integradas no comentário à subsidiariedade em geral. Depois de descrever a figura — relação entre preceitos «pela circunstância de uns condicionarem *expressamente* a sua eficácia ao facto de outros se não aplicarem» —, considera-a inútil enquanto categoria de concurso aparente. A justificar o seu juízo, escreve a frase tantas vezes citada: «por ser evidente que nada se adianta com ela para o problema do concurso»<sup>504</sup>.

Num primeiro momento — e talvez pela extrema concisão das suas palavras sobre este ponto —, poderia pensar-se que Eduardo Correia se aproximasse do que é agora a posição de Figueiredo Dias. Julgando, muito embora, a cláusula de reserva como irrelevante, de um ponto de vista da dogmática do concurso, limitar-se-ia a obedecer-lhe, sem mais. Numa espécie de aplicação automática, guiada pela gravidade relativa das molduras penais. À margem, portanto, do concurso aparente: quer da lógica formal da especialidade, quer da lógica valorativa própria da consunção.

Contudo, integrando a questão da «subsidiariedade expressa» no conjunto e na índole do pensamento penal de Eduardo Correia e do seu modo de encarar o problema do concurso, parece ser de afastar uma interpretação como a que vem de ensaiar-se. Na verdade, ela não se coaduna com um discurso teleologicamente orientado, com uma abordagem material das questões do direito dos crimes. Há-de opinar-se, assim, que o autor não

---

<sup>504</sup> EDUARDO CORREIA, *A teoria do concurso*, p. 145-146 (sublinhado no original).

dispensaria a correcta análise de cada caso, prescindindo da norma dita subsidiária apenas quando, de um modo comprovado, o inteiro conteúdo de ilícito e de culpa da situação se mostrasse incluído no delito mais gravoso.

A pretensão legal contida na chamada «cláusula de subsidiariedade expressa» poderia traduzir-se em diferentes palavras, com um resultado equivalente ao que segue: «este tipo de ilícito perderá autonomia sempre que o conteúdo de antijuridicidade do caso pertença, sem resto, ao significado intrínseco de um outro preceito mais grave». Ou, também: «sempre que o sentido pessoal-objectivo do caso for melhor captado por outra norma incriminadora». E com isto se abre caminho a um novo entendimento da categoria, que se harmoniza, aliás, por inteiro, com o critério de individuação do ilícito defendido no presente estudo.

Compreenda-se. Mesmo quem descrê do «concurso aparente», *i.e.*, quem se nega a resolver o problema do uno e do múltiplo em direito penal por apelo a meras relações entre preceitos incriminadores, não pode furtar-se a interpretar os tipos legais possuidores da referida cláusula. A verdade é que o legislador quis apor essa condição a um número significativo de normas. Torna-se, pois, necessário surpreender a sua mente.

Nos quadros do «concurso de ilícitos», aqui proposto, e do conseqüente banimento do «concurso de normas», a cláusula de subsidiariedade expressa pode ser entendida como um apelo da lei para que o intérprete atente no conteúdo, no sentido de antijuridicidade de cada comportamento. Quer dizer: como a expressão de uma vontade inequívoca, por parte do legislador, de não multiplicar o que é uno, mesmo quando, a um olhar formal, o caso pareça caber em vários preceitos.

Afinal, só deve punir-se ‘mais’ quando o inteiro desvalor de uma actuação não estiver abrangido pelo significado intrínseco do tipo de ilícito preponderante. A «subsidiariedade expressa» limitar-se-á, assim, a enfatizar o critério *material* que há-de presidir às operações concursais em direito penal. A

propósito de incriminações onde o perigo de ‘somar’ preceitos fosse porventura menos evidente. Por causa da cultura da subsunção formal — vinda do positivismo metodológico e ainda não erradicada —, mas também, e num plano diverso, de um pensamento arreigado segundo o qual o facto de se estar perante dois bens jurídicos diferentes obrigaria a considerar o concurso como real<sup>505</sup>.

Em suma: de acordo com a perspectiva adoptada, a «cláusula» que se analisa não determina resultados de unidade ou de pluralidade de ilícitos, de concurso ‘aparente’ ou real. Limita-se a confortar o caminho sempre percorrido — de considerar as coisas na sua materialidade desvaliosa — que levará, consoante o caso, à afirmação de um só ou, pelo contrário, de mais do que um sentido antijurídico.

Uma vez transposto o raciocínio, do plano formal onde alguns o colocam, para o âmbito dos conteúdos ou sentidos de antinormatividade, nada garante que o tipo dito «subsidiário» seja *sempre* preterido: pode até acontecer que deva acumular-se com a norma incriminadora mais gravosa. Afinal, se uma moldura penal mais pesada constituísse critério bastante para preterir o tipo que ostenta uma moldura inferior — à excepção, claro está, das hipóteses de privilegiamento —, porquê não utilizar essa medida sempre, *i.e.*, para todos os casos de dúvida concursal? Terá o legislador um tal domínio sobre as normas subsidiárias que criou e sobre os preceitos que em geral prevaleçam sobre elas, que lhe permita garantir o absoluto acerto da solução consagrada?

Por diferentes palavras: implícita à orientação proposta está uma interpretação material da própria «cláusula de reserva». Não se trata de verificar quantas normas ‘preenche’ o comportamento do agente, a quantos tipos se subsume, em quantos preceitos ‘cabe’; para depois aplicar a pena mais grave das encontradas. Importa sim perceber qual o tipo que melhor capta o conteúdo de ilícito do caso. E, ainda, se a sua efectiva aplicação satisfaz as necessidades preventivas criadas pela conduta antijurídica. O que mais não representa do que a aplicação ao problema da subsidiariedade (expressa) geral

---

<sup>505</sup> Alude-se à doutrina de Eduardo Correia sobre a consunção — que será abordada no próximo número —, seguida pela jurisprudência quase unânime dos tribunais portugueses.

do critério que resolve — de acordo com a tese aqui proposta — o problema do concurso, quer dizer, a tarefa de individuação do número e da natureza dos ilícitos penais presentes na actuação de alguém.

Em definitivo: na perspectiva do presente estudo, a «cláusula de subsidiariedade» sobra. Sem ela, a questão concursal resolver-se-ia da mesmíssima forma.

Talvez a clássica discussão em torno do tipo legal «Furto de uso de veículo» (art. 208º do CP) possa ilustrar a conclusão que acaba de tirar-se. Esta norma incriminadora é mais uma das que ostenta a cláusula de subsidiariedade. Ora, quando o caso tiver por objecto veículos movidos a gasolina — automóveis, por exemplo —, diz-se que se subtrai ao proprietário, não apenas a possibilidade de utilizar o carro, como também o combustível que o alimenta durante esse período. Assim sendo — continua a argumentar-se —, e ultrapassando a moldura penal do furto simples aquela que a lei prevê para o *furtum usus*, tanto bastaria para justificar a não aplicação do tipo (subsidiário) do art. 208º, sancionando-se o agente nos quadros do art. 203º do CP.

Que dizer?

Vistas as coisas de uma perspectiva formal ou literalista, talvez nada houvesse a objectar a tal solução. Todavia, o presente estudo entende que tal enfoque se não adequa às questões prático-normativas. E, na verdade, uma análise material do problema, *i.e.*, uma sua apreciação à luz do *sentido* jurídico-penal da conduta, leva a resolver a hipótese na direcção inversa da apresentada. Tal como se desenhou a situação, a pena justa parece dever encontrar-se a partir da moldura sancionatória do «furto de uso», ignorando — na aparência — a ‘ordem’ do legislador. Explica-se de imediato.

Tanto Roxin como Faria Costa fizeram já notar que o delito em causa não consente um concurso com o furto simples de gasolina<sup>506</sup>. O primeiro trata o problema no âmbito da consunção, vincando que o crime que consome pode

---

<sup>506</sup> Veja-se, respectivamente, ROXIN, *Strafrecht* II, § 33, Rn. 218; FARIA COSTA, *Comentário Conimbricense*, Art. 208º, § 28.

não ser o mais grave. Não admiti-lo, no caso do furto de uso de veículos motorizados, teria como consequência retirar ao preceito a sua utilidade. O autor português argumenta que «não se pode conceber uma situação de concurso» entre os referidos preceitos, na medida em que «a normal utilização de um automóvel implica, necessariamente (...), o emprego de gasolina».

