



BERNARDO ARAUJO DA LUZ

**A RELAÇÃO CONSUNTIVA: DE UMA ANÁLISE  
ESTRUTURAL DO PROBLEMA DO CONCURSO EM  
DIREITO CRIMINAL ATÉ A AFERIÇÃO DO  
ENTENDIMENTO EMANADO DOS TRIBUNAIS**

Mestrado em Direito/Menção em Ciências Jurídico-Criminais

JULHO/2016



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



FDUC FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Bernardo Araujo da Luz

A relação consuntiva: de uma análise estrutural do problema do concurso em direito criminal até a aferição do entendimento emanado dos tribunais.

*The consumptive relationship : from a structural analysis of concurrence problem in criminal law until the measurement of understanding emanated from the courts.*

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de mestre), na Área de Especialização em Ciências jurídico-criminais.

Orientador: Professor Doutor António Pedro Nunes Caeiro

Coimbra, 2016

*“O amor é mestre, mas é preciso saber adquirí-lo, porque se adquire dificilmente, ao preço de um esforço prolongado; é preciso amar, de fato, não por um instante, mas até o fim.”*

*(Fiódor Dostoiévski; In: Os Irmãos Karamazóv)*

**A relação consuntiva: de uma análise estrutural do problema do concurso em direito criminal até a aferição do entendimento emanado dos tribunais.**

Autor: Bernardo Araujo da Luz  
Orientador: António Pedro Nunes Caeiro

**RESUMO**

O concurso de crimes em direito penal açambarca um sem número de polêmicas doutrinárias. Cuida de uma situação deveras importante quando de sua manifestação, já que influi diretamente no estabelecimento da moldura penal a ser cominada em desfavor do condenado. Nesta seara, e pela importância que um reflexo de tal envergadura desata de uma aplicação titubeante do direito material repressivo, exsurge o presente trabalho, buscando tratar, desde uma análise estrutural do problema do concurso até as hipóteses da consunção e as posições externadas pelas Cortes. Entendemos os conceitos que contemplam a unidade e pluralidade de delitos. Depois, consolidamos as ideias do concurso aparente de normas. Por fim, em especial destacamos a figura da consunção e suas aporias. Por derradeiro, fazemos uma discussão jurisprudencial. De tudo, entendemos pela ausência de definição de critérios e pela possibilidade de serem operados julgamentos injustos. Logo, no intento denunciarmos estas eventuais incompatibilidades, buscamos o estudo das doutrinas mais relevantes sobre o tema. São manejados raciocínios próprios, advindos do estudo do concurso e da relação consuntiva. A investigação contempla, então, o enfrentamento de uma matéria bastante controversa e que imanta consequências bastante graves no mundo real, pelo que propomos, como conclusão, uma abordagem conjunta, dita *simbiótica*, de critérios interpretativos para o estabelecimento do enquadramento típico a ser afixado na hipótese concreta que se apresenta ao Judiciário.

**Palavras-Chave:** Concurso de crimes. Unidade e pluralidade. Concurso aparente. Relação consuntiva.

Coimbra University  
Law School

**The consumptive relationship : from a structural analysis of concourse problem in criminal law until the measurement of understanding emanated from the courts.**

Author: Bernardo Araujo da Luz  
Orienting: António Pedro Nunes Caeiro

**ABSTRACT**

The concourse of crimes in criminal law loads a lot of doctrinal controversies. Takes care of a rather important situation when it manifests itself, because it directly influences the establishment of the sanction to be imposed to the detriment of the convict. In this area, and the importance of a reflection of such magnitude unties a faltering implementation of repressive right equipment, exsurge this work, seeking to address, from a structural analysis of the concourse problem until the chances of consumption and positions judgments by courts. We understand the concepts that consider the unity and plurality of crimes. Then we consolidate the ideas of apparent concourse rules. Finally, in particular we highlight the figure of consumption and its particularities. For last, we make a judgments discussion. After all, we understand the lack of definition of criteria and the possibility of being operated unfair trials. Thus, with the intent to denounce these asymmetries, we seek the study of the most important doctrines on the subject. We build own reasonings, arising from the study concourse and consumptive relationship. The research includes then facing a very controversial matter and that magnetizes very serious consequences in the real world, so we propose, in conclusion, a joint approach, said *symbiotic*, interpretive criteria for the typical framework establishment to be posted on concrete hypothesis that presents to the Judiciary.

**Keywords:** Concourse of crimes. Unity and plurality . Apparent concourse. Consumptive relationship.

## **AGRADECIMENTOS.**

Agradeço e dedico – compelido pelo mais puro e afável sentimento – aos meus amados e valorosos pais, Paulo Roberto e Arisa, por todo o carinho, esforço, irrestrito apoio, pelos exemplos de vida e superação, e, quiçá (bem sabemos), pela pitada de paciência para comigo em tempos de turbulência...

Aos meus irmãos, Bruna e Artur (pela ordem), pelo companheirismo, incentivo e amor de sempre...

Ao meu estimado orientador e cultor, Senhor Professor Doutor Pedro Caeiro, pela compreensão inerente às dificuldades de logística e de espaço-tempo que um oceano nos impunha, pelo fomento às buscas e à inquietação que devem pautar uma investigação tal e, sobretudo, pela incalculável contribuição para o desenvolvimento das ideias...

À querida família Mendes, que me acolheu em seus braços cá em Portugal, e fez-me em casa sentir, por todo o afeto despendido...

Aos meus caros amigos e a todos que, à sua maneira, possibilitaram a confecção do presente trabalho....

À FDUC, à cidade de Coimbra e aos prezados colegas, todos eternizados em meu peito...

Finalmente, *agradeço*, com o coração acalantado e a sensação de dever cumprido!

## **Siglas e Abreviaturas**

A. – Autor(a)

CP – Código Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

ED – Editora

FDUC – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TPI – Tribunal Penal Internacional

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

## Índice.

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>PRIMEIRA PARTE - §1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O TEMA.....</b>	<b>15</b>
1.1. Da unidade e pluralidade de crimes como pano de fundo conducente à consunção nas hipóteses concretas. ....	19
1.1.1. As diferentes classificações doutrinárias: concurso ideal/real; homogêneo/heterogêneo na <i>unidade e pluralidade de crimes</i> . ....	23
1.1.2. Concurso de crimes segundo o sistema jurídico-penal: questões importantes ao deslinde do trabalho.....	28
<b>SEGUNDA PARTE - §2 O CONCURSO (APARENTE) DE NORMAS:.....</b>	<b>36</b>
2.1. Situando o tema: o concurso de leis.....	36
2.2. Definição de aplicabilidade no que se coaduna com o concurso aparente de normas: apontamentos a partir do especial enfoque crítico na teoria de Duarte D’Almeida.....	44
2.3. Da Teorização do concurso “aparente” de normas. ....	56
2.4. Crítica incidente sobre as perspectivas tradicionais do concurso aparente de normas: um prelúdio da tese de Líbano Monteiro. ....	61
<b>TERCEIRA PARTE - § 3 MÉTODOS/PRINCÍPIOS DE RESOLUÇÃO: A ESPECIALIDADE E A SUBSIDIARIEDADE.....</b>	<b>70</b>
3.1. A especialidade como critério resolutivo do concurso aparente de normas: .....	70
3.2. A relação de subsidiariedade entre as normas e suas consequências na definição do concurso aparente:.....	74
<b>QUARTA PARTE - §4 O PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO A PARTIR DOS PANAMORAMAS JÁ DEFINIDOS.....</b>	<b>78</b>
4.1. A consunção: aspectos gerais.....	78
4.2. A teoria de Figueiredo Dias e suas inferências incidentes na consunção. ....	93
4.3. A teoria de Líbano Monteiro e suas inferências incidentes na consunção.....	97
4.4. A consunção impura e uma novel proposta de exemplificação concreta: a relação entre os tipos incriminadores do tráfico de estupefacientes e da associação criminosa. ....	102
4.5. Apreciação final. A relação consuntiva e os entendimentos prolatados pelos tribunais: constatações a partir de alguns julgados; segurança jurídica; harmonia de posicionamento; garantias constitucionais;.....	109
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>118</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>121</b>



**JURISPRUDÊNCIA.....127**

## INTRODUÇÃO.

A problemática do concurso em direito penal se afigura uma contenda de forte debate no âmbito da doutrina geral portuguesa. Em que pese, em um primeiro olhar, se limitar à questão da determinação da prática, pelo agente, de uma pluralidade ou unidade de delitos e/ou a concorrência de leis, é cediço que os mecanismos para a aferição dos tipos incriminadores violados, o emolduramento sancionatório e, por conseguinte, as consequências jurídicas do crime, se amostram deveras variados pelo que se observa das construções doutrinárias que emanam acerca da temática.

Acontece que a incidência plúrima (ou não incidência) não se limita ao plano da realização de condutas criminosas – quer seja em quê âmbito de apreciação – mas também, e aqui mais nos importa, de leis. Aí, tendo como afluyente o problema do concurso em direito penal, chegamos até o concurso aparente de normas (não concurso), em que alguma das normas subsumíveis à conduta do agente tem sua aplicação relativizada.

Neste pormenor é que enquadrámos o princípio/problema da consunção. Nesta seara, e desde já, colorimos o caminho a ser traçado: de uma descrição doutrinal e sistemática do concurso em direito penal, de maneira global, até hipóteses concretas e manifestações dos tribunais, sobretudo nas situações em que, efetivamente, os pretorianos invocam o instituto da absorção como aparato jurídico destinado à solvência do caso que lhes fora entregue. Pelo que elegemos, assim, o método dialético de abordagem.

No Brasil, doutra banda, a doutrina se limita a enumerar as hipóteses de conflito de normas/leis e, logo após, a elencar os mecanismos de resolução das situações submetidas à apreciação dos tribunais canarinhos. É de se dizer, ou há o reconhecimento do concurso material e, por esta contingência e instituto, a aplicação das penas em simples adição após o apenamento definido pelo juízo ou, se acaso verificado pelo julgador o conflito de normas ou, ainda, a continuidade delitiva, a moldura penal resta flexibilizada por cada uma destas aporias<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Para aprofundamento: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Vol 1. São Paulo: Saraiva, 2008.

Por assim ser, e pelo elevado contributo que o estudo das minúcias de ordem dogmática portuguesa pode nos alcançar, – e este é o anseio que catapulta uma pesquisa tal a ser levada a efeito por um estudante brasileiro – entendemos como de grande valia, inclusive, para, eventualmente, fomentarmos o incremento do estudo do concurso em direito criminal em nosso país de origem. Nesse sentido exsurge o vertente trabalho, pontuado maciçamente pela teoria e prática do direito penal local, buscando elencar as diversas posições da doutrina atinente e proporcionar uma abordagem mais dirigida, ao fim e ao cabo, das hipóteses concretas, nomeadamente no chamado princípio da consunção, partindo de uma *descrição* estrutural.

Significa dizer que tencionamos, com esta escrita, ilustrar as hipóteses do chamado concurso de crimes e do concurso de normas – que, de toda a sorte, se prestam a identificar e solver o problema do concurso em direito penal – , as divergentes correntes, seus sustentáculos e ancoradouros, assim como adentrarmos nos casos submetidos à cognição dos tribunais, as soluções por estes dadas e nosso posicionamento incidente na espécie, tendo como derradeiro pano de fundo o problema da consunção que, como se verá, é um dos estreitos que decorrem de toda a ampla *questão* do concurso. Por óbvio, então, partimos do amplo ao específico, pontuando de tal forma o organograma textual.

Nesta esteira, cuidamos de dissertação que se prende à exigência tendente a avalizar a obtenção do grau de Mestre em Direito com menção em ciências jurídico-criminais, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, que faz jus à mais elevada nomeada no seio da comunidade acadêmica. Por esta decência, e pelo que desvela esta singela afirmação, já carregamos como substrato inerente – e assim vocacionamos – a construção de um trabalho que contemple algum contributo técnico-social, pautados por acurado esforço na pesquisa investigativa, tendo como principal apoio a clássica e neoclássica dogmática penal portuguesa na esfera do concurso<sup>2</sup>, assim como de uma novel abordagem de enfrentamento do problema – que germinou também de uma investigação (aí com a consecutória e evidente muito maior robustez de conteúdo e lastro teórico) correspondente a uma espetacular tese de doutoramento, sob os auspícios da mesma FDUC<sup>3</sup> – para que enfrentemos uma análise

---

<sup>2</sup> Aqui, em especial na segunda parte, após a exposição da matriz teórica do concurso (capítulo antecedente), traçaremos um panorama geral da doutrina dos clássicos e dos neoclássicos.

<sup>3</sup> MONTEIRO, Cristina Líbano. **Do concurso de crimes ao «concurso de ilícitos» em direito penal (teses de doutoramento)**. Edições Almedina, Setembro de 2015. Esta obra, desde já destacamos, será estudada tanto

estrutural da questão do concurso, primeiramente referindo-nos à diferenciação teórica da unidade e pluralidade de crimes – suas próprias conceituações – para, após, o avanço no não concurso<sup>4</sup>, aqui visto em sua crua aferição sob a túnica do conflito/concurso aparente, até o alcance de hipóteses concretas, nomeadamente naquilo que vai batizado pela doutrina especializada como princípio da consunção/consumpção.

E, ressaltamos desde cedo, se trata de uma questão bastante desarmômica no prisma da doutrina geral e dos tribunais. Sobremais, não adentraremos nas consequências jurídicas do delito propriamente ditas, mas sim, dedilharemos algumas ponderações que sabidamente se prendem com esta vertente da dogmática, já que são umbilicalmente ligadas ao exercício do *jus puniendi* estatal.

Nesta senda, ainda que tenhamos a total consciência da importância da análise do nominado concurso real e ideal, nos concentraremos nas hipóteses concretas de concurso aparente. Todavia, pela prudência que a atividade acadêmica recomenda, trataremos, em uma primeira fase, da demonstração da questão do concurso de crimes, trazendo à lume, de maneira perfunctória, a unidade e a pluralidade de delitos. Superando esta primária tarefa, teremos como escopo a apresentação acerca da análise do concurso ideal e real na doutrina e traremos, por fim, a problemática do concurso aparente de normas.

Aí, nesta parte, confeccionaremos a diferenciação e individuação dos diferentes mecanismos de resolução deste conflito até então consagrados na doutrina, sobretudo na apresentação do enfrentamento da problemática assente na verificação do *desvalor penal social da conduta perpetrada pelo agente em sua aferição global* – tese festejada e inovadora, da lavra do eminente Doutor Figueiredo Dias – assim como nos muniremos da cintilante colaboração da Doutora Libano Monteiro que, de igual sorte, inovou na matéria. De igual sorte, vistas estas relevantes questões, traremos uma definição acadêmica daquilo que se tem como *consunção/consumpção*, e ofertaremos algumas hipóteses concretas ao debate, levando a efeito posições pessoais que devem ser intrínsecas ao exercício de uma investigação desta envergadura.

Isso porque, como nos parece cediço, o direito e o processo penal vêm arraigados em sua origem persecutória inúmeros percalços que acometem os integrantes de cada

---

quanto possível, em paralelo com os ensinamentos dos autores imediatamente em nota acima referidos e demais contributos doutrinários que serão elencados no presente trabalho.

<sup>4</sup> Denominação trazida por relevante parte da doutrina.

contenda criminal. Ora, a análise de um comportamento global, pautada pelos princípios basilares do direito material repressivo, sobretudo quando em observância a relevância incutida em uma concreta antijuridicidade e seu aspecto social, se amostra a melhor solução para o bloqueio e o banimento da manifestação do Direito como inquisitório e máximo, tudo o que queremos jamais ocorra. Muito antes pelo reverso. Já nos anunciava o grande Canotilho, ao homenagear o também gigante Eduardo Correia, parafraseando Radbruch, que *“Poderia até acontecer que o desenvolvimento do direito penal está destinado a dar-se, um dia, para além do próprio direito penal. Nesse dia, a sua verdadeira reforma virá a consistir, não tanto na criação de um direito penal melhor do que o actual, mas na dum direito de melhoria e conservação da sociedade: alguma coisa de melhor que o direito penal e, simultaneamente, de mais inteligente e mais humano do que ele”*<sup>5</sup>.

Ora bem, enquanto – e destacamos que referida construção perdura com uma contemporaneidade inquietante, desde há muito – ainda não forjamos este direito mais inteligente e humano que o direito penal, ao menos, no plano teórico, dentre todos os ramos, deve o direito repressivo manifestar-se como *ultima ratio*, somente se ocupando das condutas mais gravosas ao tecido social e que, de tal sorte, conglobam os valores mais socialmente reprimidos. E esta premissa, de igual sorte, se revela importante ao estudo ora manejado. A não violência aos princípios que regulam as relações concretas a serem apreciadas, sobretudo nos consagrados princípios do *ne bis in idem/não dupla valoração* e o respeito à legalidade penal, sempre suscitados nas hipóteses que serão ora abordadas em sua concretude quando em comento o estudo do concurso dito assim, inclusivamente, lato senso.

E neste precípuo contexto é que exsurgem as lições dos eminentes juristas já acima referidos, ainda que de uma perspectiva distinta, mas ruborizando o mesmo fim, qual seja a aplicação do direito penal de uma maneira mais justa e condizente com a CRP<sup>6</sup>. Além do que, temos que o direito penal trata de um bem jurídico de importância vital no tocante à fruição do Estado Democrático de Direito, constitucionalmente consagrado em Portugal, qual seja a liberdade<sup>7</sup>. Ora, quando em apreço um dos direitos mais fundamentais e caros ao

---

<sup>5</sup> RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*, 4ª ed., Coimbra, 1961, Vol. II, p. 97. APUD: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Teoria da legislação geral e teoria da legislação penal**. Coimbra, 1988, p. 3.

<sup>6</sup> Falamos especialmente das lições do Doutor Figueiredo Dias e da Doutora Líbano Monteiro que, conforme já salientado, trarão imensa colaboração para a confecção deste humilde trabalho de investigação.

<sup>7</sup> CRP, artigo 27º.

homem, o mínimo que se exige é que se respeitem e esgotem em caráter de verificação – persecução penal para correspondente aplicação de sanção – todos os ditames que tutelam este mesmo direito, caso a caso.

E quando em causa a perquirição de responsabilidade penal por intermédio do correspondente processo, salientamos que este é procedimento moroso, que aflige não só a vítima, a família desta, bem como o réu, sua família e entes queridos – sim, réu também possui família – e ainda a comunidade em que todos estão inseridos. De igual sorte, causa sentimentos impactantes nos operadores do direito que atuam nesta orbe, de forma inarredável. Essas circunstâncias, cremos fielmente, devem relevar sempre em cada caso concreto. Daí porque dizemos que a análise da conduta global tendo como decoro a tutela social que aquele desvalor criminal traduz, em cada caso concreto, se amostra totalmente lógico e recomendável, pelo que a lição Doutor Figueiredo Dias nos será catedrática até o esgotamento das ideias que colmatam o presente trabalho.

Nesta mesma senda, veladamente abominamos a prolação de sentenças e julgados em caráter de *escala*, utilizando-se de um modelamento por aproximação – o que infaustamente se verifica na vida prática sobretudo em profissionais de advocacia e, por pior, pelos julgadores, dizemos (pela experiência prática), no Brasil – e que é um nefário muito caro à manifestação de um direito penal justo e condizente com todos os vetores constitucionais e principiológicos que devem regê-la. Este movimento, se acaso aceito, violenta de maneira abissal o caráter ressocializador e individual da pena<sup>8</sup>.

Neste aspecto, reiteramos que todos os aspectos merecedores de análise jurídica que atinem a esta faceta do concurso, nomeadamente nas hipóteses de concurso aparente e, sobretudo, da consunção/consumpção, devem, de maneira dedicada, ser enfrentados à exaustão para que busquemos a harmonização dos entendimentos doutrinários e, sobretudo, jurisprudenciais, tencionando então a pacificação social, precípua razão de ser do Direito, além de uma segurança jurídica que deve incidir nas manifestação do direito material persecutório.

---

<sup>8</sup> ZAFFARONI, Eugénio Raúl, SLOKAR, Alejandro e ALAGIA, Alejandro. **Manual de derecho penal - Parte general**. Sociedad anonima editora. Buenos Aires: 2002. p. 138: “*nunca se pode interpretar uma lei penal no sentido de que a pena transcenda da pessoa que é autora ou partícipe do delito. A pena é uma medida de caráter estritamente pessoal, haja vista ser uma ingerência ressocializadora sobre o condenado*”, em tradução livre.

Daí porque emerge o presente trabalho, tendo como escopo fulcral uma proposição de análise técnica que contemple a verificação da dogmática do concurso no direito penal português, na parte já definida neste introito e, por derradeiro, no ofertamento ao debate de hipóteses de aplicação concreta, amparado na construção da análise social do comportamento global e sua antijuridicidade<sup>9</sup> e na flexibilização do chamado concurso aparente<sup>10</sup>, aprofundando na celeuma da consunção no paralelo das decisões judicializadas das cortes portuguesas e procurando após comparar estes julgados propor uma solução, pelo que nos utilizamos do método de procedimento tipológico.

Assim, o emergente estudo assenta numa problemática de cunho essencialmente polémico, jamais pautada pela unidade de posicionamentos doutrinários, extremamente, portanto, colidente entre os *experts*, mas que, todavia, em que pese em alguns aspectos ir na contramão dos casos e hipóteses efetivamente enfrentados pelos tribunais na sua derradeira parte, busca a instigação à um debate que ainda não se esgotou, já que, ao que o cenário recomenda, remanesce como um espectro merecedor de muitas linhas a serem despendidas.

Ainda acerca das hipóteses que serão lançadas à baila, referenciamos que, conforme indicado nesta fase prefacial, durante a evolução desta empreitada acadêmica ficará aclarado o desate ao qual nos propomos. Não nos filiamos à correntes específicas. Tencionamos somente aprofundar a questão do concurso – nomeadamente da consunção/consumpção – e, por ventura, apresentarmos algo de relevo. Para tanto, reiteramos, nesta árdua missão, serão discutidos julgados que, de alguma maneira, se propuseram a enfrentar o problema, além das manifestações da doutrina especializada no que pertine à proposta avançada.

---

<sup>9</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal Parte Geral. Questões fundamentais à doutrina geral do crime. Tomo I.** 2ª edição. Coimbra Editora, 2007.

<sup>10</sup> Tese engendrada na obra citada na nota 2, em especial na parte segunda.

## PRIMEIRA PARTE - §1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O TEMA.

O problema do concurso em direito criminal, portanto, resta plasmado em uma gama de vetores de apreciação que, em uma análise conjunta, se prestam a identificar, a depender do critério a ser eleito pelo intérprete, a apuração da prática de uma ou mais condutas delituosas pelo mesmo agente, os tipos (ou o tipo) violentado e o emolduramento penal a ser definido quando da cominação da sanção. Em linhas gerais, devemos desbravar este íterim, até adentrarmos com maior profusão ao problema da consunção.

Prefacialmente, então, nestas pinceladas gerais, cumpre-nos como tarefa basilar a demonstração das circunstâncias fáticas – efetivamente tratamos do direito penal do fato em sua essência – e doutriniais no contraponto com as realidades que se impõe àquelas condutas que, perpetradas por um mesmo agente, devem ter determinado enquadramento técnico. Significa dizer que quando um mesmo autor da conduta abstratamente reprimida pratica mais de um fato típico, as implicações técnicas podem eclodir de maneiras distintas. E eis aqui a mola propulsora deste estudo.

Em síntese, estas situações concretas que merecerão empenho nesta empreitada acadêmica até a apreciação de situações a serem invariavelmente enfrentadas pelos tribunais e que serão aqui ventiladas. Nesse sentido, nos ensina o sábio Doutor Figueiredo Dias que “[...] *da circunstância de a um concreto comportamento ser em abstracto aplicável uma pluralidade de normas incriminadoras não pode concluir-se sem mais estarmos perante um concurso de factos puníveis*”<sup>11</sup>.

Nesta mesma esteira, tencionando uma abordagem geral da pluralidade de crimes em concurso e a verificação de sua pertinência – o que aqui nos importa – constrói João Andrade a respeito da importância da determinação desta figura teórica que “[...] *Discernir se e em que medida se justifica ainda esta inserção dogmática – pelo menos quanto a alguns dos institutos que em torno da figura geral do concurso de crimes gravitam e, principalmente, atenta a sua nova compreensão e ‘arrumação’ –, considerados esses mesmos horizontes compreensivos da temática, é questão cuja compreensão pensamos ser*

---

<sup>11</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal Parte Geral. Questões fundamentais à doutrina geral do crime. Tomo I.** 2ª edição. Coimbra Editora, 2007. p. 992



*possível apenas na conclusão de nosso estudo*”<sup>12</sup>. Ora bem, perfilamo-nos integralmente à afirmação chancelada por referido autor.

As vicissitudes que decorrem da colidência doutrinal que imantada na dogmática em comento não nos permitem desde já a determinação de qualquer imposição teórica como sendo definitiva. Sobretudo quando estamos imergindo em um estudo que perfaz desde uma matriz teórica ampla até o enfrentamento de um mecanismo resolutivo particularizado (relação consuntiva e o entendimento dos tribunais).

Entretanto, ao longo do desate destas linhas, buscaremos o alcance das conclusões e/ou matizes teóricos que se permitam mais condizentes com a aplicação de um direito penal dogmático mais justo e coerente com os fundamentos de um Estado Democrático de Direito quando em observância o concurso de crimes e normas, assim como a confirmação de que este ramo é efetivamente um nicho a ser mais profundamente explorado, nomeadamente no que cobre o não concurso e o posicionamento emanado dos tribunais portugueses.

E isso já vinha latente desde o início da década de oitenta, quando lá alertava com absoluta propriedade acerca da tensa e insuperável dificuldade de determinação da unidade e pluralidade de crimes no que toca o concurso o Doutor Faria Costa, ocasião em que, tratando das “formas do crime”, nos ensinava que, ainda que em um primeiro e superficial contato, o problema desta definição pudesse se amostrar de uma fácil solução – se limitaria à elucidação acerca de quantos crimes o agente cometeu – *tratamos de um tema dos mais complexos de todo o direito penal*<sup>13</sup>.

Muito antes, já nos idos dos anos sessenta, o festejado Doutor Eduardo Correia sublinhava, acerca de sua teoria do concurso em direito criminal, que “[...] *Na definição, porém, só o momento da identidade de sujeito activo é líquido e seguro; tudo o mais dá lugar às maiores dúvidas e exige as mais delicadas investigações*”<sup>14</sup>. E, ainda hoje, consoante extraímos das lições da Doutora Libano Monteiro, a questão remanesce dificultosa, na medida em que “[...] *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-*

---

<sup>12</sup> ANDRADE, João da Costa. **Da unidade e pluralidade de crimes. Doutrina geral e crimes tributários**. Coimbra Editora. 1ª Edição. Coimbra: 2010. p.27

<sup>13</sup> COSTA, José faria da. «**Formas do crime**». *In: CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS - Jornadas de Direito Criminal*. O Novo Código Penal Português e legislação complementar. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1983, p. 177.

<sup>14</sup> CORREIA, Eduardo. **A teoria do concurso em direito criminal**. Livraria Almedina. Coimbra: 1963. p. 11.

*um crime; depois, caso tenha praticado vários, a de estabelecer como deverá ser sancionado*”<sup>15</sup>. Tratam-se de dois exercícios que são efetivamente complexos à luz da doutrina divergente e indecisa. Desse modo, sobremaneira corroborada a nebulosidade que circunda a temática.

E pelo que nos parece, outra vez, auferido substrato à investigação travada, ora sob uma nova roupagem, qual seja a partida desde uma conceituação – eventualmente já batida e rebatida, mas inerente ao alcance do objetivo – global da problemática do concurso, até a determinação das posições concretas quando os tribunais se vêem forçados a exercer o seu *mínus* público (poder-dever) do *jus puniendi* e aplicam a consunção (de que maneira? Com sustento em teoria? Em Lei? Princípios? Sob que lastro?)<sup>16</sup>.

Nesse âmago, impõe que sejam descritos os conceitos de maneira ampla até que cheguemos às hipóteses de resolução metodológica do problema em seu concurso aparente. Todavia, sempre efetuando o paralelo ou referência com a questão da consunção já que, pelo que nos parece claro, o esgotamento das mais divergentes teorias acerca do concurso de crimes e do concurso de normas, vistos em si mesmos, em um aspecto matricialmente teórico, é algo de difícil questionamento, já que as posições doutrinárias são bastante conhecidas e debatidas.

Todavia, *não podemos* – e muito menos pretendemos – restringir a discussão aos casos de consunção. Assim justificamos a necessidade de uma descrição geral do ambiente que lhe impulsiona (a consunção). Isso, pelo singelo fato de que, ao leitor – sendo ou não afeto ao estudo do direito penal – o mínimo que se espera de uma construção é que sustente a estrutura e conduza ao fim proposto de maneira harmônica.

Digamos, por outras palavras, devemos minimamente situar o interlocutor. Nesta esteira é que definimos como caminho a marcha desde uma análise estrutural do concurso, mas sem jamais perder de vista a identificação do problema da consunção e sua aplicabilidade, até as soluções propostas pela doutrina e, inclusive, o entendimento dos tribunais – algo que, ao nosso alcance de pesquisa, não fora feito com afinco no seio da

---

<sup>15</sup> MONTEIRO, Cristina Maria Costa Pinheiro Líbano - **Do concurso de crimes ao «concurso de ilícitos» em direito penal**. Coimbra : [s.n.], 2014. Tese de doutoramento. Disponível na WWW em:<<http://hdl.handle.net/10316/23755>>

<sup>16</sup> Ao fim, é o objetivo desta dissertação: a resposta das questões, com substrato teórico e jurisprudencial robustos no sentido de identificar o comportamento das cortes de acordo com todas as circunstâncias que regulam a manifestação do concurso em direito penal.

academia – em casos concretos, com já o destaque de que a consunção somente é observada no plano da concretude, e nunca abstratamente.

E, impulsionando o link, como claro ficará no desenvolvimento do texto, todo o objeto da contenda do concurso está acondicionada no mesmo invólucro. Todavia, em situações algumas temos o concurso efetivo, e aí uma pluralidade de condutas ilícitas, em outras, uma unidade de ilícito ou, por fim, uma amostrada concorrência de leis no jogo de enquadramento da conduta, cabendo, então, ao intérprete, retirar de dito invólucro a solução concreta que se afigura justa e técnica.

Prosseguindo, então, importa, ainda neste primeiro portfólio, enfatizemos a classificação doutrinal da questão do concurso em direito penal. Já nos dizia Cavaleiro de Ferreira que “[...] *No concurso de crimes, costumam distinguir-se o concurso real, o concurso ideal e o concurso aparente de crimes. O concurso aparente de crimes constitui uma delimitação negativa do próprio concurso; é aparente porque, efectivamente, não há concurso de crimes e é, em geral, tratado como concurso de normas, no qual se fundamenta a exclusão de qualquer espécie de concurso de crimes*”<sup>17</sup>. Eis o elo estrutural que nos direciona até o alcance das situações concretas em que seja necessária a utilização da consunção como meio resolutivo do problema.

Portanto, em quadros gerais, temos o problema do *concurso de crimes*: quando as hipóteses são daquilo que a doutrina identifica como sendo hipóteses de concurso real e ideal. Aqui, estamos na seara de investigação atinente à *unidade ou pluralidade de delitos*. Acontece que o problema, em um outro braço, destronca quando verificamos um *concurso de leis* que incidem na situação em verificação. É o denominado concurso (aparente) de normas. Neste, temos a consunção como um dos mecanismos de identificação da(s) figura(s) típica(s) violada(s) e do tratamento jurídico a ser orquestrado.

Sobre a questão, de maneira simples, porém completa, nos ensina o espanhol Santiago Puig que “[...] *Dos son los objetivos centrales de esta lección: por una parte, esclarecer el tratamiento jurídico de los casos en que un mismo sujeto es condenado por varios delitos – casos que, como veremos, no se resuelven simplemente sumando las distintas penas correspondientes a los delitos; por otra parte, plantear resolver la problemática que suscita la concurrencia de varias disposiciones penales aparentemente*

---

<sup>17</sup> FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. **Lições de direito penal, parte geral, I**. Editorial Verbo, 1992. p. 527.

*aplicables a un echo cuando, sin embargo, sólo una debe aplicarse. Lo primero obligará a decidir previamente cuándo concurre unidad y pluralidad de delitos: el concurso ideal de delitos y el concurso real de delitos. Lo segundo plantea el tema del concurso de leyes*<sup>18</sup>. Deste último, portanto, sobrem a consunção, desemboque de verificação dos casos concretos que serão analisados no capítulo derradeiro do trabalho em testilha.

Ora bem, em verdade, é efetivamente este, em lato senso, o problema do concurso ao qual procuramos estudar, sobretudo quando em apreço a utilização da consunção, pelos tribunais lusos. Daí dizermos da necessidade destas ponderações, já que, em rigor, todas as modalidades de concurso dizem respeito ao estabelecimento da estruturação do(s) fato(s) a ser(em) perquirido(s) via processo penal, e que, se, na formação da culpa, uma vez apurada a responsabilidade do agente, dizem respeito ao emolduramento penal a ser cominado em desfavor do condenado, quando incidentes, abstratamente, uma concorrência de crimes ou de leis.

Na hodierna lição do Doutor Figueiredo Dias, quando em questão o concurso de crimes, estamos diante da “unidade ou pluralidade de crimes”. Quanto ao concurso aparente de normas, estamos diante de uma “unidade de norma ou de lei”<sup>19</sup>. Mergulhamos, pois, nestas questões, sempre pontuando a verificação, ao fim e ao cabo, da consunção como mecanismo de resolução do concurso e sua utilização para tanto, pelos tribunais.

### **1.1. Da unidade e pluralidade de crimes como pano de fundo conducente à consunção nas hipóteses concretas.**

Evoluindo em direção ao destino, estamos estritamente diante das hipóteses de *concurso de crimes*, não havendo que se falar em concurso/conflito de normas, o que será devidamente ponderado em momento oportuno e condizente com a discussão, mas que assim se apresenta por uma divisão doutrinal que, em nosso sentir, cinge o problema nestas duas vertentes para pedagogicamente restar otimizada sua compreensão. E assim, nesta fase

---

<sup>18</sup> PUIG, Santiago Mir. **Derecho penal, parte general**. 9ª edición. Editorial Reppertor. Barcelona: 2011. p. 648.

<sup>19</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal Parte Geral. Questões fundamentais à doutrina geral do crime. Tomo I**. 2ª edição. Coimbra Editora, 2007, §§ 41 e 42, resumidamente porque uma das leis será aplicada com preponderância em face da(s) “dominada(s)”.

descritiva, marchamos com esteio nesta doutrina estratificada. Todavia, não nos enganamos: o problema do concurso é um só. E nele navegamos.

Prosseguimos.

Sobre a unidade e pluralidade de delitos, já nos ensinava Welzel que “[...]¿*Que quiere decir con ‘una’ acción cuando se ejecutan ‘varias’ acciones? Como toda acción, así tampoco el delito es un acontecimiento puramente físico, si no la objetivación da la mente humana; una unidad social con sentido. No interessa la cantidad de movimientos corporales en el tiempo y el espacio. Si bien puede ser ‘una’ acción un único movimiento corporal (un golpe o un empujon, lesión corporal o daños de cosas), la mayoría de las acciones se estructuran sobre un conjunto de movimientos corporales (p. ej. violación, hurto con efracción, falsificación de documentos). Los movimientos corporales, en el espacio y en el tiempo, son en ellas solamente los portadores reales físicos del sentido social de la acción*”<sup>20</sup>. E arremata, dizendo que, em simples palavras, dois fatores fundamentam a determinação da unidade da ação penal. O vetor finalista, pautado pelo caráter volitivo da conduta do agente, e o fator normativo, decorrente de lei<sup>21</sup>.