Ambos apelam, pois, para a razoabilidade que deve presumir-se na actividade do legislador, na criação e delimitação dos tipos legais de crime. Com efeito, à excepção de quem entenda haver automatismo na aplicação da cláusula — e se baste com uma interpretação formal da mesma e das normas em que o caso ‘cabe’ —, mais ninguém dispensará a pergunta sobre o sentido da situação e dos preceitos que assim pareça deverem relacionar-se. Foi o que se viu acontecer com a primeira e a terceira posições da doutrina germânica. É desse modo que raciocinam os autores acabados de citar a propósito do *furtum usus*.

Tudo para explicar que, nesta pretensa relação de subsidiariedade entre o crime que vem de indicar-se e o de furto simples (de gasolina), não deve considerar-se a não convocação deste último como desobediência à lei. Afinal, tanto se obedece ao legislador seguindo a indicação da cláusula nas hipóteses em que ela faz sentido, como não a seguindo naquelas em que a sua aplicação acrítica contrariaria a própria teleologia do preceito. Nunca a chamada subsidiariedade expressa pretenderia, a partir de singulares tipos legais, impor um regime que contrariasse o fundamento material da selecção da ou das normas do caso.

Com certeza, a punição dentro da moldura do tipo mais grave em que cabe, *formalmente*, o comportamento do agente não obrigará à escolha de preceitos que, não fora essa ressalva, nunca seriam chamados ao caso. Ou, pelo menos, jamais se julgaria que os mesmos deveriam prevalecer sobre outros que melhor captam o seu desvalor criminal.

Corroborando a opinião de Roxin e de Faria Costa: não parece que o *furtum usus* se destine apenas a punir efectivamente o uso ilegítimo de bicicletas e barcos a remos ou à vela — afinal os únicos veículos previstos no

tipo que não funcionam a combustível. Pode acrescentar-se, aliás, que no furto (propriamente dito) de um automóvel, não se costuma condenar também pela subtracção da gasolina existente no depósito. Esse valor, maior ou menor, entrará, quando muito, nas contas da indemnização civil.

Em definitivo: a tarefa a levar a cabo não consistiu — não consiste — em escolher entre o furto de uso de veículo e o furto de gasolina. Importa apenas — e assim se fez — averiguar que norma corresponde ao conteúdo de antijuridicidade do comportamento. Era, na hipótese, a que proíbe o *furtum usus*. Mais nenhuma. O furto de gasolina não convém ao caso. Tal norma, por conseguinte, não é por ele convocada.

Uma possível objecção a esta maneira de ver as coisas consistiria em acusá-la de esvaziar de sentido, já não o tipo legal que se analisa, mas a cláusula que o legislador quis apor-lhe. Todavia, a interpretação defendida não retira conteúdo útil, nem à figura em geral, nem à sua utilização no crime do art. 208º do CP. Porque há-de cingir-se o problema ao binómio *furtum usus*/ furto de gasolina?

Casos existem em que o segmento legal «se pena mais grave lhe não couber...» acabará por corresponder à correcta qualificação da conduta, *i.e.*, recordará que se está perante uma efectiva unidade criminosa. Repare-se no seguinte exemplo. O agente de um sequestro (art. 158º do CP) utiliza um automóvel alheio para transportar a vítima até ao local do cativo, regressando para deixar o veículo perto do sítio onde o encontrara. Realiza o furto de uso com o exclusivo fim de levar a bom termo o referido sequestro<sup>507</sup>. Aqui sim, a pena mais grave deste último crime ‘afasta’ a sanção do *furtum usus*. À pergunta sobre o porquê da solução há-de dar-se uma resposta de

---

<sup>507</sup> Vinque-se que o exemplo contempla um aproveitamento de carro alheio circunscrito ao transporte do sequestrado e logo devolvido. Esta devolução tem, repete-se, o objectivo de delimitar bem o âmbito do caso; para além dele, contudo, quer pôr em relevo a interpretação que se julga correcta do próprio crime de *furtum usus*. Este implica a reposição do veículo em local próximo daquele em que foi ‘furtado’, *i.e.*, de novo ao alcance do seu proprietário. Caso contrário, seria a pura intenção de apropriação (a sua ausência, neste particular) a distinguir este delito do de furto propriamente dito.

substância. A simples verificação do maior peso da moldura penal do ilícito contra a liberdade não representa — como se viu — critério bastante.

Convém, pois, indicar o fundamento jurídico pelo qual se entende que é penalmente suficiente convocar, na hipótese em estudo, a norma que protege a liberdade de deslocação. A tese aqui defendida já expôs e ilustrou o seu padrão decisório: quando o inteiro desvalor da actuação pertence ou está abrangido no significado intrínseco do tipo de ilícito preponderante, o facto é uno e é esse.

Aplicando-o ao caso apresentado. A norma que parece feita para o regular, na medida em que mais de perto agarra o seu sentido; o tipo de ilícito que preenche as necessidades preventivas criadas pela conduta do agente é o do art. 158º do CP. A utilização desautorizada de veículo alheio confunde-se com a execução do próprio sequestro. É, seguramente, imaginável uma privação da liberdade de outra pessoa que não implique qualquer *furtum usus*. Mas a questão não passa por considerações de necessidade ou de normalidade estatística: prevalece a valoração da capacidade (ou falta dela) do tipo legal em apreço para abranger, no seu intrínseco desvalor, um modo de executar que passe por um furto de uso de veículo.

Recorde-se que o critério que preside à separação do uno do múltiplo em direito penal, de acordo com a doutrina que se vem defendendo, trabalha com concretos sentidos pessoais-objectivos de ilícito. Relembre-se que a ilicitude, no âmbito do crime, se traduz na violação de uma norma de determinação, nunca na mera produção mecânico-causal de um qualquer evento nocivo para valores protegidos. E que as normas de determinação penais têm natureza preventiva: impõem o dever de não praticar acções que, de uma perspectiva *ex ante*, levem à lesão ou à colocação em perigo de um desses bens com dignidade criminal.

Por outro lado, nada na actuação humana autoriza a reduzi-la a um estereótipo, caracterizado por uma só intencionalidade de sentido, em tudo coincidente com uma única descrição típica. Por isso, tão-pouco cada tipo de ilícito se reporta a uma proibição (ou a um mandamento) onde não caiba mais

do que a conduta estilizada que afecta aquele — e só aquele — bem jurídico-penal. Como se disse atrás, essa necessidade técnica (e garantística) de produzir enunciados legais gerais e abstractos não pode esconder que há ‘aderências’ a um facto que *cabem* no significado intrínseco da norma preponderante. E que não deixam de ser ‘aderências’ por poderem subsumir-se a um diferente tipo legal de crime.

Numa palavra: quando o sentido (pessoal-objectivo) de uma actuação humana se encontra suficientemente recolhido no tipo de ilícito determinante, condenar e punir por este redonda também na prevenção de outros que, na circunstância, o envolvam como factor acessório.

Regressando ao caso em análise, pergunte-se: o sentido pessoal objectivo deste concreto ilícito contra a liberdade de deslocação (realizado através do uso ilegítimo de uma viatura) exigirá que, além de protestar a validade dessa proibição — punindo por sequestro —, se sancione também, com autonomia, o uso indevido de um automóvel para o levar a cabo? Insiste-se: tornar-se-á necessária a prevenção específica do *furtum usus*, ao lado do preceito que domina o caso?

Julga-se que não. Na hipótese, claro está, configurada de início, na qual o agente usa o veículo alheio exclusivamente para sequestrar. Nesse caso e noutros similares, o episódio de furto esgota-se no singular sequestro; não lhe sobrevive; nada aproveita a posteriores infracções. Por isso, nestas circunstâncias, acautelada a norma de determinação do art. 158º, a do art. 208º vai beneficiar dessa mesma força dissuasora. Ou seja, uma vez prevenido o sequestro (na concreta modalidade apresentada), fica também arredado o perigo de repetição futura do *furtum usus* (neste contexto).

Com certeza que, em geral e abstracto, não pode afirmar-se o mesmo, dado que o bem jurídico que preside a um tipo de ilícito (a propriedade) nada tem a ver, nesse plano, com o bem pessoal (liberdade) que o outro salvaguarda. No caso, porém, a prevenção dos dois está garantida. Censurando o sequestro praticado daquele modo, censura-se igualmente o «uso imediato» de viatura alheia (pois nele se esgota).



Em suma e uma vez mais: uma relação puramente formal entre enunciados normativos, ainda que pareça avalizada pelo legislador, não pode constituir a justificação última de uma valoração penal. Também a chamada subsidiariedade expressa (e geral) exige — sob pena de resultados contrários ao querer da lei — um labor que destrince os casos em que o *sentido do facto* «cabe» no tipo de ilícito mais grave, daqueles outros em que tal não acontece. O critério material defendido na presente tese para o inteiro problema do concurso mostra-se, também aqui, operatório.