Todavia, esta conceituação sobreveio com preponderância na doutrina germânica. Em que pese ter sido forjada sob a batuta do conceito naturalístico de ação,<sup>22</sup> - a conduta é perquirida pela ação enquanto ato natural, psicologicamente dirigido e que eclode no mundo exterior, produzindo seus efeitos para o direito repressivo, e já afastada pelo apanhado de Welzel (e enfaticamente desconstruída por Eduardo Correia) – nos parece ser de relevante importância o seu conhecimento. Portanto, em termos de unidade de conduta, em um momento preambular, imperiosa a distinção entre o que se chama *unidade natural* da ação e *unidade típica* de ação, ponto de partida dos critérios de análise para a apuração da unidade ou pluralidade de crimes.

Ora bem, já referia Stratenwerth acerca destes institutos, nomeadamente a unidade típica de ação “[*que*] *la circunstancia de que el acontecer delictivo pueda presentarse jurídicamente como un echo, aun cuando – desde una perspectiva puramente exterior –*

---

<sup>20</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal, parte general**. Tradución: Carlos Fontán Balestra. Roque de Palma Editor. Buenos Aires: 1956. p. 215-216.

<sup>21</sup> Assim, também: CONDE, Franciso Muñoz e ÁRAN, Mercedes García. **Derecho Penal, parte general**. Tirant lo Blanc. Valencia: 2004. p. 464.

<sup>22</sup> LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**. Traduzido por: José Hygino Duarte Pereira, Rio de Janeiro: 1899 [s/n]. Disponível na WWW em: < <http://livros01.livrosgratis.com.br/bd000147.pdf>>

*consista en una pluralidad de actos, queda patente, en primer lugar, en los casos en que es el tipo legal el que crea una unidad de acción. En muchos casos, es el propio tipo legal el que, para su realización, exige una pluralidad de actos [...]. Otros tipos están formulados de tal manera que si bien no requieren una pluralidad de actos individuales, si los abarcan en una unidad de valoración, dentro de ciertos límites, cuando éstos concurren [...]. Finalmente, la unidad de acción viene determinada por el tipo en los delitos permanentes [...]*<sup>23</sup>. Pelo que diz o autor, ao que nos parece, aclaradas as hipóteses em que se diz catapultada uma unidade de ação em razão do tipo penal.

Como a esmagadora doutrina moderna (com força, desde Eduardo Correia), nos soa inquestionável que a teoria naturalística de ação sucumbe diante desta imposição teórica. Primeiro, porque a própria Lei conduz à unidade ou pluralidade típica – ora, a própria legislação penal pode atribuir a uma pluralidade de atos um único desvalor tipicamente reprimido. Segundo, porque, ao que o cenário contumazmente recomenda, não podemos nos limitar a *contar* ações como qualquer ato exteriorizado e dirigido por uma vontade humana que produza efeitos no mundo dos fatos e que sejam penalmente relevantes, o que nos retumba de todo insuficiente.

É nesse mesmo sentido que prossegue a lição do supracitado autor, propagando a seguinte crítica acerca das hipóteses em que se admitira uma unidade natural da ação: “[...] *Sin embargo, la consideración natural configura un criterio extremadamente indeterminado. Probablemente, su mayor ventaja reside en que es lo suficientemente flexible como para llegar a la conclusión que en cada caso se desce. Por ello, la jurisprudencia no tiene una línea clara, especialmente en lo que se refiere a la cuestión de se importa más la apariencia externa del suceso o la decisión unitaria de cometer el hecho*”<sup>24</sup>. A segurança jurídica, pensamos, resta espancada pela adoção deste critério originariamente alemão. Vale sua lembrança, somente em termos descritivos e que traduzem a gênese da questão, já que, como muito bem elucidado pelo Doutor Figueiredo Dias, no tocante ao Direito penal português – e, entendemos também, em geral – a análise do concurso deve ser pautada pela verificação global da conduta comportamental do agente.

---

<sup>23</sup> STRATENWERTH, Günter. **Derecho Penal, parte general, I**. El hecho punible. Traducción: Manuel Cancio Meliá e de Marcelo A. Sancinetti. Navarra: Aranzadi, 2005 p. 448-452.

<sup>24</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal, parte general**. Traducción: Carlos Fontán Balestra. Roque de Palma Editor. Buenos Aires: 1956. p. 215-216.

Trouxemos, pois, referidos conceitos para nos munirmos, no que mais importa, de um substrato teórico local e que explica, com notada robustez, estas características preliminares no que toca a unidade e pluralidade de delitos, fazendo referência, inclusive, aos ensinamentos germânicos supraditos.

Nesse sentido, vem a calcificada demonstração, outra vez do Doutor Figueiredo Dias, ao dizer que, conforme todos, “[*Há uma unidade típica de acção em todos aqueles casos em que um tipo legal de crime reduz a uma unidade típica uma pluralidade de actos como tal externamente reconhecível. Tal sucederá, desde logo, quando um tipo legal integra, por necessidade, aquela pluralidade de factos [...]*”<sup>25</sup>.

No que condiz com a “unidade natural da ação”, prossegue o douto, referendado por Stratenwerth e Kuhlen, dizendo que “[...] *uma unidade natural de acção vem sendo aceite pela jurisprudência alemã – seguida por uma parte minoritária da doutrina – para sublinhar que ‘em muitas situações da vida, certos comportamentos puníveis, se bem que cada um deles seja susceptível de preencher o (mesmo) tipo legal de crime, só se deixam compreender com justeza quando tomados em seu conjunto’.* Uma tal unidade de acção é afirmada, em regra, quando vários actos singulares da mesma espécie e derivados de uma vontade criminosa unitária se encontram, de um ponto de vista espacial e temporal, numa conexão tão estreita que eles se representam, à luz de uma consideração natural, como uma unidade”<sup>26</sup>.

Em resumo, pelo que extraímos, há *unidade típica* de ação quando o próprio tipo penal enverga atos plúrimos como conglobantes de um único crime. De sua feita, há *unidade natural de ação* quando, dada a proximidade volitiva com que o agente pautou seu agir no mundo dos fatos, de maneira plúrima mas com especiais circunstâncias de espaço e tempo, que o elo se faria tão coaduno, coeso, impregnado de maneira una, que a unidade de ação deveria ser o enquadramento dispensado ou adotado (O Doutor Figueiredo Dias nos brinda com exemplos práticos que, para evitar a tautologia, nos abtemos de reprisar). Ora bem, como já salientado, a possibilidade de se ofertar ao colo do julgador uma elevada margem

---

<sup>25</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal Parte Geral. Questões fundamentais à doutrina geral do crime. Tomo I.** 2ª edição. Coimbra Editora, 2007. p. 983.

<sup>26</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal Parte Geral. Questões fundamentais à doutrina geral do crime. Tomo I.** 2ª edição. Coimbra Editora, 2007. p. 984.

de discricionariedade nos parece crucificar esta teórica, além de, no que tange o código penal português, colidir com determinação legal<sup>27</sup>.

E bem, já que caminhamos à resolução dos problemas do concurso por intermédio do instituto da consunção e como vemos a aplicação pelos pretorianos, qual seria a pertinência destas linhas? Em nosso sentir, não há como abordar tal instituto sem ao menos direcionarmos o estudo para a gênese do problema, que efetivamente é o concurso em sentido amplo. E, com a devida vênua, assim prosseguimos.

Não é só.

Quanto, então, a estas unidades conceituais de ação, temos que sobrepor os casos em que exsurge, por parte do ato dirigido do agente, uma pluralidade de crimes. É o chamado concurso efetivo, que, no direito penal português, decorre de Lei e se conforta na doutrina, podendo ser *real* ou *ideal* – no Brasil, simplesmente denominado concurso material. Verificaremos, em subitem a seguir, estas manifestações doutrinárias.

Portanto, *in casu*, promoveremos a diferenciação entre o concurso dito pelos clássicos, como sendo *real* – um mesmo agente mediante duas ou mais condutas viola dois tipos penais distintos ou mais de uma vez o mesmo tipo – e o chamado concurso *ideal* – um mesmo agente por intermédio de uma só conduta violenta mais de uma vez a mesma norma incriminadora ou duas normas distintas<sup>28</sup>. Neste mesmo arcabouço, há a delimitação dos conceitos de concurso de crimes *homogêneo*, assim como do concurso *heterogêneo*. Como claro ficará, o concurso, em eixos de análise perpendiculares, poderá ser real, heterogêneo ou homogêneo e, da mesma feita, o inverso logicamente procede.

### **1.1.1. As diferentes classificações doutrinárias: concurso ideal/real; homogêneo/heterogêneo na unidade e pluralidade de crimes.**

Uma vez definidas (aqui no sentido descritivo em si mesmo) as particularidades da unidade típica e naturalística de ação, neste subitem, vamos elencar as classificações doutrinárias do concurso de crimes para desenharmos a condução no que diz respeito ao

---

<sup>27</sup> Avançaremos esta questão em subitem seguinte, ainda desta primeira parte, por uma questão de organização dos conceitos e pedagogia textual.

<sup>28</sup> Por todos e, primeiro: CORREIA, Eduardo. **Unidade e Pluralidade de infrações**. 1963.



concurso aparente de normas e, finalmente, à consunção e sua aplicação pelos pretórios portugueses, com a fruição das teses consolidadas dos Doutores Figueiredo Dias, Libano Monteiro, Duarte D’Almeida, Lobo Moutinho e outros, para ponderarmos estas decisões judiciais frente ao aparato teórico que lhes circunda.

Ora bem, ainda que seja defendido pelo Doutor Figueiredo Dias a ausência de espaço para a existência de tal distinção (real e ideal) por conta de determinação legal<sup>29</sup>, entendemos ser válida a discussão dos conceitos teóricos para abarcarmos todas as possibilidades da problemática atinentes ao concurso e, assim, alcançarmos com relativo aporte técnico o encaminhamento do objetivo pretendido.

Nesse sentido, acerca da diferenciação entre concurso *ideal* e concurso *real*, temos que a lição de Jescheck e Weigend se afigura de valorosa contribuição já que, ainda que a doutrina alemã, consoante já dito, organizou-se embebida do conceito naturalístico de ação, moldou ambas as modalidades. A esse respeito, dizendo do concurso ideal, assim ensinam os douts: “*Existe concurso ideal quando o autor, através da mesma ação, infringe várias normas penais ou uma mesma repetidas vezes. Portanto, o pressuposto do concurso ideal é duplo: por um lado, deve concorrer a unidade de ação e, por outro, através da ação tem de haver ocorrido uma pluralidade de infrações legais*”(tradução livre)<sup>30</sup>. No mesmo retígrado, tencionando esclarecer o concurso real, indicam os alemães que: “*Existe concurso real quando o autor cometeu vários delitos autônomos que são perquiridos no mesmo processo penal. Pressuposto desta concorrência é, por um lado, a existência de várias ações e, por outro, a possibilidade de seu processamento conjunto* (tradução livre)”<sup>31</sup>.

Ora, esta conceituação não deriva exclusivamente da doutrina alemã. Ao revés, e pelo que temos contribuições doutrinárias advindas de expoentes da dogmática penal. Sobre a unidade e pluralidade de condutas, sua identificação e as modalidades teóricas de concurso, julgamos de alguma serventia ao debate gizar a lição de alguns destes, jamais esquecendo que a tarefa que nos importa aqui é definição de em quantas condutas penalmente relevantes efetivamente incorreu o agente.

---

<sup>29</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal Parte Geral. Questões fundamentais à doutrina geral do crime. Tomo I.** 2ª edição. Coimbra Editora, 2007. p.981.

<sup>30</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas. *Tratado del derecho penal, parte general.* Tradución de Miguel Olmedo Cardenete. 5ª ed: Comares editorial. p. 775-776.

<sup>31</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas. *Tratado del derecho penal, parte general.* Tradución de Miguel Olmedo Cardenete. 5ª ed: Comares editorial. p. 776

Nesse sentido, o argentino Zaffaroni ensina “[que] *Cuando se parte del principio del derecho penal de acto, se impone un tratamiento diferencial para el caso en que con una sola conducta se incurra en dos o más tipicidades (concurso ideal) y para el supuesto en que en el mismo acto jurisdiccional deban juzgarse varias conductas típicas del mismo o de distintos tipos (concurso real). Dado que el concurso ideal es una hipótesis de delito único, en tanto que el concurso real es de dos o más delitos, se derivan consecuencias en cuanto a las penas*”<sup>32</sup>. Daí o motivo pelo qual julgamos importante esta distinção conceitual. As consequências penais são distintas para o agente de acordo com o enquadramento que será dado pela hipótese concreta da modalidade de concurso penal que se põe ao julgador.

Por seu turno, a doutrina portuguesa também se debruçou sobre o tema, não estando restrita à já mencionada apreciação do Doutor Figueiredo Dias. Desde o fenomenal Eduardo Correia, já verificávamos construções críticas, mas construções, sobre as hipóteses de concurso ideal e real. Vejamos, pois, já nos permitindo embutir a as ponderações dirigidas pelos doutos<sup>33</sup>.

Ainda, podem ser catalogados, em um eixo cartesiano distinto, como sendo delitos em concurso homogêneo ou heterogêneo. É quando, independente de quantas condutas praticadas pelo agente, o mesmo realiza a violação de duas normas distintas – concurso heterogêneo – ou incorre mais de uma vez na mesma figura típica – homogêneo. Nesse sentido, colacionamos a conceituação conjunta, da lavra do Doutor Marques da Silva: “*A distinção tradicional entre concurso ideal e concurso real assenta na pluralidade de condutas criminosas. Assim, se o agente comete mais de um crime mediante duas ou mais acções, como, v.g., se hoje furta e amanhã mata uma pessoa, teríamos dois crimes em concurso real; se, porém, com a mesma conduta, em sentido amplo, produz mais do que um evento, como, v.g., com um só tiro mata duas pessoas, ou se com um só tiro destrói uma montra e mata ou fere uma pessoa, estaríamos perante um concurso ideal ou formal. Os*

---

<sup>32</sup> ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *Manual de derecho penal* - Parte general. Alejandro Slokur y Alejandro Alagiu – 2ª, ed, Buenos Aires: 2002. p. 851-852

<sup>33</sup> CORREIA, Eduardo. **A teoria do concurso em direito criminal**. Livraria Almedina. Coimbra: 1963, p. 16-19. Sobre o concurso real: “[...] *pode suceder que tenham lugar diferentes acções independentes. E aqui também, averiguados que sejam tais pressupostos, não pode duvidar-se de que se está em face de uma pluralidade, de um **concurso real** de infracções. Qualquer critério possível conduz por força à mesma solução*”. Sobre o concurso ideal: “*Para que se possa considerar existente o chamado **concurso ideal** – nota-se todavia – é necessário que a pluralidade de tipos legais de crime preenchidos por uma só conduta seja realmente efectiva*”, afastando as hipóteses em que, após detida análise, seja verificada uma relação de hierarquia entre as disposições aplicáveis.

*exemplos apontados mostram que o concurso pode ser homogéneo ou heterogéneo. É homogéneo quando os crimes cometidos são idênticos, da mesma espécie – a mesma espécie de crime é perpetrada duas ou mais vezes pela conduta do agente – e é heterogéneo quando são de espécie diferente – duas ou mais espécies de crime são efectivamente cometidos*<sup>34</sup>.

Todavia, o ilustre Doutor Figueiredo Dias informa com robustez as vertentes de análise a esse respeito quanto ao aspecto jurídico-penal, quando em voga a diferenciação da unidade e pluralidade de crimes, tangenciando as circunstâncias da variedade de tipos legais violentados e das ações praticadas pelo autor, que vem sendo comumente engendradas.<sup>35</sup> Acontece que, pelo que defende referido doutrinador, esta conceituação de concurso de crimes somente encontra guarida no plano teórico-acadêmico, na medida em que, conforme defende, a legislação portuguesa somente admite hipóteses de concurso efetivo e, portanto, estamos diante de uma pluralidade de crimes ou, pelo avesso, exsurge no mundo dos fatos a prática de uma unidade de fato típico e, como sói de ser, de crime a ser imputado em desfavor do agente.

Além disso, o mesmo sagaz autor traz uma *diferente* classificação. Ele indica, ao propor sua teoria da análise do *comportamento global*, que quando, de um ponto de vista a partir deste significado amplo do comportamento, resta evidenciada uma pluralidade de fatos púniveis, estaríamos diante de um concurso *próprio* ou *puro*, nos exatos termos elencados pelo artigo 30º -1 e, portanto, *efetivo*. De outra feita, se se observar na hipótese posta ao colo que, da análise dos tipos penais subsumidos pelo comportamento global temos uma “dominância”, estaríamos, então, diante do concurso que denominou *aparente, impróprio* ou *impuro*<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> SILVA, Germano Marques da. **Direito penal português (teoria do crime)**. Lisboa: Universidade Católica Editora: 2012. p. 419.

<sup>35</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal Parte Geral. Questões fundamentais à doutrina geral do crime. Tomo I**. 2ª edição. Coimbra Editora, 2007. p. 981-982, no que importa: “*Efectivamente, na distinção jurídico-penal da unidade e pluralidade de crimes têm sido seguidas, no essencial, duas vias fundamentais: a de atender prioritariamente a unidade ou pluralidade de tipos legais violados; ou a de conferir relevo decisivo à unidade ou pluralidade de ações praticadas pelo agente. A primeira via é claramente aceite e prosseguida pela nossa lei vigente. A segunda via impôs-se pela jurisprudência e na doutrina germânicas e, a partir destas, em diversos países. Através dela se logra a distinção entre concurso ideal (a mesma acção viola várias disposições penais ou várias vezes a mesma disposição penal). De acordo com o disposto no artigo 30.º-1, não parece pois haver espaço para a distinção germânica entre um ‘concurso real’ e um ‘concurso ideal’: no ordenamento jurídico-penal português ou existe um concurso efectivo ou verdadeiro (hoc sensu, se quisermos ‘real’), ou há unidade de facto punível e, por conseguinte, de crime*”

<sup>36</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal Parte Geral. Questões fundamentais à doutrina geral do crime. Tomo I**. 2ª edição. Coimbra Editora, 2007. p. 990.

Nesta seara, portanto, verificamos o quão recheado de conceitos e classificações doutrinárias enredam a questão do concurso de crimes e que, em uma vista superficial, acabam consubstanciando, ao que nos parece, com que o principal problema, em nosso sentir, qual seja a determinação concreta de que se trata de um efetivo concurso ou uma unidade de ação criminosa, resvale na gritante tentativa de se consolidar uma teoria que se sobreponha às demais.