#### ***4. Subsidiariedade e consunção. Duas categorias com um critério material, mas insuficiente***

As categorias da subsidiariedade e da consunção — relações entre normas que mostram e resolvem, na perspectiva tradicional e ao lado de outras, a existência de um «concurso aparente» — apresentam-se discutíveis e discutidas. Depois da controvérsia, já analisada na Parte Primeira deste estudo, consistente em saber se o que vai além da estrita lógica de inclusão pode pertencer ainda à unidade de crime<sup>508</sup>, trata-se agora de uma polémica de reduzido alcance, mas que tem por objecto a definição das figuras, pondo em dúvida a própria necessidade de as separar. Na realidade, a par dos que trabalham com ambas, autores há que utilizam apenas a subsidiariedade, outros só a consunção, e todos abrangem, afinal, as mesmas concretas hipóteses, apontando-lhes os mesmos efeitos jurídicos.

Em comum possuem uma qualidade, por assim dizer, negativa: são relações diferentes da especialidade, opõem-se a ela, na medida em que não apelam para um critério lógico-formal, não funcionam através da simples comparação conceptual (abstracta) de enunciados normativos. Uma vez que lhes subjazem relações lógicas de interferência, não já de subordinação, tornam necessária a comprovação de que o caso *decidendo* se situa na zona de intersecção dos dois preceitos e não fora dela.

---

<sup>508</sup> Vejam-se, sobretudo, os Cap. V a VII.

Dito de modo diferente: subsidiariedade e consunção implicam, também para a doutrina tradicional de que se fala, um juízo de valor. Ambas se propõem discernir — nas hipóteses em que falha a mera lógica dos conceitos — casos de unidade criminosa, ocultos pela subsunção da matéria de facto a *várias* normas incriminadoras. De que maneira? Encontrando entre essas normas uma hierarquia valorativa; uma relação tal que permita afirmar que a protecção que uma delas oferece ao bem jurídico está dentro da que a outra, por seu turno, lhe proporciona. Como o mais contém o menos.

Assim, de acordo com a maioria dos autores, a *subsidiariedade* encontra o seu fundamento material no facto de «as diferentes proposições jurídicas protegerem o mesmo bem jurídico em diferentes estádios de realização»<sup>509</sup>.

Por sua vez, a *consunção* assenta, segundo alguns, na circunstância de, por referência ao mesmo objecto de protecção, a tutela concedida por determinada norma ser mais completa do que a oferecida por outra. Com a aplicação da primeira, a última deixa de ser necessária; considerar ambas equivaleria a violar o *ne bis in idem* substantivo.

Parte da doutrina diverge, contudo, admitindo a consunção, ainda que os tipos preenchidos lesem bens jurídicos ou objectos diferentes, desde que a realização de um se ligue à do outro, de acordo com a normalidade do acontecer. Baseiam-se, em tais casos, na consideração segundo a qual o legislador terá valorado já, na moldura penal do delito mais grave, também o facto que tipicamente o acompanha.

Precisamente por esta segunda perspectiva da consunção assumir uma natureza «fenomenológica» — assim se exprime Roxin — e poder dar-se, por conseguinte, entre tipos legais presididos por bens jurídicos diferentes, alguns autores opinam que aquela categoria não pertence ao concurso aparente.

---

<sup>509</sup> HONIG, *Straflose Vor- und Nachtat*, p. 113; cfr., também, p. 31 s, em especial 51. O autor observa que, do ponto de vista do agente, quase sempre se trata de um delito perpetrado como simples meio para chegar ao cometimento de outro, que também se efectua. Ver também KÜHL, *Strafrecht. AT*, 3ª ed., § 21, Rn. 54-59; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. AT*, 5ª ed., § 69 II 2. — interessam sobretudo as alíneas a) e b).

Entenda-se: compreendem o critério e aplicam-no, considerando-o, porém, um *aliud* relativamente à *Scheinbarekonkurrenz*.

Acrescente-se que a dogmática alemã do concurso de normas se encontra ainda, em muitos autores, condicionada pelo requisito de que se esteja em face de uma unidade de acção (*Handlungseinheit*). Ora, nas clássicas figuras do facto acompanhante ou do facto posterior co-punido — *Begleittat* ou *mitbestraften Nachtat* —, torna-se evidente que ao caso subjaz uma pluralidade de acções. Logo, nenhuma destas hipóteses, aliás frequentes, pertenceria jamais ao concurso de normas, apesar de arredadas da acumulação de crimes por um raciocínio similar ao da consunção.

Como se sabe, uma boa parte da doutrina germânica continua a colocar, no início da questão do concurso, a pergunta sobre a unidade ou a pluralidade de acções. E a resposta que lhe for dada aponta, de maneira definitiva, o rumo a seguir, a figura concursal a escolher. Quer dizer, a pertença do caso à unidade de acção (*Handlungseinheit*) tem consequências, não apenas em matéria de concurso efectivo — onde determina o concurso ideal, em detrimento do real —, mas também no âmbito do concurso aparente ou de leis. O mesmo acontece — simetricamente — com a verificação de uma *Handlungsmehrheit*. Ainda que o fundamento material da negação do concurso verdadeiro seja o mesmo, a unidade de crime afinal saída de um facto formado por uma só acção inclui-se no «concurso de normas»; ao passo que a unidade por fim reclamada para uma conduta composta por várias acções constitui um fenómeno diferente, conhecido pelo nome de facto anterior ou facto posterior não-punido.

Já Eduardo Correia denunciou, em 1945, o artificialismo da construção dualista do concurso de normas. E também na Alemanha várias vezes se pronunciaram por uma consideração unitária da figura, entendida como contra-face da verdadeira acumulação de delitos, com independência do número de acções detectáveis no comportamento em análise<sup>510</sup>.

---

<sup>510</sup> Sobre a questão, por todos, GEERDS, *Zur Lehre*, p. 146 s, especialmente 152.

Referiu-se a variedade de opiniões acerca da relação entre subsidiariedade e consunção. Torna-se inevitável perguntar se constituem duas relações de ‘concurso aparente’ — *i.e.*, duas manifestações diferentes do mesmo fenómeno que leva uma das normas aplicáveis a ‘ceder o passo’ à outra — *ou* apenas dois nomes diferentes para uma única relação (valorativa, por sinal).

G. Hochmayr, austríaca, dedicou uma monografia ao tema. Conclui que subsidiariedade e consunção apenas se definem por exclusão de partes: representam os casos de concurso aparente que não se enquadram em qualquer das outras hipóteses. Não são especialidade, nem subsidiariedade expressa, e tão-pouco constelações de crime continuado.

A autora sugere que talvez constituam apenas dois modos de olhar para a mesma realidade concursal. A subsidiariedade acentuaria a norma preterida; a consunção, aquela que prevalece. Em frase sua: «Diante do delito que consome, o delito afastado é subsidiário»<sup>511</sup>. Importará, pois, aproveitar as considerações materiais existentes em cada uma dessas categorias para dizer que há unidade de crime, sem necessidade de as distinguir. Para quê, se as consequências jurídicas são as mesmas e as fronteiras diferem de autor para autor?

Como está bem de ver, de uma perspectiva como a defendida no presente estudo — que identifica o concurso com a questão dogmática da individuação de conteúdos pessoais-objectivos de ilicitude penal e se recusa portanto a vê-lo como problema de relações hierárquicas entre tipos legais de crime — a discussão carece de relevo. Interessará — apenas e por conseguinte — o ‘cotejo’ entre o padrão valorativo (por oposição ao lógico-conceptual) do chamado «concurso aparente» e a proposta de critério avançada nesta tese. Para simplificar a exposição, servirá de referente a ‘consunção de Eduardo Correia’, ou seja, o único padrão normativo que o autor junta ao modelo lógico-formal (a

---

<sup>511</sup> HOCHMAYR, *Subsidiarität und Konsumtion*, p. 94: «Gegenüber dem konsumierenden Delikt ist das verdrängte 'subsidiär'».

especialidade) em ordem a referenciar as relações entre normas características da questão concursal.

Eduardo Correia é um dos autores que se nega a reconhecer autonomia à relação de subsidiariedade. Considera que as hipóteses que habitualmente nela se enquadram consubstanciam afinal casos de consunção. Ou seja: a subsidiariedade cabe inteira na consunção. E explica: «a fase mais grave da lesão de um bem jurídico supõe já necessariamente uma transição por uma fase menos grave — onde está o mais está o menos — e, portanto, contém-na e nessa medida consome-a»<sup>512</sup>.