Ainda neste viés, buscando consolidar sua tese, temos a contribuição de João Andrade, quando vislumbra e, nos parece com acertada clareza, a importância de se delimitar o método de análise da unidade e pluralidade de crimes: “[...] *Ou seja, há que perceber qual o objecto sobre o qual recairá o ‘exercício de contagem’ e que, dada uma situação concreta, nos permite concluir pela afirmação da existência de um só ou de vários crimes, a que, naturalmente, corresponderão não só diferentes formas de configuração dos próprios institutos, bem como diversas formas de punição. Distinção que se revelará ainda como centro onde se encontram fortes movimentos telúrgicos antagónicos representados, de um lado, pelos partidários das construções ‘realistas’ ou ‘materialistas’, do outro, partidários do chamado ‘idealismo’ ou ‘formalismo’*”<sup>37</sup>. Portanto, para avançarmos até a aplicabilidade dos mecanismos de resolução da questão do concurso de delitos e/ou de normas, temos que definir um dispositivo sólido, justo e condizente com os ditames constitucionais.

Entendemos, e já destacamos noutra direção, no problema do concurso, como em todo o direito persecutório, a mínima segurança jurídica impõe seja resguardada, sob pena de atirarmos ao julgador uma cártula de cheque em branco para o preenchimento do apenamento a ser afixado em desfavor do condenado. Significa dizer que a definição dos critérios é de importância tal que se presta a não transmitir ao juízo, ao seu bel prazer, a possibilidade decisória. Ele deve sim prestar a atividade jurisdicional amparado em sua livre convicção motivada, todavia, compelido pelos critérios constitucionais e principiológicos.

---

<sup>37</sup> ANDRADE, João da Costa. **Da unidade e pluralidade de crimes. Doutrina geral e crimes tributários.** Coimbra Editora. 1ª Edição. Coimbra: 2010. p. 37.: Nossa posição é de que, efetivamente, em que pese ser de todo válido o esgotamento da análise da matriz teórica altamente digladiante entre as correntes, a questão fulcral é a de se definir, por critério mais justo, em uma análise global-social, consoante conceito da lavra do Doutor Figueiredo Dias, independente de uma formulação cartolinizada ou emoldurada, consoante a flexibilização proposta pela doutora Libano Monteiro, sem que afastemos esta interpretação conjunta, em todas suas facetas. Deixamos cá esta pincelada no único intento de estampar nossa ideia, em que pese estar em causa a apresentação do concurso de crimes. Todavia, esta contingência terá espaço quando em hipótese o concurso de normas, caminho natural após a delimitação desta parte para o direcionamento da questão da consunção em si mesma e o teor decisional dos julgados portugueses.

E, no sentido de definirmos minimamente tais critérios, de apontarmos a doutrina ampla até alcançarmos as situações consuntivas em sua concretude, seguimos.

### **1.1.2. Concurso de crimes segundo o sistema jurídico-penal: questões importantes ao deslinde do trabalho.**

De início, suscitamos que, no direito substancial português, o regramento do concurso de crimes vem insculpido no seu artigo 30.º - 1, do diploma repressivo<sup>38</sup>. Conforme ventilamos já em caráter embrionário, cumpre-nos agora a análise, em especial, do concurso de crimes em consonância com o sistema e a legislação penal material no que se coaduna com o direito persecutório português.

Ora bem, o concurso efetivo nada mais é do que aquele definido pelo diploma material repressivo, que reza e entabula a necessidade da verificação de concurso “*efetivo*” de *tipos de crimes cometidos* para a determinação do número de crimes praticados. Também, nas hipóteses em que a Lei identificar nos tipos penais os quais o comportamento valorado como negativo comporta a prática de uma ação e seu emolduramento de maneira plúrima, temos uma hipótese de concurso teoricamente conceituado como “ideal”. Ambos, entendidos de acordo com a teoria até aqui observada.

Todavia, pelo que, de efeito prático e pelos ensinamentos da doutrina do Doutor Figueiredo Dias, a terminologia real/ideal perde propósito. E concordamos. O que importa, uma vez transcrito o campo teórico de maneira global, é a demonstração das alocações de cunho mais eficientemente observados no direito penal português e sua verificação no contexto legal e jurisprudencial já que, ao fim e ao cabo, as cortes é que dizem o direito. É ao que este subitem se propõe e pelo que passamos a delinear.

Assim, em uma explicação coesa e coerente, de todo facilitadora, colacionamos a lição de Vinagre, que, em que pese se utilizar dos dispositivos legais do diploma material repressivo, exemplificando, não esgota a questão, que será devidamente abordada em sequência, mas que, por traçar o emolduramento penal no que concerne ao distinto

---

<sup>38</sup> “Artigo 30.º Concurso de crimes e crime continuado; 1 - O número de crimes determina-se pelo número de tipos de crime efetivamente cometidos, ou pelo número de vezes que o mesmo tipo de crime for preenchido pela conduta do agente”. Disponível na WWW em: < <http://www.codigopenal.pt/>>

sancionamento nas hipóteses de concurso, justificamos a transcrição. Vejamos, pois: “[...] *O concurso de crimes, tal como previsto no artigo 30º, nº 1, do CP, pode ser considerado como heterogéneo nos casos em que o agente com a sua conduta delituosa pratica vários crimes, previstos e punidos em diferentes normas jurídico-penais e aplicáveis para a determinação da medida da pena em concreto, nos termos do artigo 77º, nº 2, do CP. Assim, estarão em causa dois crimes diferentes se o agente matar Carlos e roubar Luís. Por outro lado, o concurso será homogéneo nas situações em que o agente com a sua conduta pratica vários crimes pertencentes ao mesmo tipo legal, pelo que o seu preenchimento acarreta uma multiplicação de subsunções no tipo e que determinarão a medida da pena em concreto, segundo o critério estabelecido no artigo 77º, nº 2, do CP. Ou seja, o agente com a sua conduta viola várias vezes e efectivamente a mesma norma jurídico-penal. Será o caso se o agente mata Carlos e Susana*”<sup>39</sup>.

A questão da unidade e pluralidade de crimes repousa em sensível discussão. Na doutrina clássica, somente se tinha em causa na observação do caso em apreço a análise correspondente a de se o agente realizava concurso real ou concurso ideal. É dizer que se o agente, com mais de uma ação ou omissão, realiza o mesmo tipo penal mais de uma vez ou o mesmo diversas vezes, incorre em concurso real (homo ou heterogéneo). Do contrário, se com uma só ação ou omissão engendrada perfaz mais de um tipo penal ou tipos distintos, será sancionado como em concurso ideal.

Acontece que, em tratando da unidade e pluralidade de crimes, o eminente Figueiredo Dias, de maneira didática e arraigada em propriedade, no tocante ao sistema jurídico-penal português – e que muito nos importa – ainda que rejeite a terminologia real e ideal (pelo que tratamos do concurso próprio e impróprio decorrente de Lei no sentido de seu conceito acima salientado) estabelece como solução para o problema no concernente à dogmática penal “[que] 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 não reside pois nem por um lado na mera ‘acção’, nem por outro na norma ou no tipo legal que integra aquela acção: reside no substrato de vida dotado de um sentido negativo de valor jurídico-penal, reside – numa palavra que vimos usando e progressivamente concretizando ao longo de toda esta

---

<sup>39</sup> VINAGRE, Nuno. *Da reforma dogmática do concurso de crimes*. Coimbra Editora. Coimbra: 2011. p. 17-19.

*exposição sistemática – 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” (grifos no original)<sup>40</sup>.*

Da cintilante construção imediatamente acima transcrita, temos que a discussão acerca da unidade natural da ação, unidade típica da ação e suas celeumas para a definição da pluralidade (ou não) de infrações, se há concurso ideal ou real, no plano teórico, é o que menos importa<sup>41</sup>, e no que concerne em especial ao sistema jurídico-penal português, nos parece pelas novas teorias, também. Pelo que nos ensina o douto, e aquiescemos sem tirar nem pôr, o que importa é efetivamente a verificação dos valores socialmente reprimidos e insculpidos em diploma repressivo como sendo nefários à sociedade, sua negação pela conduta levada a cabo pelo agente perquirido (vista em sua mais absoluta amplitude – análise do comportamento global), e a consequente determinação, jamais abstratamente, mas no caso entregue ao juízo, da violação ou não do ilícito de maneira concursal ou simples. E frisamos, para o deslinde pretendido, esta definição terá efetivamente que ser observada quando do enfrentamento da tormentosa problemática da consunção.

Acontece que, ainda que remanesçam estas questões no plano da teoria, no que se cola com os efeitos práticos, em que pese a inovadora e elucidante doutrina do Doutor Figueiredo Dias, efetivamente, consoante o mesmo alude e demonstra, os tribunais se mantêm decidindo com fulcro na doutrina de Eduardo Correia.

Todavia, nosso foco segue na apreciação do problema da prestação jurisdicional quando em voga a consunção. Mas, no intento de demonstrarmos que a questão do concurso (e inclusive em casos em que é levantada a relação consuntiva) é totalmente interligada e caminha, portanto, conjuntamente, em firmes braços dados, adentramos em algumas situações que, salvo melhor juízo, carecem ser suscitadas.

Ora, no que se relaciona com a eficácia prática, temos que a análise descritiva-crítica do ambiente jurídico-penal acerca dos institutos em Portugal (esta parte) se prestará

---

<sup>40</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal Parte Geral. Questões fundamentais à doutrina geral do crime. Tomo I.** 2ª edição. Coimbra Editora, 2007. p. 988-989.

<sup>41</sup> Figueiredo Dias, ao formatar seu conceito de verificação da unidade ou pluralidade de crimes, evidencia que os tribunais, quando se debruçam sobre casos concretos que ensejam esta apreciação vêm falhando ao renunciar a análise global da conduta. E, em nota, assim diz: “*Aqui residindo de resto, em nossa opinião, a razão mais funda de nossa jurisprudência, louvando-se da doutrina de Eduardo Correia, tem incorrido na apreciação de vários casos concretos*”. *Idem*, p. 987.

minimamente a elencar as questões incidentes quando em uma análise concreta e, assim, próxima do objetivo fulcral do presente estudo. De todo lógico, a atividade jurisdicional nunca se divorcia da dogmática jurídica – ou, ao menos, jamais deveria. Entretanto, *vacila!*

E, neste aspecto, se acaso existirem estes vacilos, dada a vital importância que esta contingência (uma aplicação cambaleante dos institutos) impõe sobre os ombros daqueles que criminalmente perquiridos sob o manto das hipóteses objeto deste dissertar, tencionamos apontá-los. Daí porque temos como importante a apresentação deste enredo. Nesta senda, e por ilustrar, nesta parte que interessa com o sistema jurídico-penal e o desenvolvimento do trabalho, suscitamos alguns julgados.

De início, um acórdão prolatado pelo Tribunal da Relação de Lisboa que enfrentou uma situação concreta na qual analisou a verificação (ou não) do *concurso*, e, educativamente, demonstrou a questão que se manifesta de maneira impregnada: o concurso de crimes e de normas é visualizado como um só e definido de acordo com o delito em apreço. E é exatamente o que sustentamos e pelo que levamos a efeito este apanhado geral introdutório. No processo tombado em juízo sob o nº 5316/2006-3<sup>42</sup>, referida Corte, em

---

<sup>42</sup> Transcrevemos trecho do julgado: “[...] *O número de crimes determina-se pelo número de tipos de crime efectivamente cometidos, ou pelo número de vezes que o mesmo tipo de crime for preenchido pela conduta do agente*” – art. 30.º, n.º 1, do Código Penal. *Como se sabe, por vezes são formalmente violados vários preceitos incriminadores (ou é várias vezes violado o mesmo), sem que daí advenha um concurso efectivo de infracções: é o que acontece “quando se dá a convergência, sobre uma mesma situação de facto, de uma pluralidade normas incriminadoras prima facie, potencial, formal ou aparentemente aplicáveis mas relativamente à qual se vem a concluir que apenas uma real ou efectivamente se lhe aplica, excluindo a aplicação das demais” (3). Especialidade, consunção e subsidiariedade são os três tipos de concurso aparente mais frequentemente apontados pela doutrina. Classificação de valor apenas tendencial, uma vez que – em especial no tocante aos dois últimos conceitos – são frequentes as situações em que os diferentes autores qualificam diferentemente as hipóteses mais características (4), não faltando mesmo quem, pura e simplesmente, renuncie (talvez bem) à distinção entre subsidiariedade e consunção, como Hochmayr (5) ou, entre nós, Eduardo Correia, autor que, negando qualquer utilidade à figura da subsidiariedade, sustenta que “o afastamento da eficácia de uma norma em virtude da aplicação de outra é (...) justamente o efeito das relações de especialidade e consunção” (6). 9. Frequentemente, como nota Taipa de Carvalho (7), o crime de coacção consome os de ameaça, ofensa à integridade física simples ou dano, pese embora a diversidade dos bens jurídicos tutelados por cada um deles. Compreende-se que assim seja, uma vez que, existindo entre dois tipos criminais uma relação de meio-fim (: um facto previsto como crime é concretamente meio para cometer outro crime), deve considerar-se que a norma atinente ao crime-fim consome a protecção visada pela outra, verificado que esteja um requisito complementar de contornos não fáceis de precisar. Segundo Robin de Andrade, nestes casos, “é preciso que o meio adoptado seja pressuposto tacitamente pelo legislador como meio normal da perpetração do segundo crime, de maneira que a sua repressão se possa considerar como compreendida no espírito da disposição penal que prevê e pune o segundo crime” (8). Mas – para evitar as indesejáveis distorções e os casuísmos aleatórios em face dos quais, pertinentemente, Luís Duarte D’Almeida manifesta a sua perplexidade (9) – parece que o critério assim proposto carece de alguma densificação adicional. Ou seja: os tipos criminais em confronto deverão ser sempre rigorosamente analisados, tendo em vista aferir da existência de uma objectiva sobreposição (parcial) dos respectivos elementos típicos – de tal forma que um ou mais elementos tipicamente previsto na norma prevalecente esgotem a valoração e tutela inerente ao crime-meio – ou, no mínimo, assegurar a inequívoca presença de uma relação de “mais e menos” entre os bens jurídicos que protegem”.*



12/07/2006, ao tratar da contenda do concurso, colacionou julgados, transcreveu doutrina, e demonstrou a unicidade da problemática em termos do sistema jurídico-penal português. Ora, o dispositivo elencado é efetivamente o mesmo que vimos referindo desde o início do estudo. A situação apurada aduz apontamentos doutrinários, tanto relativos à unidade e pluralidade de infrações, quanto ao concurso aparente de normas, e propõe sua solução concreta. Mas, será que verificamos uma *harmonia* jurisprudencial sobre o tema? Este, de fato, outro primordial objetivo do presente trabalho, no mais relativamente à consunção. Todavia, justificamos o lançamento do julgado em análise somente para a demonstração de que o problema efetivamente existe, e é ofertado ao emprego jurisdicional dos tribunais.

Mais recentemente, e corroborando o que acima fora dito, o Tribunal da Relação de Coimbra igualmente manifestou-se sobre uma relação concursal, ou uma não relação. No processo de número 174/10.2JACBR.C1<sup>43</sup>, de 22/05/2013, fora remetido à apreciação

---

Disponível na WWW:  
<<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/47a9810f986579b5802571b70038f95f?OpenDocument>>

<sup>43</sup> Colacionamos, de igual sorte, fração do julgado que tratou do problema do concurso: *“Importa neste momento analisar se ocorre um concurso, real ou ideal, ou ainda se existe uma relação de consunção entre os dois ilícitos. A unidade e pluralidade de infrações mede-se pelo número de tipos legais de crime culposamente violados pelo agente isto é, usando a terminologia da lei pelo número de tipos de crime efectivamente cometidos, ou pelo número de vezes que o mesmo tipo de crime for preenchido pela conduta do agente (artigo 30, n. 1, do Código Penal). Porém, o n.º 1 do art. 30º do CPenal sofre, no entanto, duas ordens de restrições, decorrentes, em parte, da doutrina e também da lei. Referimo-nos aos casos de concurso aparente de infrações e de crime continuado. No primeiro caso, a plúrima violação de preceitos ou tipos legais de crime é apenas aparente, porquanto resulta da interpretação da lei que só uma das normas ou preceitos tem aplicação ou que a mesma norma deve funcionar uma só vez. Voltando ainda ao n.º1 do art. 30º, dele podemos pois extrair a regra de que o agente cometerá tantos crimes, em concurso ou acumulação real, quantos os bens ou interesses jurídicos que, com o seu comportamento, violou: “O número de crimes determina-se pelo número de tipos de crime efectivamente cometidos, ou pelo número de vezes que o mesmo tipo de crime for preenchido pela conduta do agente”. O problema do concurso do crime de peculato com outros delitos tem sido objecto da discussão, sendo aceite que a capacidade consumptiva do peculato será extensível vg. aos crimes de furto (em certas circunstâncias), de abuso de confiança, de descaminho ou destruição de objectos colocados sob o poder público, ou de abuso de poder.(cf. Conceição Ferreira Da Cunha (Comentário Conimbricense do Código Penal, III, pág. 702). No concurso aparente, plúrima violação é apenas e tão só aparente (passo a redundância; e é-o e não efectiva, porque resulta da interpretação da lei que unicamente uma das normas merece cabimento ou que a mesma norma deve funcionar por uma só vez. Para objectivar esta perspectiva, apontam-se, como sabido é, diversas regras como, por exemplo e entre outras, as da especialidade e da consumpção. Aquelas regras são enumerações do chamado concurso de normas quando desemboca em situações em que há várias normas que se podem aplicar ou são aplicáveis e que, no entanto, por (ou devido a) um certo tipo de relação em que essas normas se encontram entre si, uma delas é excluída pela outra ou algumas das normas são excluídas por uma outra, quer por via de existir um ilícito que pressupõe na sua própria previsão o preenchimento de uma outra anterior no sentido de que lhe está na base (especialidade), quer porque de um tipo de crime faça parte, não por uma definição normativa mas por forma característica ou típica, a realização de um outro tipo de crime (consunção). Está-se paredes meias com a aplicação daqueles princípios gerais de direito segundo os quais a norma especial afasta a efectividade da lei geral ou uma norma absorve uma outra, com evidentes reflexos constitucionais na preservação do princípio de que “ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime”. Cavaleiro de Ferreira escreveu: “haveria uma duplicação da punição do mesmo facto, uma violação do princípio do “ne bis in idem”,*

judicante desta corte um caso em que a denunciada respondia pela prática dos crimes de peculato e tráfico de estupefacientes. A nos interessar, manifestou-se a unidade jurisdicional competente, na espécie. Em determinada fase, indica a Relatora que a questão a saber é se houve no caso concreto um concurso, real ou ideal ou, ainda, se se operou o fenômeno da relação consuntiva. Trazemos este aresto para efetivamente calcificarmos esta noção de que o problema é uno, e gravita desde o plano teórico até as manifestações dos julgadores portugueses.

Na mesma toada, o julgado de nº 474/09.4PSLSB.L1.S, datado de 27/05/2010, acordado sob os auspícios do Excelso STJ, trata, desde seu enunciado, do “*concurso de infracções, concurso aparente e crime continuado*”. Ora, já no cabeçalho verificamos tratar-se de uma questão una, divisada somente em carácter pedagógico, por se tratar de uma das mais ferrenhas hipóteses de discordância na doutrina<sup>44</sup>.

Pois bem, reconhecidamente tratando de todo o problema do concurso em direito penal, o julgado em testilha, em uma curta passagem no comparativo de seu todo, nos auferir total substrato e amparo investigativo na oportunidade em que detidamente os pretorianos se manifestam acerca da temática<sup>45</sup>. Da análise do acórdão em comento, do texto até então já

---

*se ambas as normas (comum ou especial) fossem cumulativamente aplicáveis; tem de prevalecer a norma especial, porque agarra mais de perto a situação de facto que regulamenta" (Direito Penal, 79/80, página 216) ou que" a aplicação de duas normas em relação de subsidiariedade equivaleria à violação do princípio "ne bis in idem" substantivo, já que ambas produzem efeitos jurídicos da mesma natureza" (obra citada, página 223). O concurso aparente é campo de aplicação de duas ou mais normas funcionando em círculos concêntricos e incidentes sobre uma mesma situação, em termos de uma prevalecer sobre a outra ou outras, excluindo estas por só formalmente aplicáveis. No concurso real, o critério decisivo leva em conta o seguinte: a importância de autonomizar o juízo de censura e satisfazer a plena necessidade de assegurar a tutela dos bens jurídicos colocados em causa, na genuidade própria e independente que aquela tutela justifique e imponha ou seja, por outras palavras, um critério teleológico que distinga e diferencie a unidade da pluralidade de infracções não por atenção aos fins do agente delitivo mas pelos fins visados pela incriminação das normas violadas, desiderato que o legislador penal acaba por traduzir na sistemática conferida ao Código. É inofismável a diversidade dos interesses jurídicos, essencialmente protegidos pelas normas incriminadoras dos ilícitos aqui em análise. E como tal a sua autonomia. E haverá em regra um concurso efectivo de infracções, a serem diferentes os bens jurídicos atingidos (cfr. CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, op. cit., pág. 703 e Acs da Rel. Porto de 83.03.02, Col. Jur. VIII, 2, 269 e do STJ de 84.07.18, BMJ 339-289). Disponível na WWW:<  
<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/6e91aa8dec4cdc7e80257ba60036a74d?OpenDocument>>*

<sup>44</sup> Este julgado será novamente objeto de estudo, todavia de maneira pormenorizada, quando da parte derradeira e fulcral do texto. Está disponível na WWW:<  
<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ba8ffed362818a7080257758002dc052?OpenDocument>>

<sup>45</sup> Trecho que aqui importa do julgado na nota 44 referido: “*A problemática relativa ao concurso de crimes (unidade e pluralidade de infracções), das mais complexas na teoria geral do direito penal, tem no artigo 30º do Código Penal a indicação de um princípio geral de solução: o número de crimes determina-se pelo número de tipos de crime efectivamente cometidos, ou pelo número de vezes que o mesmo tipo de crime for preenchido*

produzido, das construções teóricas observadas e dos casos verificados, observamos aqui no que se liga com o sistema jurídico-penal que o único lampejo de harmonia no que diz respeito à resolução do problema em sua concretude é a invocação do artigo 30º – 1.

Basta atentarmos para a transcrição de parte do julgado na nota 44, que observamos uma abissal colidência entre a aplicação dos institutos e a maneira em que foram arquitetados e, ainda que de maneira não uníssona, consolidados na doutrina. Há, ao que nos parece, inclusive, uma confusão, uma “salada de frutas”, uma miscelânea conceitual por parte dos julgadores. Elementos conceituais que deveriam ser perquiridos cada qual em seu eixo de incidência sendo misturados e empregados de maneira, digamos, desprovida da melhor técnica ou ainda, se quisermos, sem qualquer encaixe angular.

Veja-se que não estamos aqui ventilando qualquer hipótese de decisionismo. Muito antes pelo avesso. Tão somente nos importa corroborar esta avançada titubeante realidade do problema do concurso, em todas as suas esferas, no que se coaduna com o direito criminal. E, portanto, apontamos ao leitor a sua própria análise destas nuances antagônicas aqui genericamente apontadas.

Estas, dizemos nós, assimetrias, esta circunstância em si que parece engatilhar para o flagelo da insegurança, da ausência ou carência de critérios seguros à sujeição das pessoas ao aparato cognitivo do sistema penal e sua conseqüente persecução efetivamente *são* objeto do trabalho. Todavia, ao fim e ao cabo, e pelo que comporta uma investigação neste grau, nos limitamos ao problema da análise concreta dos casos de absorção – ponto futuro e

---

*pela conduta do agente. O critério determinante do concurso é, assim, no plano da indicação legislativa, o que resulta da consideração dos tipos legais violados. E efectivamente violados, o que aponta decisivamente para a consagração de um critério teleológico referido ao bem jurídico. A indicação da lei acolhe, pois, as construções teóricas e as categorias dogmáticas que, sucessivamente elaboradas, se acolhem nas noções de concurso real e concurso ideal. Há concurso real quando o agente pratica vários actos que preenchem autonomamente vários crimes ou várias vezes o mesmo crime (pluralidade de acções), e concurso ideal quando através de uma mesma acção se violam várias normas penais ou a mesma norma repetidas vezes (unidade de acção). O critério teleológico que a lei acolhe no tratamento do concurso de crimes, condensado na referência a crimes «efectivamente cometidos», é adequado a delimitar os casos de concurso efectivo (pluralidade de crimes através de uma mesma acção ou de várias acções) das situações em que, não obstante a pluralidade de tipos de crime eventualmente preenchidos, não existe efectivo concurso de crimes (os casos de concurso aparente e de crime continuado). Ao lado das espécies de concurso próprio (ideal ou real) há, com efeito, casos em que as leis penais concorrem só na aparência, excluindo uma as outras. A ideia fundamental comum a este grupo de situações é a de que o conteúdo do injusto de uma acção pode determinar-se exaustivamente apenas por uma das leis penais que podem entrar em consideração - concurso impróprio, aparente ou unidade de lei. A determinação dos casos de concurso aparente faz-se, de acordo com as definições maioritárias, segunda regras de especialidade, subsidiariedade ou consunção. Especialmente difícil na sua caracterização é a consunção. Diz-se que há consunção quando o conteúdo de injusto de uma acção típica abrange, incluindo-o, outro tipo de modo que, de um ponto de vista jurídico, expressa de forma exaustiva o desvalor (cfr. v. g. H. H. JESCHECK e THOMAS WEIGEND, "Tratado de Derecho Penal", 5ª edição, p. 788 e ss.) [...]*

*fulcral*. Mas nem por isso nos abstermos de apontar esta divergência. Se há, desde uma verificação aberta do sistema jurídico-penal, o apontamento de uma conflitante aplicação do direito penal quando estão em causa questões atinentes ao concurso de crimes e suas teorias, cá estamos para salientá-las, na medida do alcance.

Portanto, neste âmbito, o sistema jurídico-penal tem bem consolidada a determinação legal do concurso efetivo de crimes. As hipóteses elencadas pela doutrina são variadas. Os tribunais se utilizam da teoria e enfrentam o problema abstratamente trabalhado em sua aferição concreta. Mas, batem cabeça. A doutrina, os tribunais, os estudiosos. Por isto, dada a dimensão e a elevada complexidade do tema sobre o qual versamos, reiteramos: jamais temos a pretensão de inovar, (des)construir, criar. Nosso trabalho se contenta em tentar demonstrar os pontos relevantes ditos pelos doutos, os conceitos, as hipóteses e, quando em oportuna ocasião, em se debruçar sobre o problema da consunção desde sua construção teórica até a aplicação dos julgados e apontar, após edificada esta investigação, com a vênua devida, nossa pessoal posição.

## SEGUNDA PARTE - §2 O CONCURSO (APARENTE) DE NORMAS:

A problemática do concurso de normas não é de hoje, consoante já rebatido. Remonta desde a doutrina clássica e, no escopo de ilustrarmos esta contingência, nos utilizaremos de alguns destes primeiros pensamentos.

### 2.1. Situando o tema: o concurso de leis.

Traçando um panorama mais aberto, ainda não nos dizendo sobre o concurso “aparente”, a doutrina clássica já dava suas pinceladas no sentido de ressaltar a tormentosa realidade que repousa sobre o tema. Por isso, convém pormos em relevo alguns destes contributos no sentido de não pecarmos pela escassez. Nesta senda, no início dos anos setenta, já fornecia um prognóstico, ainda que evidentemente próprio daquela época, acerca desta complexa seara da dogmática penal, o Doutor Baião do Nascimento. Na altura, já ressaltava a escassa produção sobre a pluralidade de normas subsumíveis à uma mesma conduta: *“Pressuposto que não costuma ser muito desenvolvido por quem trata da matéria do concurso é o da pluralidade de normas aplicáveis, que precisamente está na base da própria ideia de concurso”*<sup>46</sup>. A pertinência desta citação está precisamente na convicção de indicar o Douro tratar-se de uma situação de base no que concerne ao concurso em direito penal.

A questão concursal, em direito criminal, efetivamente abarca todas as situações trazidas até aqui. E o fato de ser entendido o concurso normativo como base do problema é de todo pertinente. Da mesma sorte, tem o mérito de avaliar que, desde antes, não havia uma produção embebida em certeza ou firmeza. É o que viemos dizendo desde o preâmbulo.

Desse modo, o Doutor Cavaleiro de Ferreira, em obra específica onde enfrentou o concurso de normas penais (efetivamente o título do livro) faz seus apontamentos, agora nos anos oitenta. Além de, ao contrário do que muitos nos dias atuais, consoante apuraremos ao longo do texto, indicar não tratar-se de uma questão de interpretação, e tão somente da verificação de qual das normas que podem ser aplicadas ao mesmo “objeto” dentro de um

---

<sup>46</sup> NASCIMENTO, António Baião do. **Do concurso de normas**. Lisboa: 1971 p. 31.

sistema de integração sistemática legal, ele define o concurso de normas de uma maneira particular. Refere o autor que “*Antes de proceder à aplicação da lei, há que determinar a norma ou as normas aplicáveis ao caso concreto. E esta determinação não se faz somente em função do tempo, do lugar ou das pessoas, mas também do próprio objecto das normas, relativamente à situação de facto que a norma prevê, na medida em que sobre a mesma situação de facto possa convergir outra norma*”<sup>47</sup>.

Ora, nos parece claro que, em que pese a hodierna doutrina do concurso de normas se utilizar de muitos destes aparatos teóricos, a questão era limitada à uma aplicação cartolinizada, automática, como que um arremedo da exata aritmética, sem se levar em conta as particularidades ou as dissonâncias que se observam de caso para caso, de circunstâncias fático-jurídicas. Se resumia à uma operação sempre procedida de maneira idêntica. O que, entoamos, não se coaduna com a atuação repressiva do Estado respeitando o paralelo com a preservação das garantias individuais.

A possível concorrência de normas a serem concretamente aplicadas para um determinado ato da vida humana como sendo delituoso é uma contingência que, no mesmo esteio do estudo, eclode na problemática ampliada do *concurso de crimes*. Ora bem, tal será objeto de definição, determinação das contendas emergentes na doutrina e jurisprudência com o leme apontado para o debate sobre o princípio da *consumção* em sua concretude, a partir daqui com mais destaque para os entendimentos propagados pelos autores mais modernos.

Nesse sentido, consoante já tivemos a oportunidade de dizer, temos que a divisão do estudo do concurso se dá de tal forma que somente se presta a otimizar a evocação dos institutos efetivamente divisados por mera questão pedagógica já que, em que pese se tratar de prismas distintos (a pluralidade ou unidade de infrações e a concorrência de normas aplicáveis), todos desbocam na resolução acerca da perquirição dos fatos a serem, em última aferição, imputados em desfavor do agente naquela situação que se oferta ao julgador.

Acontece que, como remete salutar para o debate, ciente somos de que esta posição é maciçamente defendida pela doutrina, em sua absoluta maioria, com o destaque de que algumas discordâncias sobrevivem, ainda que por aparelhos.

---

<sup>47</sup> FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. **Concurso de normas penais**. Coleção Scientia iuridica. Braga, 1980. p. 6.

Todavia, em sua próxima integralidade, os pensadores do direito criminal, quando em análise o emprego e verificação do concurso de crimes, quer seja quanto a pluralidade de infrações, quer seja no tocante à aplicabilidade concorrente de leis penais, vociferam quase que de maneira uníssona contra o que esta minoria prega, dizendo que, a rigor, em linhas gerais, a divisão é, além de pedagógica, oportunamente *sistemática* e evolutiva em si mesma. O que vai avalizado por Duarte D’Almeida de maneira bastante esclarecedora quando faz a referência de que “[...] a caracterização maioritariamente adoptada conduz com naturalidade a que se considere haver uma justificação sistemática, e não somente pedagógica, para que o ‘concurso de normas’ seja tratado a par do ‘concurso de crimes’, justificação que reside no facto de pertencerem ambos ao mesmo campo problemático geral do ‘concurso’ de disposições incriminadoras (no ‘concurso de normas’, havendo mais do que uma ‘norma’ ‘aplicável’, verificar-se-ia em rigor sempre um ‘concurso’). Com a posição minoritária, sucede o inverso”<sup>48</sup>.

Pois bem. Nesta etapa, e como já viemos salientando, na base do problema, agora no tocante à aplicabilidade abstrata de normas incriminadoras em face de um comportamento delituoso, o exercício a ser manejado pelo intérprete, de igual sorte, pode até suggestionar ao leitor uma falaciosa facilidade. Pensar-se-ia: ora, estamos diante de um fato efetivamente exteriorizado e devidamente narrado que, em princípio, admite, em caráter de concorrência, sua subsunção em duas ou mais leis penais que tutelam seus respectivos bens jurídicos (a teoria do bem jurídico nos será bastante útil na sequência lógica do estudo da arte).

E aí? Basta que se chegue à determinação, por um exercício jusmetodológico interpretativo, da eleição das normas a serem suscitadas pelo julgador em desfavor do agente criminoso e se aplique o direito repressivo. Estaríamos diante de uma pobre e totalmente equívoca simplificação da questão.

A esse respeito, ensinava Eduardo Correia que “[a] unidade ou pluralidade de tipos de crimes, a que é possível subsumir uma expressão da vida, constitui (...) o critério decisivo para fixar a unidade ou pluralidade de infracções existentes num caso concreto.

---

<sup>48</sup> D’ALMEIDA, Luis Duarte. **O “concurso de normas” em direito penal**. Coimbra. Almedina: 2004. p. 16, rememorando as lições de Baião do Nascimento e de Oliveira Ascensão.

*Simplesmente, o número de tipos legais que um certo comportamento preenche só pode, muitas vezes, fixar-se depois de atenta e cuidadosa interpretação da lei penal*<sup>49</sup>.

No ponto em testilha, e com maestra clarificação, João Andrade, notadamente amparado na doutrina do Doutor Figueiredo Dias, aduz “[que] o facto de a um concreto comportamento ser em abstracto aplicável uma pluralidade de normas, não implica, de forma necessária ou automática que se possa concluir pela efectiva existência de um concurso de factos puníveis. Prioritariamente haverá que determinar se as normas abstractamente consideradas aplicáveis, se encontram, ou não, numa relação lógico-jurídica, numa relação de ‘lógica hierarquia’ tal que, em boa verdade, apenas uma dessas normas seja efectivamente – isto é, em concreto – aplicada”<sup>50</sup>.

Significa dizer que a resolução da colidência, conflito ou ainda choque de normas potencialmente incidentes sobre o comportamento do agente deve ser observada de acordo com critérios de uma lógica jurídica tal que se observe em consonância com a *relação* que se verifica sobre as normas entre si, de maneira abstrata e, após esta ilação, a determinação do fato praticado pelo perseguido em concreto, tendo como último ancoradouro o paralelo com a verificação legiferante antes levada a cabo pelo investigando. Uma situação que, confidenciamos, não se afigura mui simples em casos que teimam em remanescer em constante erupção no vulcão da vida social.

Na decência de adentrarmos no ponto fulcral, o concurso aparente, afluyente natural do princípio da consunção, terá uma ampliação conceitual e problemática mais municiosa daquela até agora introdutoriamente delineada. Os cuidados a serem engendrados por quem nesta seara acaba navegando devem ser inatos à uma investigação deste estilo e com os reflexos que de um equívoco entendimento podem irradiar.

Ocorre que, em linhas gerais, agora em termos modernos, para a doutrina mais aceita, o *concurso aparente* se amostra como sendo um *concurso idealizado*, não verdadeiro, portanto. Uma *ficção* jurídica em que, em uma análise perfunctória sobre o comportamento fático levado a efeito pelo agente delituoso, suportaria o enquadramento legal de dois ou mais tipos incriminadores.

---

<sup>49</sup> CORREIA, Eduardo. **A teoria do concurso em direito criminal**. Livraria Almedina. Coimbra: 1963. p. 121.