Com efeito, para o autor português, a consunção assenta nos seguintes pressupostos: «que os bens jurídicos que presidem aos dois preceitos efectivamente concorrentes se encontrem numa relação de mais para menos»; e ainda «que, no caso concreto, a protecção visada por um [dos tipos] seja esgotada, consumida pelo outro, coisa que nem sempre acontece»<sup>513</sup>.

Eduardo Correia não fundamenta a consunção no *id quod plerumque accidit*, no facto de «à realização de um tipo de crime andar *em regra* ligada a de outro». Sob pena, diz, de se fazer perder ao conceito todo o seu «apoio lógico-valorativo» e chegar, por isso, a soluções erróneas. «A eficácia da relação de consunção não pode confundir-se com o fenómeno que regra geral a acompanha». «Coisa tanto mais perigosa quanto é certo que a concorrência normal na aplicação de dois tipos de crime pode também existir a propósito de tipos entre os quais, sob pena de se fazer perder ao conceito toda a fixidez, nunca a relação de consunção se pode afirmar, como, por exemplo, entre o homicídio e o dano»<sup>514</sup>.

---

<sup>512</sup> EDUARDO CORREIA, *A teoria do concurso*, p. 147. Nas p. 146-148, o autor tece mais considerações sobre a inutilidade da categoria. Também na prática, diz, a verificação de que se está em face de um caso de subsidiariedade leva a concluir, em passo anterior, que há entre os dois preceitos uma relação de consunção. E se assim é, «que interesse pode ter continuar a análise para fundamentar uma outra relação, que se denominaria subsidiariedade?»

<sup>513</sup> EDUARDO CORREIA, *A teoria do concurso*, p. 132.

<sup>514</sup> EDUARDO CORREIA, *A teoria do concurso*, p. 133 (para todas as citações do parágrafo).

Quanto à recusa em aceitar como critério da consunção — da unidade de crime, afinal — a normalidade do acontecer, parece de concordar com Eduardo Correia<sup>515</sup>. O mesmo não sucede, porém, com o pressuposto de que os bens jurídicos em causa, se forem vários, hão-de pertencer pelo menos a idêntica *família*. Que deva registrar-se um parentesco entre eles, detectável em abstracto, justifica-se no sistema concursal do autor: convém não esquecer que trata sempre de identificar certas relações entre tipos legais de crime. Para invocar de novo o exemplo utilizado pelo próprio, normas que protejam o bem vida e o bem propriedade jamais protagonizam um «concurso aparente».

Um homicídio pode, no mundo da vida, levar inerente um dano. No mundo dos valores, porém, nada tem a ver o dano com o homicídio. Por conseguinte — em férreo raciocínio cartesiano —, torna-se por definição impossível valorar toda a conduta como um crime contra a vida. Nunca ficaria suficientemente apreciada, pois continuaria a faltar a consideração de uma das suas parcelas, de uma das negações de valores em que o crime consiste.

Nos quadros do «concurso de ilícitos» — e do critério da pertença (ou não) do caso a um só núcleo pessoal-objectivo de antinormatividade —, essa ideia ‘clara e distinta’, porque abstracta, de «mesma família de bens jurídicos» revela-se um colete-de-forças, um obstáculo para a correcta apreensão do desvalor jurídico-penal da situação. Na verdade, como se disse a seu tempo — tanto na crítica a Eduardo Correia, como na exposição da ideia que preside à tese —, nunca uma concepção do ilícito penal que privilegia o desvalor de resultado poderia abrir mão de qualquer porção de antinormatividade consistente na ofensa a um bem jurídico diverso. Faltaria sempre, repete-se, uma parcela de desvalor (um desvalor diferente) a censurar.

Se, pelo contrário, o cerne da antijuridicidade criminal se desloca para o desvalor de acção e a norma penal se compreende como norma de determinação, de natureza prospectiva, a individuação do «facto-crime» e da correspondente punição levar-se-á a cabo de outro modo. O conteúdo de ilícito a sancionar passa a resumir-se ao suficiente para prevenir o cometimento

---

<sup>515</sup> Ver as razões expostas, a propósito do critério de Graf zu Dohna, *supra*, Cap. VI 2. 2.

daquela actuação no futuro. E pode ser que tal aconteça — que se preservem dois ou mais bens jurídicos no caso ofendidos — punindo tão-só pelo facto que em si condensa o inteiro sentido do comportamento. Quer dizer e voltando ao enfoque que permite superar os limites da consunção normativista: há bens jurídicos preserváveis a partir da prevenção de outros. Dependendo da situação. Revejam-se algumas das hipóteses atrás trabalhadas.

Antes de mais, a que diz respeito ao homicídio com uma rajada de tiros, que inutiliza um fato de alto valor. A escolha fica a dever-se à oportunidade que este caso proporciona de esclarecer, quer a questão da diferença de bens jurídicos, quer a do *id quod plerumque accidit*, quer ainda o problema do valor (insignificante ou não) da coisa destruída.

Resolvido segundo a consunção de Eduardo Correia, estar-se-ia perante um concurso efectivo, uma pluralidade de crimes. Pela simples e já conhecida razão de que em causa estão ofensas a dois bens jurídicos de famílias distintas. Além de a normalidade do acontecer, *i.e.*, a experiência de se realizarem juntos amiúde não poder — segundo o próprio — fundamentar a consunção.

Disse-se então que nenhum destes critérios correspondia ao padrão adoptado nesta tese. E afirmou-se ainda que a unidade de ilícito tão-pouco dependia — volte-se ao caso — de que o valor da roupa envergada pela vítima fosse classificado como *quantité négligeable*. Se tal acontecesse, aliás, o dano não seria sequer típico, pelo que se cortaria de raiz qualquer problema de concurso. Relevante para o direito penal restaria apenas o homicídio.

Nos quadros defendidos no presente estudo, o crime contra a vida compendia em si o próprio desvalor do dano, que na concreta situação aparece como pertencente à singular modalidade de execução do mesmo. Não facticamente, entenda-se, mas da perspectiva própria da valoração penal. O conteúdo pessoal-objectivo da norma de determinação «não mates» abrange no caso o dano do fato da vítima. Dispensa a convocação do tipo legal do art. 212º do CP. O que este preceito desaprova e pretende que não venha a repetir-se no futuro — mais destruições, neste particular de fatos de pessoas atacadas a tiro

—, ficará acautelado na exacta medida em que a punição do homicídio prevenir novas violações da vida alheia.

Note-se, por último, que não existe no comportamento descrito qualquer relação meio-fim: o dano não aparece como modo de matar. O critério defendido não passa, portanto, por aí. Tal como nada tem a ver com a simultaneidade da acção e ainda menos dos resultados. A unidade de sentido de ilícito resulta das seguintes considerações. O facto cometido no mundo da vida não nasce dividido em tantas partes quantos os tipos legais que formalmente preenche. Daí que a sua correcta valoração jurídico-criminal dependa, não da relação abstracta entre esses preceitos, mas da descoberta de qual o comando normativo cujo sentido corresponde ao que predomina na situação. E da subsequente pergunta sobre se as necessidades preventivas por ele criadas exigem a autónoma selecção e aplicação de mais alguma norma. Se assim não acontecer — o que vale por dizer, se o desvalor criminal (pessoal-objectivo) da conduta ficar suficientemente abarcado por uma só norma, de tal modo que qualquer outra represente uma redundância —, então a tutela subsidiária e *prospectiva* de bens jurídicos, função do direito penal, fica completa com o sancionamento do facto principal. No caso, não há mais ilícitos-típicos a considerar.

Talvez pudesse afirmar-se — dado o seu carácter material — que a consunção serviria, assemelhar-se-ia ao critério aqui proposto, desde que despida da exigência do mesmo bem jurídico ou de bens jurídicos 'parentes'; ou, pensando na modalidade que a faz assentar na chamada 'normalidade do acontecer', quando se afastasse este fundamento juridicamente pobre. Mas, libertando-a dessas suas limitações, que padrão decisório restaria? Porventura a ideia de que o mais contém o menos, de que a norma mais gravosa prevalece sempre sobre a menos severa. Ora, tão-pouco isso corresponde sempre à



verdade prática, ao justo sentido do ilícito perpetrado, como se salientou com o exemplo do sequestro e do *furtum usus* de veículo<sup>516</sup>.