<sup>50</sup> ANDRADE, João da Costa. **Da unidade e pluralidade de crimes. Doutrina geral e crimes tributários**. Coimbra Editora. 1ª Edição. Coimbra: 2010. p. 171.



É como nos ensina Figueiredo Dias que se trata de um “não concurso”, já que, em verdade rotunda, apenas uma lei vai eficazmente ser capitulada na situação concreta. Daí dizer se tratar de uma “unidade de lei”<sup>51</sup>. Pedimos a mais absoluta vênia para discordarmos. Em que pese efetivamente verificarmos, ao fim e ao cabo, da análise da hipótese em apreço, a aplicação de uma lei única, após o estudo da relação lógico-hierárquica de Eduardo Correia e a aferição igualmente do fato punível dentre os tipos possíveis a ser aplicado (o que sustenta Figueiredo Dias), na gênese do problema é inegável que há uma *concomitante* possibilidade real e inafastável de enquadramento de uma *pluralidade de leis*.

Daí, ao revés da maioria e mais respeitada doutrina, entendermos, ainda que possa parecer retrógrado, a pertinência da nomenclatura concurso aparente. Ora, se coincidentemente aparecem como possivelmente aplicáveis mais de uma norma, pelo que a semântica aufere substrato, há sim uma parecença e pelo que o nome, ainda que não leve na sua origem em conta a variedade de fatos puníveis a serem observados, também remete a uma, cremos de peito aberto, variedade de normas criminais na hipótese ventilada. Mas retomaremos estas ponderações na ocasião em que desbravaremos a tese da *conduta global*, elemento nuclear da calcificada orientação do eminente Autor.

Agora, quanto as consequências, a aplicação da dogmática penal e a importância que se impregna na verificação do concurso de normas, seja ele visto por qualquer dos olhares já subsidiados pelos doutos, devem estes elementos ser aferidos de maneira justa e digna, independentemente do prisma conceitual em que a posição doutrinária escolhida pelo intérprete venha conglobada<sup>52</sup>. Isso, sempre levando em conta os aspectos técnicos que devem reger a verificação concreta e derradeira pelo julgador (e justamente isso é que mais nos importa, a definição de hipóteses verdadeiramente aplicáveis nos tribunais para a implementação, quiçá, de uma harmoniosa e condizente manifestação jurisprudencial no sentido de que seja alcançada uma razoável segurança jurídica).

---

<sup>51</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal Parte Geral. Questões fundamentais à doutrina geral do crime. Tomo I.** 2ª edição. Coimbra Editora, 2007. p. 992, ainda salientando a tese de ROXIN, ao sedimentar a infelicidade da designação “concurso aparente”.

<sup>52</sup> Aqui, há a pesada crítica da Doutora Líbano Monteiro quando diz, de maneira simplificada, que o concurso aparente se presta tão somente para problematizar uma situação jurídica que deveria, pelo avesso, ser facilitada, em aproximação à lição de Duarte D’Almeida e que pressupõe uma maior autonomia resolutiva, pautada pela razoabilidade, dos tribunais, o que chamamos de “flexibilização” ou “descartolinização” do concurso. Na parte segunda, dedicamos muitas linhas ao estudo da tese da eminente Autora.

Então, em ditado brasileiro, deixando em “banho maria” o problema da teorização acerca do concurso aparente para logo mais, temos que o problema, em caráter mais prático – e este é o viés a que se propõe e pelo que tenciona ser de alguma forma útil o presente trabalho – é uno e sistemático.

No sentido de se solver a hipótese concreta entregue ao pretoriano, a identificação da unidade ou pluralidade de crimes e a incidência de uma concorrência de leis incriminadoras àquela conduta são efetivamente um meneio que condiz integralmente com a dificuldade do estudo concursal.

Esta relação deve ser conjurada pelo aplicando sempre, de maneira irrestrita, tendo como baliza o sistema penal, seus princípios e a Constituição da República. Em verdade, ora parafraseamos com algum incremento Luca Ragione, quando afirma que *“Il tema dei rapporti tra concorso di reati e concorso di norme penali presuppone un atto interpretativo della portata semantica delle disposizioni incriminatrici; si tratta, pertanto, di una questione di tipicità, inquadrabile nell’ambito del principio di stretta legalità penale, e da leggere, pertanto, in conformità agli scopi complessivi del sistema penale”*<sup>53</sup>.

A polêmica acerca, inclusive, da delimitação do problema do concurso de normas/leis é forte, e remonta desde as construções da doutrina clássica. Quando tratava de demonstrar sua lição, na parte do concurso em direito criminal e, em particular, sobre o concurso legal, Cavaleiro de Ferreira já denunciava, em seu ponto de vista – já anunciamos nossa discordância desta velada crítica – a viciosa nomenclatura do problema, dando sua posição.

Defendia o Douto que [...] *“A essência do concurso está na pluralidade de violações da lei penal, ou pluralidade de qualificações pela lei do facto ou factos cometidos pelo agente. E, por isso se revela fundamental comprovar a pluralidade de qualificações pela lei penal. E esse é um problema que vem sendo tratado pela doutrina como concurso de normas. A nomenclatura nesta matéria é algo equívoca, como a sua colocação sistemática é discutível. A locução concurso de normas vem designando, em direito penal, o problema da limitação de aplicabilidade de uma norma que seja consequência da aplicabilidade de outra norma ao mesmo objecto”*<sup>54</sup>. E o mesmo prossegue deixando

---

<sup>53</sup> RAGIONE, Luca Della. **Il concorso aparente di norme tra teoria e prassi**. 2011-2012. Disponível na WWW: <[http://www.fedoa.unina.it/8580/1/DELLA\\_RAGIONE.pdf](http://www.fedoa.unina.it/8580/1/DELLA_RAGIONE.pdf)>

<sup>54</sup> FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. **Lições de direito penal, parte geral, I**. Editorial Verbo, 1992. p. 527.

transparecer que não se trata de uma simples questão de interpretação. O sistema jurídico é uno, e contempla suas normas em uma relação de integralidade para que este mesmo sistema tenha funcionalidade. Neste ambiente, ressalta que as normas sobrevivem em uma relação de subordinação, sobreposição e limitação entre si.

A doutrina espanhola, por seu turno, igualmente define como não recomendável a denominação de concurso aparente. É o que se demonstra claro quando da observação das lições de Santiago Puig. Ele traduz o conceito de concurso de leis, e indica ambas as posições doutrinárias que emanam no cenário espanhol que, efetivamente, são as mesmas, de maneira geral, consolidadas no sistema jurídico penal português.

Nesse viés, entendemos como pertinente seja sua escrita aqui colacionada. É que, em verdade, neste espaço trazemos, então, a conceituação das mais variadas doutrinas para que, no desate textual, tenhamos substrato para a condução de nossas conclusões, apontamentos e verificações dos entendimentos jurisprudenciais. Nesse sentido, diz Puig “[que] *Se habla (...) en concurso de leyes, cuando uno o varios hechos son incluibles en varios preceptos penales de los que sólo uno puede aplicarse, puesto que su estimación conjunta supondría un bis in idem. Ello sucede siempre que uno de los preceptos basta por sí solo para aprehender todo el desvalor del hecho o hechos concurrentes. Concurre, entonces, uno solo delito*<sup>55</sup>”. Nos parece um conceito bastante simples e que contempla todas as nuances que realmente observamos quando tratamos do concurso, defendemos, em maioria gritante, *aparente*, de normas.

E conforme já havíamos adiantado, o mesmo expoente da doutrina espanhola indica esta minoria doutrinária, descrevendo ambas as posições dos autores que cultuam a matéria. Nesse porém, ensina, com uma simplicidade louvável, que “*Existen en la doctrina dos concepciones distintas del concurso de leyes. Según la doctrina mayoritaria el concurso presupone que todos los preceptos en juego concurren efectivamente, de modo que el hecho cabe en todos y cada uno de dichos preceptos, aunque sólo uno de ellos será aplicable. Otra dirección entiende que la concurrencia de los distintos preceptos es solo aparente, puesto que una correcta interpretación de los mismos pone de manifiesto que, desde un principio, en realidad sólo concurre uno de ellos. La primera concepción es preferible [...]* (grifo no

---

<sup>55</sup> PUIG, Santiago Mir. **Derecho penal, parte general**. 9ª edición. Editorial Reppertor. Barcelona: 2011. p. 662.

*original*)”<sup>56</sup>, justificando tal preferência, se bem entendemos, pelo fato de que, em verdade, em situações particulares em que o fato “preferível” não possa ser aplicado, o “preferido” tome lugar, para que o agente não resulte impune.

Sobre a mesma temática, o também espanhol Muñoz Conde traz uma ilação igualmente pertinente, ensinando que “[...] *el llamado concurso de leyes no tiene nada que ver con un auténtico concurso, sino con un problema de interpretación para determinar la ley o precepto legal aplicable, suando ante un mismo supuesto de hecho aparentemente son varios los preceptos que vienen en consideración, pero el desvalor que representa este supuesto de hecho es abarcado por uno de los preceptos concurrentes cuya aplicación excluye la de los demás*” (*grifo no original*)<sup>57</sup>). Verificamos aqui o que sugere uma leve discordância com aquilo que defende o eminente Cavaleiro da Ferreira. Em que pese, igual a ampla maioria, trazer Muñoz Conde e Arán García a definição de que não há um efetivo concurso, a ideia aqui suscitada dá conta de que, para a verificação da norma a ser concretamente sopesada em desfavor do delinquente bastaria a um simples exercício interpretativo do julgador.

Ora, ainda em análise preliminar, não parece ser efetivamente o caso. Em que pese a interpretação fazer parte da tarefa do julgador, é notório que esta deve ser levada a efeito tendo como ancoradouro o enfrentamento de todas as situações técnico-jurídicas incidentes, o desvalor da conduta tutelada pelo direito criminal, o resultado aferido, as particulares vicissitudes que eclodiram no mundo dos fatos, sendo, pelo avesso, um exercício de elevada e inegável complexidade.

Ora bem, consoante nossa posição, e novamente pedindo vênia, o fato de a aplicabilidade se demonstrar aparente e, na específica situação, incidir alguma contingência de ordem técnico-jurídica que impessa a aplicação da norma dominada não tem qualquer elo com a aplicação do delito dominante. Nos parece uma questão tão somente terminológica. A aplicabilidade, em sua concretude, deve sempre ser pautada pelos elementos jurídico-constitucionais, além de tencionar preservar a adequada manifestação do direito repressivo sempre que este venha a ser suscitado a intervir. A problemática é de cunho metodológico.

---

<sup>56</sup> PUIG, Santiago Mir. **Derecho penal, parte general**. 9ª edición. Editorial Reppertor. Barcelona: 2011. p. 663.

<sup>57</sup> CONDE, Muñoz. e ÁRAN, Mercedes Garcia. **Derecho penal, parte general**. Tirant lo blanch. Valencia: 2004. p. 471.

Com os maiores respeitos, não visualizamos esta escancarada impropriedade do nome “aparente” que é invocada pela maciça doutrina.

Mas prosseguindo, no intento de evitarmos a tautologia, temos que o cenário é claro e cristalino. Uma vez verificado estarmos diante de um fato praticado que contemple, em uma análise abstrata, o emolduramento, ou se quisermos, o encaixe entre mais de um tipo penal hipoteticamente – já que ainda não há uma aferição concreta e ainda estamos presos no campo da abstração – violado, deve-se então proferir esta análise: ora bem, então, após identificadas as normas possivelmente subsumíveis à conduta em apreço, qual destas cumpre seja “aplicada”? Aqui, exsurge problema distinto, e que, na complexa crítica de Duarte D’Almeida se percebe estudada com esforço notável. Valemo-nos desta explanação para definirmos minimamente o critério de aplicabilidade.

## **2.2. Definição de aplicabilidade no que se coaduna com o concurso aparente de normas: apontamentos a partir do especial enfoque crítico na teoria de Duarte D’Almeida.**

Ora, desde que inauguramos esta esmerada caminhada, sempre viemos falando do problema do concurso e remetendo à uma futura *aplicação* concreta. De fato, isso é o que nos move e instiga até que cheguemos à avaliação da consunção para o efeito.

Mas, como é cediço, o princípio da consunção nada mais é que – ainda que carregue em sua natureza conceitual uma elevada complexidade e inquietação quanto à uma definição pacífica – um dos mecanismos teóricos de resolução do concurso, mas especificamente no que diz respeito ao problema concursal (aparente) de normas, e, portanto, que eventualmente merecerá *aplicação*. Sob esta túnica é que procuramos denunciar, ou, se soar melhor, delinear a delimitação da *aplicabilidade* da norma mais adequada tecnicamente para então termos substrato doutrinal e não apenas nos atermos a conceituar vagamente e solucionar, até mesmo podendo as vezes parecer sem aporte, as questões que até então temos descrito e apontado.

Ou seja, esta pausa para a definição do conceito de aplicação se impõe para que as soluções avançadas não se manifestem de maneira desligada, desconexa, ilógica. Os mecanismos de interpretação, análise e entendimento das questões do concurso são variados.

Desde já dizemos que nos ateremos com principal esforço, neste quesito, nas teses de Figueiredo Dias e Libano Monteiro<sup>58</sup>. Mas agora, e salientamos que cá estamos em um eixo cartesiano distinto, pelo que entendemos fazer-se crucial que manejemos esta conceituação. Vejamos, pois.

Quanto a aplicação, então, ou o exercício da identificação da norma à qual a conduta do agente se subsume, diz Duarte D’Almeida, suscitando a lição do doutor Sousa e Brito, “[que] em Direito Penal, por vezes, toma-se (mesmo discursivamente) a **aplicação** de uma ‘norma’ – o **processo aplicativo** – pela sua **aplicabilidade**. Afirma, v.g., Sousa e BRITO poder ‘chamar-se subsunção à operação de determinar a lei aplicável a certo facto, olhada do ponto de vista do caso concreto; com isso quere afirmar, na realidade, que pela subsunção se determina não **a lei aplicável** a um ‘certo facto’, mas a pertinência de esse ‘facto’, a uma **dada** lei. A operação subsuntiva, porque respeita a uma determinada previsão normativa, tem necessariamente de ter sido precedida da selecção de essa lei que se toma para análise: só então poderá indagar-se da possibilidade de caracterizar o **caso** como **caso da norma**” (grifo no original)<sup>59</sup>.

Em ligeira análise, temos que a construção proposta indica a necessidade de o elemento legiferante sobrepor-se ao comportamento concretamente em análise em uma *antecedente* compreensão, de hierarquia de preferência, e, a partir de tal operação, seja determinada a aplicabilidade em comento.

Explicamos, em palavras mais simples: o legislador, em que pese atentarmos para, em primeiro lugar, uma possibilidade plural de aplicabilidade de normas, previu, conforme seu nobre ofício, esta contingência quando editou as determinações legais e os tipos penais. Aí, ainda que saibamos que muitas espécies normativas são acometidas por máculas de cunho técnico (o que desconsideramos em caráter genérico), o fato em verificação é que deveria ser jogado, na mecânica subsuntiva, às capitulações potencialmente elegíveis. O que parece de todo pertinente e lógico: ora, o concurso de normas deriva, efetivamente, da existência de mais de uma *norma* que se eventualmente veja aplicada em um confronto com relação a determinado fato.

---

<sup>58</sup> Já levantamos aqueles que, de acordo com a pertinência evolutiva do texto, nos pareceram coerentes. Acontece que, em uma sequência lógica, após esta definição de aplicabilidade, na derradeira parte do trabalho, atacaremos estas definições com atenção.

<sup>59</sup> D’ALMEIDA, Luis Duarte. **O “concurso de normas” em direito penal**. Coimbra. Almedina: 2004. p. 18.

O elo é inconstante. Não há um concurso aparente de normas sem que haja uma manifestação delitiva pelo agente e que esta, por seu turno, se conforte com dispositivos normativos. Assim como, e por precipual, é da norma editada pelo legislador é que decorre a possibilidade deste conflito, razão pelo qual, aderimos com absoluta segurança, a aplicabilidade deve sim ser verificada após o confronto do fato concreto com as possibilidades tipicamente incriminadoras. Mas não nos enganamos. Há outras várias vicissitudes que, como um nevoeiro, atormentam e embaçam a visão do intérprete.

O problema é complexo. Muitas são as teorias que circundam-no.

A necessidade de consideração dos tipos penais e o mecanismo metodológico de aplicabilidade ou aplicação na esfera concreta suscitam um sem número de questões de cunho hermenêutico. São consideradas desde a clássica abordagem formal-subsuntiva, até uma apreciação integrada que dá conta de que o intérprete, quando se depara com o caso decidindo, deve se socorrer de uma análise jurídico-lógica tal que se amostre condizente com o Direito Penal, sua natureza persecutória, e os reflexos que um emolduramento da hipótese em análise podem acarretar, e se deve perquirir acerca da necessidade de preservação do Estado Democrático de Direito e a garantia das liberdades individuais.

Acontece que a definição derradeira da resolução do problema ofertada pelo autor em estudo é de todo inovadora e crítica. Porém, somente aqui, nos atemos à invocação de sua crítica metodológica, e não nos importamos, por ora, com sua tese na essência.

Acerca do método de seleção da norma incriminadora a ser apontada concretamente pelo intérprete ao caso que lhe é posto, diz o Doutrino que se trata de “[uma] operação de selecção da norma externamente aplicável – pressupondo embora, da parte de quem tenha a seu cargo a decisão do caso, um conhecimento reflectido dos diversos tipos incriminadores vigentes em um ordenamento jurídico-penal – prescindirá, na sequência do que se deixou exposto, de aquela abordagem formal que atenda somente à verificação abstracta do ‘preenchimento’, pelo caso, da hipótese normativa. Para aquele fim, esse estudo é inútil. Igualmente inconsequente em matéria de aplicabilidade externa de um tipo incriminador é o exame que incida sobre a qualidade de ‘relações’ ‘lógicas’ de verificação possível entre quaisquer formulações incriminadoras, e isso porque a identificação de uma relação lógico-conceptual não forneceria, em todo caso, apoio algum para que se

*concluisse pela prevalência de um ou outro dos conceitos em concurso*<sup>60</sup>”. A crítica do método lógico-conceitual é uma marca do autor, que pretende afastar o conceito de uma mera operação formal-subsuntiva do problema.