Para além de que nada disto invalida a posição sustentada no presente estudo, segundo a qual não deve partir-se de todas as normas formalmente preenchidas, para hierarquizá-las a seguir e concluir que umas afastam outras<sup>517</sup>. Tudo o que diz respeito à unidade e pluralidade de ilícitos se integra na normal operação de individuação da norma (ou normas) que o caso convoca.

Deve fazer-se uma derradeira observação, a propósito da figura concursal ideada por Helmut Mayer e acolhida por Eduardo Correia: a denominada «consunção impura»<sup>518</sup>. Trata-se de um problema que surge no âmbito do concurso, com maior evidência quando se parte da pluralidade de normas *preenchidas* pelo caso e do funcionamento do *ne bis in idem* substantivo. Com efeito e deste ponto de vista, pode acontecer que a norma que contém outra — e, por isso, deveria consumi-la —, preveja uma consequência jurídica menos gravosa do que a definida no preceito consumido, contrariando assim, de modo grosseiro, o que o desvalor dos respectivos crimes deixaria antever.

A solução que o autor português apresenta consiste em aplicar o tipo legal que permite a sanção mais gravosa, ao arrepio, portanto, da lógica habitual da consunção. Obtém com isso a vantagem de punir como se presume que o legislador puniria, evitando ao mesmo tempo a violação do *ne bis in idem* que a afirmação do concurso efectivo levaria consigo<sup>519</sup>.

Que dizer desta figura, na óptica do «concurso de ilícitos»? Antes de mais, que a descoberta de hipóteses de crassa incongruência entre o facto individuado em sede de ilícito e a moldura penal que a lei lhe associou é possível, espera-se que por excepção. Sendo possível — também, claro está,

---

<sup>516</sup> Ver, *supra*, VII 3.

<sup>517</sup> Cfr., *supra*, IV 1. 2.

<sup>518</sup> De interesse realçar que a única referência em texto a Eduardo Correia e à sua dissertação que se encontrou em autores estrangeiros diz precisamente respeito à consunção impura. Pode ler-se em GARCÍA ALBERO, "*Non bis in idem*" *material*, p. 419-420.

<sup>519</sup> Falou-se já deste ponto da doutrina de Eduardo Correia em IV 2. 3. c) da Parte Segunda.

quando a norma se convocou de acordo com o procedimento e o critério aqui propostos —, fica por ponderar qual o caminho dogmático a seguir para evitar (ou minimizar) uma solução desadequada.

É certo que, reduzindo o problema às situações de gritante desconcerto — àquelas, por conseguinte, que só uma desatenção do legislador pôde produzir —, constituiria opção tolerável nada fazer, *i.e.*, resignar-se a chamar a atenção do fazedor das leis, para que corrigisse o erro ou o lapso. Contudo, sem quebra do princípio da legalidade, sem separar de modo censurável o nexo delito-sanção, parece poder encontrar-se solução 'de emergência' até à modificação do tipo legal 'com defeito'.

Consiste tal remédio em separar, nesses casos, a norma de determinação da norma de sanção, afirmando o ilícito correspondente à conduta praticada, mas punindo-o dentro da moldura penal que, não fosse o engano legislativo, estaria no seu lugar próprio: como estatuição do tipo legal que, em substância, se elegeu como o que mais de perto agarra o caso em juízo<sup>520</sup>.

### ***5. A reafirmação do critério dogmático-material proposto neste estudo***

Passando em revista as principais categorias do chamado «concurso aparente», confirma-se que nem sempre as decisões que resultam da sua aplicação se mostram consentâneas ou coerentes com as valorações jurídico-penais adequadas às situações a resolver. Por vezes, são os mesmos adeptos dessa visão tradicional que enviesam a lógica a ela inerente para salvaguardarem o acerto material da abordagem, dando assim razão às críticas que a perspectiva aqui proposta lhe dirige. Pense-se na especialidade que privilegia.

---

<sup>520</sup> A solução foi oferecida por ALMEIDA COSTA, *Comentário Conimbricense II*, Art. 262º, § 7. Segue-o agora, entre nós, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal I*, Cap. 43º, § 36. Deve esclarecer-se também que, quando se fala em lapso do legislador, se utiliza a expressão no sentido translato. Ou seja: não se trata de um erro ou engano do legislador, mas da desconformidade entre a aplicação formal dos tipos em causa e os efectivos juízos de valor da lei (em sentido, neste ponto, diferente, *ibidem*, § 33).

Outras vezes, a própria relação concursal é objecto de várias interpretações, que procuram evitar algum sem-sentido que o normal desenrolar da sua aplicação ocasionaria. Relembre-se a «subsidiariedade expressa» e o problema que uma interpretação literal da mesma suscita.

Por último, a própria ideia de subsidiariedade implícita e de consunção — em busca, por certo, de razões substanciais — não deixa de sofrer com a colocação do problema em sede de cotejo entre tipos legais de crime, na sua formulação abstracta, ao menos como ponto de partida. Veja-se, por exemplo, o nunca ultrapassado problema do concurso (sempre efectivo) entre homicídio e dano do fato envergado pelo sujeito passivo.

Talvez por tudo isto seja de levar a sério a suspeita de que não é possível encontrar, para o problema do concurso, um critério formal ou, ao menos, capaz de o resolver em abstracto e de modo quase automático. Melhor: de que não se torna desejável encontrá-lo dessa índole, dado que decide, com alguma frequência, num sentido materialmente inadequado.

Será então chegado o momento de acrescentar: o critério do uno e do múltiplo em direito penal há-de caracterizar-se por ser material e concreto. Sem empecilhos formais que alarguem desnecessariamente as margens da acumulação criminosa. Com a ductilidade adequada ao julgamento de comportamentos perpetrados, como não podia deixar de ser, no mundo da vida. Vindo da própria ciência jurídico-criminal. Com assento no estrato dogmático do ilícito-típico, por ser o último de natureza objectiva — melhor, pessoal-objectiva — e não ainda individual-subjectiva, como a culpa (que, por outra parte, nunca multiplica delitos).

Julga-se ter enunciado as notas essenciais do padrão decisório apresentado nesta dissertação sob o nome de concurso de «ilícitos», ou, se se preferir, de devolução do problema da unidade e pluralidade de factos-crime ao normal trabalho judicial de individuar, qualificando-os, os conteúdos de antinormatividade penal presentes no comportamento de alguém.

Nem se diga que acaba de propor-se um critério inservível, por evanescente e aberto ao arbítrio dos tribunais. Na verdade, pede-se ao julgador

o que é natural pedir-lhe. Com um grau de dificuldade semelhante, ou menor até, ao que reveste a tarefa de sentenciar se há ou não, em cada caso, matéria criminalmente relevante, onde se inclui, para ir ao concreto, o decifrar de uma eventual violação do dever de cuidado, indispensável para a afirmação do facto negligente. E, sobretudo, a dúvida concursal é deste modo ultrapassada numa direcção geral restritiva, *favor rei*, na medida em que estreita as margens da pluralidade criminosa.

## BIBLIOGRAFIA

ABELS, Peter, *Die "Klarstellungsfunktion" der Idealkonkurrenz*, Marburg: N. G. Elwerth Verlag Marburg, 1991.

ANDRADE, Abel de, filho, *Estudos de direito penal*, Lisboa, 1925.

ANDRADE, João da Costa, *Da unidade e pluralidade de crimes. Doutrina geral e crimes tributários*, Coimbra, Coimbra Ed., 2010.

ANDRADE, M. da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, vol. I, Coimbra: Coimbra Ed., 2ª ed., 2012, Art. 190º.

—, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, vol. I, Coimbra: Coimbra Ed., 2ª ed., 2012, Art. 150º.

ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto Penale — Parte Generale*, 13ª ed. a cura di Luigi Conti, Milano, Giuffrè Ed., 1994.

—, «Sul concorso apparente di norme», in *RIDP* 1948, p. 1-15.

BACIGALUPO, Enrique, *Sobre el concurso de delito fiscal y blanqueo de dinero*, Civitas/Thomson Reuters, 2012.

BALLESTEROS, Jesús, *Postmodernidad: decadencia o resistencia?*, 2ª ed., Madrid: Tecnos, 2000.

BARTOLI, Roberto, «L' irrilevanza penale del fatto», in *RIDPP*, (2000), p. 1473-1512.

BAUMANN, Jürgen, «Straflose Nachtat und Gesetzeskonkurrenz», *MDR*, (1959), p. 10-12.

—, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bielefeld, 1977.

BAUMGARTEN, Arthur, «Die Idealkonkurrenz», *Festgabe für Reinhard von Frank*, vol. II, Tübingen: J. C. B. Mohr, 1930, p. 188 s.

BELEZA, Teresa, *Direito penal 2º volume*, 2ª ed., Lisboa: AAFDL, 1998.

BELING, Ernst, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1906.

BINDING, Karl, *Handbuch des Strafrechts*, Leipzig: 1885.

BRITO, José de Sousa e, «Sentido e valor da análise do crime», in *Direito e Justiça* (1989/90), vol. IV, p. 109-144.

CAEIRO, Pedro, *Sobre a natureza dos crimes falenciais (O património, a falência, a sua incriminação e a reforma dela)*, Coimbra: Coimbra Ed., 1996.

—, /SANTOS, Cláudia, «Negligência inconsciente e pluralidade de eventos: Tipo de ilícito negligente - Unidade criminosa e concurso de crimes - Princípio da culpa», *RPCC* 1996, p. 133 s.

CARVALHO, A. Taipa de, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 1ª ed., 1999, Art. 302º.

COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

COENDERS, *Über die Idealkonkurrenz*, 1921.

CORREIA, Eduardo, «A punição da reincidência e da sucessão de crimes no direito português», *RLJ*, ano 86, p. 225-245.

—, *A teoria do concurso em direito criminal*, (reimp.), Coimbra: Almedina, 1963.

—, «Pena conjunta e pena unitária no sistema punitivo do concurso de infracções», *RDES*, ano II, p. 380-396 e ano III, p. 95-118 e 139-163.

—, «Reincidência e sucessão de crimes», *RLJ*, ano 86, p. 49-164.

—, *Direito criminal I*, (reimp.), Coimbra: Almedina, 1971.

—, *Direito criminal II*, (reimp.), Coimbra: Almedina, 1988.

COSTA, A. M. Almeida, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 1ª ed., 1999, art. 262º.

—, *Ilícito pessoal, imputação objectiva e comparticipação em direito penal*, Coimbra, 2013 (agradece-se ao autor o acesso à obra, ainda não publicada).

COSTA, Mário Júlio Almeida, *História do direito português*, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1996.

COSTA, José de Faria, «Formas do crime», *O novo Código Penal português e legislação complementar: Jornadas de direito criminal*, I fase, Centro de Estudos Judiciários, 1983.

—, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 1ª ed., 1999, art. 208º.

—, *Noções fundamentais de direito penal (Fragmenta iuris poenalis)*, 3ª ed., Coimbra: Coimbra Ed., 2012.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín, «La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal», *Anuario de Derecho*

*Penal y Ciencias Penales* (enero-abril 1979), p. 45-91 e (mayo-agosto 1979), p. 450-477.

CUERDA RIEZU, A., *Concurso de delitos y determinación de la pena*, Madrid: Tecnos, 1992.

—, «Concurso de delitos; Concurso de leyes o normas», in *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid: Ed. Civitas.

—, «El concurso de delitos en el borrador del anteproyecto de CP 1990», in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (sept.-dic. 1991), p. 821-66.

CUNHA, J. M. Damião da, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 1ª ed., 1999, art. 251º.

CUNHA, M. Conceição, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 1ª ed., 2001, art. 321º.

DAHM, G., *Das Strafrecht italiens im ausgehenden Mittelalter*, Berlin und Leipzig: Walter de Gruyter, 1931.

D'ALMEIDA, Luís Duarte, *O 'concurso de normas' em direito penal*, Coimbra: Ed. Almedina, 2004.

DE FRANCESCO, G., «Concorso aparente di norme», in *Digesto delle discipline penalistiche*, II, Torino: UTET.

—, «La connessione teleologica del quadro del reato continuato», in *RIDPP*, (1978), p. 103-124.

DELITALA, Giacomo, «Concorso di norme e concorso di reati», in *RIDP* (1934), p. 104-110.

—, «Contraffazione di marchio e frode in commercio: concorso di norme o concorso di reati?», in *RIDP*, (1934), p. 250-60.

DIAS, Jorge de Figueiredo, «Sobre o estado actual da doutrina do crime. 1ª Parte: Sobre os Fundamentos da Doutrina e a Construção do Tipo-de-Ilícito», *RPCC*, Ano I (1991).

—, «Sobre o estado actual da doutrina do Crime. 2ª Parte: Sobre a Construção do Tipo-de-Culpa e os Restantes Pressupostos da Punibilidade», *RPCC*, Ano 2 (1992).

—, *Direito Penal. Parte Geral*, Tomo I, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

DOHNA, Graf zu, «Grenzen der Idealkonkurrenz», in *ZStW*, (1941), p. 131-138.

DONATI, Pierpaolo, *Manuale di sociologia della famiglia*, 2ª ed., Roma-Bari: Editori Laterza, 1999.

—, *La cittadinanza societaria*, Roma-Bari: Laterza, 1993.

—, *Teoria relazionale della società*, Milano: F. Angeli, 1991.

EDWARD, David, «Le rôle de la jurisprudence dans le Common Law», in *BFD, Studia Iuridica n° 38 (O Direito Comunitário e a Construção europeia)*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

ENGISCH, K., *La idea de concreción en el derecho y en las ciencias jurídicas actuales*, trad. Gil Cremades, Pamplona, 1968.

ERB, Volker, «Überlegungen zu einer Neuordnung der Konkurrenz», in *ZStW* 117 (2005), p.37-107.

FARIA, Paula Ribeiro de, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 1ª ed., 1999, art. 293º.

FARINACIUS, P., *Praxis et theoricæ criminalis*, Libri duo, Endter, 1676.

FERRÃO, F. A. F. da Silva, *Theoria do direito penal*, Lisboa: Typografia Universal, 1856, vol I e III.

FEUERBACH, P. J. Anselm von, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, hers. von Mittermaier, Giessen: G.F. Heyer's Verlag, 1847.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Direito penal português I*, Lisboa: Ed. Verbo, 2ª ed., 1981.

—, *Direito penal português II*, Lisboa: Ed. Verbo, 2ª ed., 1982.

—, *Lições de direito penal I*, 4ª ed., Lisboa: Ed. Verbo, 1992.

FIANDACA/MUSCO, *Diritto Penale. Parte generale*, 3ª ed., Bologna: Zanichelli Editore, 1995.

FROSALI, Raoul Alberto, *Concorso di norme e concorso di reati*, reimp., Milano: Giuffrè Ed., 1971.

GARCÍA ALBERO, Ramón, *"Non bis in idem" material y concurso de leyes penales*, Barcelona: Cedecs Ed., 1995.

GARCÍA PLANAS, G., «Consecuencias del principio non bis in idem en derecho penal», in *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1989.

GEERDS, Friedrich, *Zur Lehre von dem Konkurrenz im Strafrecht*, Hamburg: 1961.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida», in *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, (1990), p. 443 s.



—, «Concurso de leyes, error y participación en el delito (Crítica al libro de E. Peñaranda)», in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (sept.-dic. 1992), p. 833-54.

—, *Estudios de Derecho penal*, 2ª ed., Madrid, 1980.

—, *Introducción a la Parte general del Derecho penal español*, Madrid (Facultad de Derecho, Univ. Complutense), 1979.

GIULIANI, V., *Dovere di soccorso e stato di necessità nel diritto penale*, Milano: 1970.

GÖSSEL, Karl Heinz, recensão à obra de Puppe 'Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen', in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (1982), p. 134-6.

HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd von, «Der Fortsetzungszusammenhang», in *JA*, 1993, Heft 5 p. 136 s.

HERZBERG, R.D., «Ne bis in idem - Zur Sperrwirkung des rechtskräftigen Straurteils», in *Juristische Schulung*, März 1972, Heft 3, p. 113-120.

HIPPEL, Robert von, *Deutsches Strafrecht*, J. Springer, 1925.

HOCHMAYR, Gudrun, *Subsidiarität und Konsumtion. Ein Beitrag zur strafrechtliche Konkurrenzlehre*, Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1997.

HONIG, Richard, *Straflose Vor- und Nachtat*, Leipzig: Dr. Werner Scholl, 1927.

—, *Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit*, Berlin/Leipzig: J. Bensheimer/Mannheim, 1925.

HÖPFNER, W., *Einheit und Mehrheit der Verbrechen*.

IMPALLOMENI, *Istituzioni di diritto penale*, 2 reimp, Torino, 1916.

JAKOBS, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Berlin, New York: Walter de Gruyter, 1993.

—, *Derecho Penal. Parte general*, Trad. cast. de J. Cuello Contreras e J.L. Serrano, Madrid: Marcial Pons, 1995.