Primeiro, é aduzido que há uma tomada do critério outrora definido por Eduardo Correia da análise dos tipos incriminadores envolvidos na sua relação de hierarquia, de maneira independente da “aplicabilidade externa dos tipos criminais de cujas formulações se faz uso”, sendo uma situação admitida como intocável, ainda que, segundo sustenta, não se fundamente em qualquer argumento robusto. Nessa hipótese, haveria uma intolerável situação de “[...] *conceptualismo de base, e a conseguinte negação de qualquer ‘implicação constitutiva’ (com partida de concreto para abstracto) no processo, assim lógico-dedutivo, de aplicação da norma. Com isso, fica claro que, sendo seleccionado como externamente aplicável um tipo incriminador apenas, não há qualquer ‘concurso de normas’: as ‘normas’ não seleccionadas não vêm, como é evidente, a ‘concurso’ algum. Proceder-se-á assim, igualmente, à extracção do que respeite àquela operação de individuação selectiva do tipo ou tipos externamente aplicáveis do espaço autonomizado de tratamento de qualquer ‘concurso’ normativo [...]*”<sup>61</sup>.

Mas esta crítica evolui no pensamento do autor. É notável o apontamento de uma “profunda contradição de raciocínio” da concepção corrente e que se mune da operação formal-subsuntiva de aplicabilidade da norma. Aqui é proliferada uma debilidade conceitual que emana da doutrina maioritária. Por uma apontada diferença de critério, uma incongruência entre os mecanismos definidores da aplicabilidade.

A necessidade da definição do “estatuto metodológico” é uma patente marca de Duarte D’Almeida. Uma vez levado a efeito o critério formal-subsuntivo pelo intérprete, haveria uma sequente aplicação ao “juízo subsuntivo” no sentido de então se obter a concreta determinação da norma no problema que se apresenta. E aí invoca a teoria dos “bens jurídicos”, dizendo que são critérios de resolução habitualmente propostos “[a] *ponderação de identidade ou diversidade dos ‘bens jurídicos’ lesados pelos tipos concorrentes. De facto, no que em especial respeita ao domínio do ‘concurso’ afirmava já Eduardo Correia estar*

---

<sup>60</sup> D’ALMEIDA, Luis Duarte. **O “concurso de normas” em direito penal**. Coimbra. Almedina: 2004. p. 32-33.

<sup>61</sup> D’ALMEIDA, Luis Duarte. **O “concurso de normas” em direito penal**. Coimbra. Almedina: 2004. p. 34-35.



toda essa problemática ‘intimamente ligada à teoria do bem jurídico’; no mesmo sentido, sustentou Teresa Beleza que o ‘critério decisivo’ para a resolução de ‘concurso de normas’ será o de ‘saber que bens jurídicos estão protegidos pelas normas em causa’<sup>62</sup>. E, além de tomar as lições dos autores ora citados pelo Douto em estudo, remete a dificuldade e o tardio desenvolvimento do estudo da teoria do concurso de normas pela concomitante demora ou tardia da evolução do estudo da teoria do bem jurídico, chamando a lição de Sanz Morán.

Isso por que? Para logo em seguida narrar a maneira pela qual a teoria do bem jurídico é trivialmente utilizada para a resolução da aplicabilidade da norma dentre aquelas possivelmente subsumíveis à conduta externada pelo agente.

Uma vez definida, em âmbito preliminar, e por óbvio, quais as normas em possível concurso de aplicação, devemos ter em conta a dimensão do “desvalor jurídico-penal” do fato externalizado. O doutrinador salienta que a definição desta aplicabilidade e que se prende com a teoria do bem jurídico, tendo este vetor de análise em razão do desvalor criminal impregnado na lei, deve ter como pano de fundo para a justificação da não aplicação de todas as (outras) normas subsumíveis à espécie não a situação de conforto com os elementos dos tipos em questão, e sim a verificação da satisfação do valor criminalmente negado pelo Diploma Penal e a conduta praticada, a proteção do bem jurídico ali tutelado, e o resguardo, consoante é cediço, da não dupla valoração, o que classificou como “duplicação punitiva”.

E esta teoria se casa com o mais robusto critério de logicidade, humildemente pensamos. Ora, a vedação constitucional do *non bis in idem* se coaduna com os preceitos que devem ditar a manifestação da vida em uma sociedade regida pelo estado Democrático de Direito, a preservação das garantias e liberdades individuais, a atuação do aparelho estatal repressivo em consonância com estas garantias.

Todavia, Duarte D’Almeida tenta desconstruir, ou, em melhor ditado, apontar incompatibilidades técnicas neste critério de aplicabilidade normativa, partindo desta definição da “dimensão material” da não dupla incriminação na esfera da análise do concurso normativo. Para nós, soa muito interessante a ampliação deste debate, já que, ao fim e ao cabo, tencionamos, em sequência, traçar a definição dos mecanismos de resolução do

---

<sup>62</sup> D’ALMEIDA, Luis Duarte. **O “concurso de normas” em direito penal**. Coimbra. Almedina: 2004. p. 35.

problema já sob o prisma, com o perdão da redundância, *resolutivo (especialidade, subsidiariedade e consunção)*, e não mais metodológico.

Na marcha crítica, evolui o autor dizendo ser no mínimo “pouco econômico” e arraigado em um caráter de “excesso de análise e de abstração” ter-se como pretensão a convocação ou, nos termos citados e com apoio em Antolisei, “chamamento” dos tipos penais enquanto muitos, mas por outro lado poucos (ou somente um) sejam os “escolhidos” tendo em conta que a determinação do critério a pautar a “escolha” se apresenta, segundo defende, absolutamente distinto daquele que determinou a antecedente chamada e, de maneira independente ou desprendida deste mesmo critério, porque ao proferirmos a chamada dos tipos não envolvemos sinais daquilo que chamou de “aptidão” para a futura escolha no exercício da operação.

O excesso de abstração, de fato, nos parece ser um problema quando da verificação das hipóteses que se apresentam ao julgador. Entretanto, humildemente, não conseguimos visualizar esta “pouca economia”, ainda que, pelo que podemos entender, propugna com esta passagem indicar uma necessidade de abrandamento, ou, melhor dizendo, simplificação da problemática. Se assim o é e não estivermos em erro, aquiescemos totalmente.

Isso, e consoante inclusive já avençado neste texto, em nosso igualmente humilde sentir, o direito deve *sempre* buscar a resolução dos problemas que lhe são apostos ao enfrentamento com vistas à pacificação social em sua plenitude, não podendo ter uma situação eminentemente controversa (e, nos casos em análise, bastante teórica) limitando a oferta à sociedade uma solução justa e condigna, ou se quisermos, por conta de um óbice que se reflete nesta variada teorização e discussão doutrinária, o que se manifesta absolutamente contrário também ao princípio da instrumentalidade processual.

A metodologia a ser empregada e a teorização, a dogmática e a aplicação pelos tribunais são *todos* e igualmente elementos importantes, por certo. Todavia, e como adeptos desta aludida *simplificação*, temos que, para a satisfação eficaz da situação concreta apresentada, não podem suscitar ou auferir substrato à uma prestação jurisdicional falha, sobretudo nesta orbe, o direito criminal, que lida com um bem tão precioso à humanidade, qual seja a liberdade.

Ou seja, entendemos que a verificação de uma polêmica na doutrina, a ausência de firmeza de critérios definidores da metodologia a ser empregada, ainda que sejam aspectos

de elevada importância técnica, não podem acabar por violar a segurança jurídica, já que e – e assim tememos – se se tem diversas posições, inúmeros problemas de definição de critério a ser adotado, o espaço à manifestação jurisprudencial envenenada pelo nefário *decisionismo* é um conseqüência que deve ser combatido, mas que pode muito bem manifestar-se (isso é o principal objetivo da análise a ser manejada no último tópico).

É também por isso que justificamos esta passagem. A crítica jusmetodológica se amostra um importante passo em direção à definição de uma adequada aplicação da norma na hipótese concreta. Mas, aproveitamos o ensejo para ressaltar: não é porque remanesce elevada polémica técnico-jurídico no tema em debate que defendemos a simplificação. A discussão jurídica é absolutamente um mecanismo de evolução constante e inerente ao desenvolvimento do direito. No caso do concurso aparente de normas, esta realidade é bastante saliente. E neste contexto é que buscamos defender nossa ideia, sem receio de parecermos simplistas ou algo que o valha, pelo que estas ponderações de ordem doutrinária vão destacadas. O fomento ao debate pelos *experts* parece-nos é totalmente sadio e decisivo neste sentido, razão pela qual dedilhamos estas linhas.

Mas, ainda na temática da má técnica metodológica denunciada, vem Duarte D’Almeida apontar sua severa e ácida crítica, com o perdão de ser a seguinte citação extensa mas que, pela sua profundidade, entendemos justificada: *“Há nisso, de resto, insanável contradição metodológica: é a de, primeiramente, fazer-se uso de um dado critério destinado à produção de uma pluralidade de enunciados verdadeiros de aplicabilidade externa e, seguidamente, pretender-se contrariar esse resultado através da intervenção de um segundo critério, igualmente destinado à produção de enunciados verdadeiros de aplicabilidade externa; a doutrina corrente, assim, produz dois critérios de aplicabilidade externa, de resultados díspares. Essa contradição é decorrência, quase inevitável, do originário vício metodológico de fazer relevar um abstracto ‘preenchimento’ formal de diversos tipos legais de crime. E, como forma de justificar a inaplicabilidade conjunta de duas disposições supostamente ‘aplicáveis’, (...) – o que é procurar a resolução de um problema que não deveria ter chegado a colocar-se – produziu-se essa muito desnecessária manobra de contorcionismo jurídico que é a reconversão ‘material’ ou ‘substancial’, do princípio ‘non bis in idem’”* (grifo no original)<sup>63</sup>.

---

<sup>63</sup> D’ALMEIDA, Luis Duarte. **O “concurso de normas” em direito penal**. Coimbra. Almedina: 2004. p. 36-37.

A distinção dos critérios para a definição do tipo penal, ou da incriminação a ser enquadrada em desfavor do agente em perquirição, após a utilização do método formal-substantivo e a posterior determinação da hipótese fático-jurídica em sua concretude com esteio no momento subsequente da vedação constitucional da dupla incriminação estaria, portanto, em total descompasso. E até nos parece bastante condizente a crítica em comento.

O problema, nominado ou conceituado pelo autor como sendo uma operação inquinada por um “contorcionismo jurídico” para a sua resolução é uma expressão bastante feliz, assim como a descrição de que tal problema sequer deveria acometer a aplicação do direito criminal nas situações que reclamam esta situação concursal de tipos penais realmente nos faz pensar.

É que, como viemos destacando desde sempre, o que nos é principal neste meneio jurídico de definição da norma a ser concretamente aplicada é efetivamente o *respeito às garantias e liberdades individuais*, a individuação da aplicação do direito criminal tendo em conta os consectários de elevado gravame que uma equívoca, ou cambaleante aplicação lhe são inatos mas, e o que se afigura igualmente, o combate às ações que violam os valores tutelados pelo Diploma Material repressivo. As garantias são inequalmente fundamentais, e a sua observação se faz imperiosa.

Nesse sentido, já alertava o brilhante Ferrajoli, quando em análise as garantias, que *“É relativamente fácil delinear um modelo garantista em abstrato e traduzir-lhe os princípios em normas constitucionais dotadas de clareza e capazes de deslegitimar, com relativa certeza, as normas inferiores que dela se apartam. Mas difícil é modelar as técnicas legislativas e judiciárias idôneas a assegurar efetividade aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais por eles consagrados. A coisa mais difícil, além da elaboração teórica e normativa dos princípios, dos direitos e de suas garantias jurídicas, é, contudo, defender, atuar e desenvolver na prática o sistema das garantias”*<sup>64</sup>.

A construção do festejado italiano acima transcrita se amostra espantosamente condizente com tudo aquilo que estamos trazendo. A definição de que a aplicação, na prática, respeitando os valores técnico-jurídicos mas, sobretudo, os vetores constitucionais no

---

<sup>64</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. A teoria do garantismo penal.** Ed Revista dos Tribunais. São Paulo: 2010. Tradutores: Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes pg. 865.

tocante às garantias que incidem na manifestação do direito penal e seus tutelados se coaduna de forma integral ao que estamos defendendo e tratando

Ora, talvez, este “contorcionismo jurídico” possa estar sendo manejado pelos tribunais, tendo como *consequência* uma imprecisa “aplicação”. Isso, outra vez, empresta especial relevo ao objeto de estudo nas linhas finais do presente texto, já que, potencialmente, poderemos observar algum desrespeito às já referidas garantias e liberdades individuais. Adiante veremos, pois.

Mas, prosseguindo na crítica do conceito ou, melhor dizendo, da metodologia de “aplicabilidade” de Duarte D’Almeida, outra incongruência apontada é o fato de o critério da vedação do *bis in idem* enquanto sua dimensão material ou substancial como justificante de um antecedente juízo abstrato formal de subsunção de dois ou mais tipos no que se relaciona com a conduta em análise.

Além de serem dois eixos ou viéses de verificação distintos e, portanto, não poderia o primeiro avaliar o segundo (a abstrata “aplicabilidade” de dois tipos chancelada pelo critério material do princípio invocado), pecaria também este contorcionismo na essência: a proibição do *bis in idem* tem aporte constitucional e, como já se percebe, é uma proibição! Nunca uma hipótese de justificação no tocante ao critério de “aplicabilidade” entre normas, em tese, concorrentes.

Aí, aduz que, ao certo, seria uma situação de vício na edição legiferante. Ou seja, o legislador, ao editar a norma, incorreu em erro de ordem técnica, colmatando uma conduta a se enquadrar em dois tipos penais distintos, violando um princípio de ordem maior. Portanto, estaria totalmente equívoca esta ferramenta metodológica que se utiliza do aspecto material do *non bis in idem* para definir qual das normas incriminadoras em causa seria, em concreto, aplicável.

A crítica da posição “correntia” da doutrina se amostra bastante lógica. São apontadas todas estas assimetrias de ordem técnica e, ainda, o autor indica que o problema sequer deveria existir. A ideia é extirpar a categoria do “concurso de normas”, o que claramente não se limita a já vociferante determinação da imprecisão da nomenclatura, mas, sim, apontar a imprestabilidade desta categoria da dogmática geral.

Em síntese, propõe uma verificação dos casos concretos e a valoração da norma incriminadora que mais próxima, no sistema jurídico, se apresente. Propugna a abolição deste mecanismo tradicional de verificação formal-subsuntiva.

Acontece que, em verdade, outra vez, em que pese o raciocínio jurídico vir calcado em coesão e coerência argumentativas, não nos convence. É inarredável que se faça sempre a verificação, caso a caso, daquilo que mais se aproxima no sistema jurídico ao desvalor impregnado na norma e o fato exteriorizado no mundo humano. Mas, o sepultamento de critérios dogmáticos que suscitam toda esta celeuma jurídica, sem ao menos a definição de outros critérios mais seguros de “aplicação” não nos remete à uma mais sadia manifestação do direito criminal nas hipóteses concursais.

O fato de a norma eleita para a aplicação ser, então, a única e, portanto, pelo que desenha o autor, estarmos diante de um único tipo incriminador, com a máxima vênia, é um argumento tão somente tendente a simplificar a questão, extinguindo uma categoria que vem recebendo mais atenção diuturnamente no avanço do tempo mas que, até então, não tem encontrado soluções firmes para os problemas que se apresentam.

Novamente, como já referimos, e sem medo de parecermos conservadores, temos que a doutrina mais tradicional não é de todo errada. Esta problemática metodológica, aceitamos a posição de discussão, nos parece muito mais uma questão de semântica e nominativa e que não traz qualquer solução.

Ora, uma única norma será escolhida para a “aplicação”. Mas daí dizer que não há *concurso* porque as outras normas “somente” possuem um formal “enquadramento subsuntivo” não pode ser aceitável. Se, em um momento preambular, há a verificação efetiva de potencial aplicação de mais de uma norma, é de todo lógico que estejamos diante de um concurso, ainda que não real!

Nossa posição, quanto ao critério metodológico, ainda que o objetivo fulcral do trabalho seja a identificação da manifestação dos tribunais sobre o problema, mais especificamente da consunção, é de que a verificação da formal subsunção, em um momento preliminar, é um critério a ser respeitado. E é justamente daí que deriva o concurso de normas.

Não nos abstemos, a abolição, neste passo do estudo, da categoria do concurso de normas não parece garantir a clamada verificação de todas as hipóteses de cunho jurídico,

político-criminal e que atenda à punição condizente com todas as circunstâncias que incidem, na espécie.

Ora, o fato de haver um juízo prefacial munido do critério formal-subsuntivo não ceifa esta possibilidade de adequada punição do fato perpetrado no mundo do homem e que contempla um desvalor imantado da norma. Por certo, todos estes espectros de análise devem necessariamente ser perquiridos quando o direito criminal for chamado à responder um desvio que atingiu o mundo dos fatos e que violentou um bem jurídico penalmente tutelado. Mas entendemos que o critério formal-subsuntivo, em um primeiro momento, não afasta esta aplicação, já que, consoante o próprio autor sugere, estamos diante de uma questão puramente metodológica.

Em nosso sentir, a principal verificação deve ser feita após este movimento metodológico. Mas, e sempre, em cada especial caso, com suas peculiares e igualmente especiais situações que relevem para o direito e para o seu enquadramento enquanto delito a ser capitulado e a resposta a ser ofertada pelo sistema jurídico-penal.

Além disso, e como salta aos olhos da análise da tese da eminente Doutora Líbano Monteiro, em verdade, a questão, ainda que a autora insista em repelir, em igual teor e intensidade que Duarte D’Almeida pela desnecessidade da existência desta categoria (concurso aparente de normas), a situação que se põe efetivamente encampa um mesmo eixo de orientação: a dogmática do direito penal, tendo como pano de fundo o próprio conceito de crime se confunde ou, melhor dizendo, se funde com a metodologia.

É o que, de maneira convicta, aponta a *expert*, e de onde extraímos tal raciocínio, quando entende que “[...] *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 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 (...)* 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*”<sup>65</sup>. Com o perdão da extensa transcrição, julgamos de todo interessante esta passagem no sentido de fecharmos este tópico relativo à metodologia de aplicação.