—, *Die Konkurrenz von Tötungsdelikten mit Körperverletzungsdelikten*, Bonn: Ludwig Röhrscheid Verlag, 1967.

—, «Zusammentreffen von versuchtem Totschlag und schwerer Körperverletzung», in *NJW*, (1969), p. 437-8.

—, /CANCIO MELIA, M., *Derecho penal del enemigo*, Madrid: Ed. Civitas, 2003.

- JESCHECK, H.-H., «Die Konkurrenz», in *ZStW*, (1955), p. 529-555.
- , /WEIGEND, Th., *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1996.
- KLUG, U., *Konkursstrafrecht*, Berlin: Walter de Gruyter, 1973.
- , «Zum Begriff der Gesetzkonkurrenz», in *ZStW*, (1956), p. 398-416.
- , «Sobre el concepto de concurso de leyes (Análisis lógico de una regulación lingüística de la dogmática penal)», in *Problemas de la filosofía y de la pragmática del derecho*, Barcelona/Caracas: Ed. Alfa, 1989, p. 55-73.
- KOCH, «Sondergesetz, Subsidiaritätsklausel und Sicherheidsmassnahmen», in *Goltdammer's Archiv*, (1960).
- KOJÈVE, A., *Esquisse d' une phénoménologie du droit*, Gallimard, Paris, 1981 (trad. italiana, com introdução de D' Agostino: *Linee di una fenomenologia del diritto*, Milano: Jaca Book, 1990).
- KOSLOWSKY, Peter (Hrsg.), *Das Gemeinwohl zwischen Universalismus und Partikularismus*, Stuttgart-Bad Cannstatt: Frommann-holzboog, 1999.
- KRAUSS, Detlef, Zum Begriff der straflosen Nachtat, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (1965), p. 173-181.
- KÜHL, Kristian, «Das leidige thema der konkurrenz», in *JA*, (1978), p. 480.
- , *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7ª ed., Munique: Nomos Verlag, 2012.
- LARENZ, Karl, *Hegel Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung. Ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre der "juristischen Kausalität"*, Leipzig: Dr. Werner Scholl, 1927.
- LISZT, Franz von, *Tratado de derecho penal*, trad. da 18ª ed. alemã (1º vol.) e da 20ª ed. alemã (2º e 3º vol.) por Luis Jiménez de Asúa, Madrid, Reus, 1917.
- , /SCHMIDT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin und Leipzig: Walter de Gruyter, 26ª ed., 1932.
- LOZZI, Gilberto, «Fatto antecedente e successivo non punibile nella problematica dell'unità e pluralità di reati», in *RIDDP* (1959), p. 940 s.
- , *Profili di una indagine sui rapporti tra "ne bis in idem" e concorso formale di reati*, Milano: Giuffrè Editore, 1974.
- , «Reato progressivo e "ne bis in idem"», in *RIDPP*, (1981), p. 1236-55.
- MACHADO, Miguel Pedrosa, «Nótula sobre a relação de concurso ideal entre burla e falsificação», in *Direito e Justiça*, (1995), vol. IX, tomo 1, p. 251-254.

MAIWALD, Manfred, *Die natürliche Handlungseinheit*, Heidelberg: Winter, 1964.

MANTOVANI, Ferrando, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna: Nicola Zanichelli Ed., 1966.

—, *Diritto penale. Parte Generale*, 3ª ed., Padova: CEDAM, 1994.

MARINUCCI, Giorgio / DOLCINI, Emilio, *Corso di diritto penale I*, 3ª ed., Milano: Giuffrè Editore, 2001.

MATTA, J. Caeiro da, *Direito criminal português*, vol. I e II: Coimbra, F. França Amado Editor, 1911.

MAURACH, R., *Tratado de derecho penal*, trad. cast. por J. Cordoba Roda, Barcelona: Ed. Ariel, 1962.

MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht. BT*, Teilband 2, 7ª ed., Heidelberg: C. F. Müller, 1988.

MAURACH/ SCHROEDER/ZIPF, *Strafrecht. AT*, Teilband 2, 7ª ed., Heidelberg: C. F. Müller, 1989.

MELIÁ, Cancio, «Finale Handlungslehre und objektive Zurechnung», in *GA* (1995), p. 179s.

MESQUITA, Paulo Dá, *O concurso de penas*, Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

MEZGER, Edmund, «Die subjektiven Unrechtselemente», *GS* 89 (1924), p. 207-314.

—, *Strafrecht*, 3ª ed., Berlin und München: Duncker & Humblot, 1949.

MIR PUIG, Santiago, «Sobre el tipo subjetivo del concurso de delitos (jurisprudencia crítica)», in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (enero-abril 1987), p. 203-210.

—, «Sobre la relación entre parricidio y asesinato», in *Criminología y derecho penal al servicio de la persona (Libro-homenaje al Profesor Antonio Beristain)*, San Sebastián: 1989, p. 823-35.

—, *Derecho penal. Parte general*, 9ª ed., Barcelona:, Ed. Reppertor, 2011.

MODONA, Guido Neppi, «Inscindibilità del reato complesso e ne bis in idem sostanziale», in *RIDPP* (1966), p. 200-211.

MOMMSEN, Theodor, *Römisches Strafrecht*, 2. Neudruck der Ausgabe, Leipzig, 1899, Scientia Verlag Aalen, 1990.

MONIZ, Helena, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 1ª ed., 1999, Art. 297º.

MONTEIRO, Cristina Líbano, «Crime continuado e bens pessoalíssimos», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 733-755.

—, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 1ª ed., 2001, Art. 355º.

MONTENBRUCK, Axel, *Strafrahmen und Strafzumessung*, Berlin: Duncker & Humblot, 1983.

—, «Gesamtstrafe: eine verkappte Einheitsstrafe?», *in JZ*, (1989), p. 332 s.

MORO, Aldo, *Unità e pluralità di reati*, Padova, 1959.

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

MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

MUSCATIELLO, Vincenzo Bruno, *Pluralità e unità di reati — per una microfisica del molteplice*, Milano: CEDAM, 2002.

NEVES, António Castanheira, *O actual problema metodológico da interpretação jurídica I*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NUVOLONE, Pietro, «Pluralità di delitti e pluralità di delinquenti», *in RIDPP* (1959), p. 1085-1108.

ORLANDIS, José, «Sobre el concepto del delito en el derecho de la alta edad media», *in Anuario de historia del derecho*, (1945), p. 112-192.

OSÓRIO, Luís, *Notas ao Código penal português*, Coimbra: França e Arménio, 1917.

OSTENDORF, «Das Geringfügigkeitsprinzip als strafrechtliche Auslegungsregel», *GA* 1982, p. 333-345.

OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeiner Strafrechtslehre*, 7ª ed., Berlin: W. de Gruyter, 2004.

PACILEO, Vincenzo, «Concorso di reati», *in Enciclopedia giuridica*, 2010.

PAGLIARO, Antonio, «Bene giuridico e interpretazione della legge penale», *in Studi Antolisei*, II, Milano: 1965, p. 407 s.

—, «Concorso di norme (diritto penale)», in *Enciclopedia del diritto*, VIII, Milano: Giuffrè Ed., 1961.

—, «Concorso di reati», in *Enciclopedia del diritto*, VIII, Milano: Giuffrè Ed., 1961.

—, «Connessioni di reati», in *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano: Giuffrè Ed., 1961.

—, *I reati connessi*, Palermo, 1956.

—, *Principi di diritto penale - Parte generale*, 7<sup>a</sup> ed., Milano: Giuffrè Ed., 2000.

—, «Relazioni logiche ed apprezzamenti di valore nel concorso di norme penali», in *Indice Penale*, 1976, 217 s.

PAIVA, José da Cunha Navarro de, *Manual do Ministério Público por ordem alfabética*, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1860.

—, *Estudos de direito penal*, Lisboa: Bertrand, [1915].

PALIERO, *Minima non curat praetor. Ipertrófia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatelari*, Padova, 1985.

PAPA, Michele, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale. Contributo allo studio del concorso apparente di norme*, Torino: Giappichelli, 1997.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique, *Concurso de leyes, error y participación en el delito (Un estudio crítico sobre la unidad del título de imputación)*, Madrid: Ed. Civitas, 1991.

PEREDA, Julián, «Famosus latro», in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (enero-abril 1962), p. 5-21.

PINTO, Basílio Alberto de Sousa, *Lições de direito criminal português*, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1861.

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, «O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal», in *RPCC* (1997) 1, p. 7-100.

PROSDOCIMI, Salvatore, *Concorso di reati e di pene*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, II, Torino: UTET.

—, *Contributo alla teoria del concorso formale di reati*, Padova: CEDAM, 1984.

—, *Profili penali del postfatto*, Milano: Giuffrè Ed., 1982.

PUPPE, Ingeborg, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, Berlin: Duncker & Humblot, 1979.

—, «Funktion und Konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz», in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (1982), p. 143 s.

—, «Exklusivität von Tatbeständen», in *JR*, (1984), p. 229-234.

—, «Vorbemerkung zu § 52» e «§ 52», in *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 1, 4<sup>a</sup> ed. Baden-Baden: Nomos, 2013.

RAINER, Lippold, *Die Konkurrenz bei Dauerdelikten als Prüfstein der Lehre von den Konkurrenz. Ein Beitrag zum Problem des Normenkonfliktes*, Heidelberg: R.v.Decker & C.F.Müller, 1985.

RAMPIONI, Roberto, *Reato permanente*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVIII, Milano: Giuffrè Ed., 1961.

RHONHEIMER, Martin, *Acta Philosophica*, (2008), fasc. 1, vol.17, p. 94.

—, «Perché una filosofia politica?», *Acta Philosophica* (1992) fasc. 2, Roma: Armando Editore.

—, *La filosofia politica di Thomas Hobbes: coerenza e contraddizioni di un paradigma*, Roma: Armando Editore, 1997.

RISSING-VAN-SAAN, Ruth, *LK*, 12<sup>a</sup> ed., 2013, *Vor § 52*.

ROXIN, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band 2, Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München: Beck Juristischer Verlag, 2003.

—, «Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht», *JuS* 1964, p. 373 s.

RUDOLPHI, Hans Joachim, *JZ* 9/1998, p. 471-2.

SANTALUCIA, Bernardo, *Diritto e processo penale nell' antica Roma*, 2<sup>a</sup> ed., Milano: Giuffrè editore, 1998.

SANTIAGO NINO, Carlos, «Concurso y continuación de delitos de omisión», in *Doctrina Penal* (abril-junio 1982), p. 283-353.

—, *El concurso en el derecho penal*, Buenos Aires: 1972.

SANTOS, José Bezeza dos, «Crime continuado», in *RLJ*.

SANZ MORÁN, A. J., *Alternatividad de leyes penales*, 1989.

—, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Universidad de Valladolid, Secretariado de publicaciones, 1986.

SCHAFFSTEIN, F., *Die allgemein Lehren vom Verbrechen*, Berlin: J. Springer, 1930.

—, «Soziale Adäquanz und Tatbestandslehre», *ZStW* 1960, p. 107 s.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1970.

SCHMIDT, Andrei Zenkner, «Concurso aparente de normas penais», in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 9 (janeiro-março 2001), p. 67-100.

SCHMIDT, E., *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin und Leipzig: Walter de Gruyter, Ed. 26, 1932.

SCHMITT, Rudolf, «Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht», in *ZStW*, (1963), p. 43-62 e 179-219.

S/S/STREE/STERNBERG-LIEBEN, 28<sup>a</sup> ed., 2012.

SCHRÖDER, Horst, «Sicherungsbetrug und Sicherungserpressung», in *MDR* (1950), p. 398-401.

—, «Konkurrenzprobleme bei den erfolgsqualifizierten Delikte», in *NJW* (1956) II, p. 1737-9.

SCHROEDER, F-C., «Der Irrtum über Tatbestandsalternativen», in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (1979), p. 321-328.

SÊCO, Henriques, «História geral da idade média (direito criminal)», in *RLJ*, ano 9, p. 225-259.

—, «Theoria da acumulação ou pluralidade de delitos», in *RLJ*, ano 9, p. 49-83.

—, «Theoria da conexão dos crimes», in *RLJ*, ano 9, p. 97-114.

SEIÇA, A. Medina de, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 1<sup>a</sup> ed., 2001, art. 337<sup>o</sup> e 371<sup>o</sup>.

SEIER, «Die Gesetzeinheit», in *Jura*, (1983), p. 225.

SILVA, Germano Marques da, *Direito penal português. Parte Geral I: Introdução e Teoria da Lei Penal*, 2<sup>a</sup> ed., Lisboa: Ed. Verbo, 2001.

—, *Direito penal português. Parte Geral II: Teoria do crime*, 2<sup>a</sup> ed., Lisboa: Ed. Verbo, 2005.

SINISCALCO, *Il concorso aparente di norme nell'ordinamento penale italiano*, Milano: Giuffrè Ed., 1961.

SOUZA, Joaquim José Caetano Pereira e, *Classes dos crimes por ordem systemática*, Lisboa: na Regia Officina Typografica, 1803.

STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte General. I: El hecho punible*, (trad. de la 2ª ed. alemana (1976) de Gladys Romero), Caracas/Madrid: Edersa, 1982.

—, /KUHLEN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, 6ª ed, Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Verlag, 2000.

STRUENSEE, Eberhard, *Die Konkurrenz bei Unterlassungsdelikten*, Bonn: Ludwig Röhrscheid Verlag, 1971.

THIEL, Sven-Markus, *Die Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen*, Frankfurt am Main; Berlin; Bern; Bruxelles; New York; Wien: Lang, 2000.

TIEDEMANN, K., «Die mutmassliche Einwilligung, insbesondere bei Unterschlagung amtliche Gelder — *OLG Köln*, NJW 1968, 2348», *JuS* 1970, p. 108 s.

TRECHSEL/NOLL, *Schweizerisches Strafrecht. Allgemeine Teil I*, 4ª ed., Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1994.

VALLE, Abel Pereira do, *Anotações ao livro primeiro do Código penal português*, Porto: Magalhães e Moniz, [1895?].

VASSALLI, Giuliano, «Antefatto non punibile», in *Enciclopedia del diritto*, II, Milano: Giuffrè Ed., 1961.

—, «Le norme penale a più fattispecie», in *Studi in onore di Francesco Antolisei*, vol. III, 1958, p. 346-422.

—, «Progressione criminosa e reato progressivo», in *Enciclopedia del diritto*, XXXVI, Milano: Giuffrè Ed., 1961.

VIVES ANTÓN, T.S., *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, Valencia: Universidad, Inst. Criminología y Dep. Derecho, 1981.

VOGLER, «Funktion und Grenzen des Gesetzeinheit», in *Bockelmann-FS*, 1979.

VON BAR, L., *Gesetz und Schuld im Strafrecht III*, Berlin: J. Guttentag, Verlag, 1909.

WARDA, Günther, «Grundfragen der strafrechtlichen Konkurrenzlehre», *Juristische Schulung*, März 1964, Heft 3, p. 81-93.

WEGSCHEIDER, H., *Echte und scheinbare Konkurrenz. Zu materiellrechtlichen und prozessualen Fragen des 'Zusammentreffens strafbarer Handlungen'*, Berlin, 1980.

WELZEL, Hans, *Naturalismus und Wethphilosophie im Strafrecht*, Mannheim/Berlin/Leipzig: Deutsches Druck- und Verlagshaus GMBH, 1935.

—, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., Berlin: De Gruyter Lehrbuch, 1969.



—, «Das Verhältnis der Tötungsdelikte zu den Körperverletzungsdelikten», in *Festschrift für Hellmuth von Weber*, 1963, p. 242-6.

—, *Das Neue Bild des Strafrechtssystems; eine Einführung in die finale Handlungslehre*, Göttingen: Otto Schwartz, 4<sup>a</sup> ed. 1961.

WERLE, Gerhard, *Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzesverletzung*, Berlin: Duncker & Humblot, 1981.

WILHEM, Endrik, *Die Konkurrenz zwischen Begehungs- und Unterlassungsdelikten*, München, 1992.

ZAGREBELSKY, Vladimiro, «Disegno criminoso e desviaciones, vere ed apparenti, dal previsto», in *RIDPP*, (1968), p. 825-836.

—, *Reato continuato*, 2<sup>a</sup> ed. Milano: Giuffrè Ed., 1976.

—, «Reato continuato», in *Enciclopedia del diritto*, XXXVIII, Milano: Giuffrè Ed., 1961.

ZOGLAUER, Thomas, *Normenkonflikte: zur Logik und Rationalität ethischen Argumentierens*, Stuttgart-Bad Cannstatt: Frommann-Holzboog, 1998.

ZSCHOCKELT, Alfons, «Die praktische Handhabung nach dem Beschluß des Großen Senats für Strafsachen zur fortgesetzten Handlung», in *NStZ* 1994 Heft 8, p. 361 s.