Isso porque, é notório, as perspectivas do Doutor Duarte D’Almeida e da Doutora Líbano Monteiro se aproximam quando tencionam desconstituir a permanência do problema do concurso como um espectro autônomo ou divisado do restante da doutrina geral do crime e da “análise dogmática do caso”. Que a superveniência do instituto é desprovida de maior sentido já que, pelo que defendem, acaba por suscitar muitos mais problemas, ao invés de equacionar ou otimizar a solução decisória, em respeito aos vetores constitucionais e principiológicos, em cada caso concreto.

Novamente nos cumpre o papel de advogado da doutrina mais tradicional. Não que não concordemos com todas estas ponderações que, conforme já aquiescemos, são dotadas de um profundo estudo e poder argumentativo do mais elevado gabarito. Mas, ressaltamos, a preservação da categoria concursal, já que efetivamente, quer queira na pluralidade de ilícitos, quer queira na concorrência de normas abstratamente aplicáveis à conduta perpetrada pelo agente e entregue à verificação do julgador, estamos *sempre* diante de uma operação concursal!

De outra banda, o fato de sepultarmos uma categoria apartada na seara do estudo do delito não garante a facilitação ou harmonização da manifestação do direito criminal nas hipóteses tais. Tampouco assegura que a *aplicabilidade* será mais pertinentemente obtida. Por isso dizemos: o que se deve buscar é efetivamente uma aclaração acerca das *regras do jogo*, da observação desta metodologia de que se mune a dogmática criminal de maneira condizente com os princípios constitucionais e as situações concretas que se apresentam ao sistema jurídico-penal e que lhe clamam solução.

Em outra narrativa, quem sabe mais simples: o que se pretende é que tenhamos uma metodologia mais bem definida pela doutrina – e, via de consequência, aplicada pelas cortes – sem que se tenha margem para “disparos para todo o lado”, ou seja, sem espaço para

---

<sup>65</sup> MONTEIRO, Cristina Líbano. **Do concurso de crimes ao concurso de ilícitos em direito penal**. Edições Almedina. Coimbra: 2015. p. 257-258.



decisionismo, sem espaço para que casos semelhantes recebam a *aplicabilidade* e, portanto, a capitulação que, em tese, deveriam ser ao menos próximas e, por impropriedade técnica e, em um ou outro, por desrespeito aos princípios constitucionais, haja uma aplicação injusta e perniciosa à preservação do Estado Democrático de Direito e, em especial, das garantias e liberdades individuais. E esta contingência, da mesma feita, reforça a ideia final desta dissertação, qual seja a verificação da aplicação dos institutos pelos tribunais e a eventual constatação de, ainda que de maneira tortuosa, do (des)respeito às “regras do jogo”, ou da total dissonância entre os julgados, a teoria e a manifestação doutrinária especializada.

### 2.3. Da Teorização do concurso “aparente” de normas.

Nesta toada, cumpre-nos o apontamento dos conceitos específicos do problema do concurso *aparente* que emanam da doutrina, até que cheguemos mais especificamente aos mecanismos de resolução destas hipóteses e, igualmente, a definição dos princípios da especialidade, subsidiariedade e, com maior profusão, da consunção.

O concurso aparente de normas, consoante já pincelamos, exsurge quando, em tese, mais de uma norma é formal-subsuntivamente aplicável à conduta manejada pelo agente. Daí, haverá, para que seja solvida a questão e efetivamente aplicada somente uma norma no tocante ao enquadramento do fato juridicamente, a avaliação dos mecanismos atinentes a tanto, quais sejam os três princípios acima referidos.

É o que já dizia Cavaleiro de Ferreira, já que “*o concurso de normas verificar-se-ia, quando entre as normas concorrentes tivesse lugar uma relação de especialidade, de alternatividade, de subsidiariedade ou de consunção. (...) A maior parte da doutrina acabou por utilizar apenas as expressões de especialidade, subsidiariedade, e consunção*”<sup>66</sup>. E, desde cedo, indica que, em que pese remanescer a já suscitada imprecisão doutrinária acerca do tema, a nomenclatura dos princípios se amostraria precisa.

A especialidade, aduz o autor, já seria algo harmonioso na doutrina, não merecendo maiores definições de nome, já que amparada, desde a gênese, na Teoria Geral do direito. Por seu turno, acerca do batizado destas outras expressões resolutivas do problema do

---

<sup>66</sup> FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. **Concurso de normas penais**. Coleção Scientia iuridica. Braga, 1980. p. 11.

concurso aparente, atribui uma correção consolidando seu ponto de vista ao redigir que “*Em si mesmas, as expressões subsidiariedade e consumpção não são equívocas: a subsidiariedade designa a subordinação duma norma a outra norma, independentemente de nos dar a razão dessa subordinação; e a consumpção designa o efeito resultante da prevalência duma norma sobre a outra, ou seja, a exclusão da aplicabilidade da norma consumpta pela norma consumptiva*”<sup>67</sup>. A explanação aqui é resumidamente de ordem semântica, sem adentrar no mérito da assertiva quanto ao conteúdo resolutivo concursal. Todavia, já se presta a indicar uma logicidade acerca, pelo menos, destes mecanismos de solução. No momento de individuarmos cada um deles é que expandiremos suas características próprias.

Se utilizando de uma nomenclatura similar com aquela calcificada pela doutrina brasileira, o Doutor Veloso traça um paralelo entre concurso e “conflito” de normas a partir da temática da natureza das leis. Reforçando sua ideia, em clara alusão à dificultosa nebulosidade que incide na questão, o autor, com sua posição, faz coro com a doutrina a respeito desta imprecisão dogmática.

Em sua lição, e em consonância com a maior fatia dos *experts*, refere, no tocante à situação que se apresenta diante do juízo “[*que*] por agora, será suficiente assinalar que o que exclui o regime do concurso de normas incriminadoras não é um conflito ou incompatibilidade das normas **incriminadoras**: pois se se torna necessário recorrer às regras de concurso, em certa situação decisória, é **precisamente porque**, sob algum ponto de vista relevante lógico ou pragmático, **repugna que o juiz decrete todas as penas sem alguma escolha ou, pelo menos, alguma adaptação** – e, portanto porque, sob esse ponto de vista, as normas aplicáveis **colidem entre si**” (grifos no original)<sup>68</sup>.

E ressalta, em passagem anterior, mas que completa o raciocínio, que “[*n*]as situações decisórias em que a prática jurídica recorre às regras comumente ditas de concurso de normas incriminadoras são tipicamente **também** de antinomia ou conflito **dessas** normas: e não só no sentido jurisprudencial de incompatibilidade segundo os valores, fins, interesses prosseguidos pela ordem jurídica, mas até no sentido formal (grifos

---

<sup>67</sup> FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. **Concurso de normas penais**. Coleção Scientia iuridica. Braga, 1980. p. 11.

<sup>68</sup> VELOSO, José António. **Concurso e conflito de normas**. Direito e Justiça: Revista da faculdade de direito da universidade católica portuguesa. Lisboa: 2003. p. 257.

*no original)*”<sup>69</sup>. A abordagem aqui se distingue daquelas até então trazidas já que carrega consigo uma perspectiva diferente. O autor já trata do problema concursal legiferante como sendo uma situação de colidência, de afastamento de uma em detrimento de outra e, portanto, um claro caso de antinomia.

Todavia, é de bom grado ressaltar, de alguma forma nos avaliza quando diz que, nas concretas hipóteses de decisão que tocam aos juízes, há efetivamente uma recorrência aos mecanismos de resolução por intermédio das regras do concurso, já que, formalmente, mais de uma das normas incriminadoras é aplicável e, portanto, em havendo somente o enquadramento de um tipo, aqui não dimensionando as consequências da definição pelo julgador mas somente acerca da capitulação, pelo que o chamamento da questão do concurso é legitimado, ainda que seja resolvido após a consolidação teórica do “conflito” das normas incriminadoras formalmente subsuntivas à conduta exteriorizada. Reforçamos, a ideia aqui parte exclusivamente da análise da etiologia das normas e sua colidência. O que, de toda a sorte, não acarreta no desencontro com o tema em debate.

Por outro lado, há a necessidade de, conforme ensina Helena Moniz, observação da resolução criminosa do agente no sentido de termos a confirmação de um caso de concurso aparente. Se há uma unidade de resolução, ou se quisermos, de intento volitivo delituoso, com o respeito das circunstâncias espaço-temporais e objetivo dirigido de alcançar o resultado final de um só tipo, estaríamos, ainda que verificada uma pluralidade de infrações em tese configuradas, diante, de igual sorte, de um concurso aparente de normas. Nas palavras da autora, “[...] *haverá factos que, quando analisados isoladamente, podem preencher uma pluralidade de tipos; no entanto, estes diversos tipos legais de crime estão numa relação de exclusão e/ou subordinação. É o que se verifica no caso do concurso legal ou aparente de infracções. Assim, se por um lado, a violação plúrima de diversas valorações jurídicas, diga-se de diversos tipos legais de crime, pode não ser conclusiva quanto à ocorrência efectiva de uma pluralidade de infracções, por outro lado, mesmo assim que se possa concluir não basta; é necessária uma pluralidade de resoluções criminosas*”<sup>70</sup>.

Mas, prosseguimos. No intento de traçarmos um paralelo comparativo (não se trata, sob qualquer aspecto, de direito comparado, tão somente de comparação de ordenamentos),

---

<sup>69</sup> *Idem*, p. 257.

<sup>70</sup> MONIZ, Helena. **Burla e falsificação de documentos: concurso real ou aparente?** In: Revista portuguesa de ciência criminal. Coimbra Editora. Coimbra: 2000. p. 463.

suscitamos a lição do penalista gaúcho Bitencourt. Arraigada na ideia da polêmica que aqui em Portugal impera, o autor pondera que *“A definição ou conceituação do conflito aparente de normas é altamente polêmica, a começar por sua denominação, que alguns pensadores tratam também por concurso aparente de normas ou de leis. (...) Evidentemente que não se trata de conflito efetivo de normas, sob pena de o Direito Penal deixar de constituir um sistema, ordenado e harmônico, onde suas normas apresentam entre si uma relação de dependência e hierarquia, permitindo a aplicação de uma só lei ao caso concreto, excluindo ou absorvendo as demais”*<sup>71</sup>.

A proximidade com o conceito de Cavaleiro de Ferreira é tanta que, para um leitor desavisado, parece ser um discípulo do outro. Em verdade, pelo que apuramos, Bitencourt não lera este clássico doutrinador luso. Mas a ideia central de ambos é inegavelmente e mesma, e desboca no concurso aparente de normas como tendo entre as disposições normativa uma relação de integralidade de um sistema amplo (legal), que observam uma relação de interdependência hierárquica ou, se quisermos, de escalonamento quando em análise o caso concreto.

Por seu turno, ainda na seara da teorização do concurso aparente de normas, faz relevo a lição do castelhano Zaffaroni. O mesmo invoca um conceito bastante próximo do defendido, entre nós, por Figueiredo Dias. Informa que, em que pese subsistir a denominação de concurso aparente ou impróprio, o correto efetivamente seria a utilização do termo “unidade de lei”. E traz o conceito desta modalidade concursal, dando conta de sua existência quando uma conduta é abarcada por dois ou mais tipos penais considerados abstratamente, uma vez considerados entre si conjuntamente, numa relação igualmente entre si, ocorreria o fenômeno da interferência de uma das leis concorrentes sobre as outras e que, ao fim e ao cabo, afastaria a “operatividade” das restantes, o que, finalmente, geraria a exclusão de aplicação.

O conceito é bastante claro. Todavia, a principal contribuição do eminente autor argentino nesta passagem vem logo em sequência. O mesmo é taxativo ao afirmar o equívoco da denominação “concurso aparente ou de leis”, mas brilhantemente aduz que, em verdade, o que importa é a compreensão das regras e mecanismos resolutivos do problema, sendo, portanto, secundária a discussão atinente à nomenclatura.

---

<sup>71</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Vol 1. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 199.

No ponto, aquiescemos sem qualquer titubeio. O que realmente nos importa é a determinação das circunstâncias fático-jurídicas que devem relevar para a resolução das hipóteses de concurso aparente e, portanto, das “regras” que devem nortear, tal qual uma precisa bússola, a atuação do julgador.

Nesse sentido, fazendo referência ao germânico Bruns, refere que *“Las cuestiones que plantea se resuelven por medio de una serie de reglas que se aplican para interpretar el contenido de los tipos o - en términos más propios - su alcance, siendo más importante esclarecer estas reglas que discutir su denominación”*<sup>72</sup>. Outra vez, a necessidade de definição precisa daquilo que viemos chamando como “as regras do jogo” é ventilada de maneira firme e calcada em coerência.

E prossegue, ao definir que, independente de que perspectiva (concurso aparente de normas ou unidade de lei) esteja o intérprete analisando o caso, o que importa efetivamente é que *“Con todo, y sin perjuicio de sus proyecciones de naturaleza procesal, su tratamiento no puede escindirse del concurso ideal, pues es una excepción a la regla general de éste; por otra parte, cabe advertir que en cierto sentido toda la dogmática es interpretación de ley penal”*, salientando a necessidade de observância da legalidade penal e da proibição do *bis in idem*. É notável a definição de que toda a dogmática se prende com o exercício da interpretação da lei penal. De igual sorte, o autor é enfático ao definir que o tratamento não pode ser afastado do concurso ideal, o que vai diametralmente oposto ao entendimento defendido por Duarte D’Almeida.

Na esteira do que diz Zaffaroni, a professora Castelló Nicás constrói uma relação entre o concurso ideal, suficientemente explorado e conceituado na fase inicial deste texto, e o concurso aparente de normas. Diz ela que *“Se aprecian puntos de contacto entre los dos tipos de concurso. E uno y otro se da un único heco – (...) naturalísticamente hablando – y en ambos se da también una concurrencia de normas, esto es, varias normas acuden a resolver el conflicto”*<sup>73</sup>.

E arremata, ao inculir a ideia de que, em verdade e significativamente, quanto ao concurso ideal, a concorrência de normas nada mais é do que uma concorrência de delitos, já que, em que pese existir a prática de somente um fato, há a necessidade de qualificação

---

<sup>72</sup> ZAFFARONI, Eugénio Raúl, SLOKAR, Alejandro e ALAGIA, Alejandro. **Manual de derecho penal - Parte general**. Sociedad anonima editora. Buenos Aires: 2002. p. 867

<sup>73</sup> NICÁS, Nuria Castelló. **El concurso de normas penales**. Editorial Comares. Granada: 2000. p. 36-37.

de várias normas, uma vez que o agente, com este único fato, cometeu dois ou mais delitos. O que, em primeira análise, afirma a autora, poderia supor um concurso de normas, se resume, portanto, a pluralidade de delitos praticados pelo agente. Agora, quanto ao concurso aparente de normas, aduz que *“En el concurso de normas, lo que convergen, siempre y en todo caso, son las normas a aplicar, pues todas se refieren un solo delito – un único injusto criminal”*<sup>74</sup>.

Reforçamos nossa pessoal posição. A discussão acerca da prevalência de um critério “formal-subsuntivo”, ou de uma interpretação desprendida com os critérios tradicionais é algo que de menor importância no sentido de se esclarecer as regras que devem pautar a atuação do juízo que irá determinar a norma em aplicação. Este é que nos soa como sendo o principal problema do concurso em direito criminal.

Consoante já tivemos a oportunidade de nos manifestar, tanto a nomenclatura, quanto a alocação do problema do concurso aparente e, inclusive, a utilização do critério formal-subsuntivo não devem ser descartados. Mas, por evidente, devem *sempre* caminhar juntos com uma interpretação hermeneutico-jurídica e, sobretudo, com os princípios constitucionais que dizem respeito ao enquadramento de uma conduta criminal e sua consequente perquirição pelo aparato estatal.

#### **2.4. Crítica incidente sobre as perspectivas tradicionais do concurso aparente de normas: um prelúdio da tese de Líbano Monteiro.**

Acontece que, e aqui exsurge uma novel proposição para o equacionamento da questão, a partir de uma perspectiva de encarar o concurso a partir do *ilícito*, da antinormatividade que contempla o comportamento recriminado engendrado, o desvalor, portanto, inculcado no tipo penal e que se amostre nocivo à comunidade, e a verificação, pelo juízo, em cada caso, de maneira dedicada e pautada pela justeza da análise técnica, sobrevém a ideia da Doutora Líbano Monteiro. Isto será oportunamente explorado na parte final do presente estudo e com os olhos mais direcionados à relação consuntiva entre os tipos aparentemente aplicáveis.

---

<sup>74</sup> NICÁS, Nuria Castelló. **El concurso de normas penales**. Editorial Comares. Granada: 2000. p. 37.

Mas cumpre agora seja acesa a chama, já que, em passagem textual, a autora faz uma crítica bastante construtiva e dirigida a ambas as perspectivas vigentes de encarar o concurso aparente de normas, entregando aos leitores a contingência de que, a rigor, a solução *material*, por qualquer das escolas digladiantes, é rigorosamente a mesma. E, em que pese, desde o preambulo, já sustentarmos que um juízo preliminar, encarnado no critério formal-subsuntivo não nos soa impertinente no sentido de esgotar a apreciação judicial da hipótese concreta em respeito ao dever constitucional de preservação das garantias, não visualizamos nestas situações qualquer incompatibilidade ou exclusão entre si.

Muito antes pelo reverso. Temos que são todos raciocínios complementares e que podem revestir o problema com uma nova roupagem, mais intimamente ligada com os critérios que devem incidir no exercício da arte a ser manejada pelo intérprete. Nesse sentido, se faz salutar trazermos à lume o contraste entre as doutrinas do concurso aparente levantado pela eminente autora em referência, para que vençamos este tópico e, a partir das ferramentas principiológicas de resolução do concurso aparente de normas (especialidade, subsidiariedade e consunção em suas matizes teóricas), finalmente cheguemos à consunção e o confronto com o entendimento das cortes lusitanas.

Ora bem, de início, é cintilante que o excesso do formalismo que macula muitas das teses que emanam do debate em apreço é elegantemente atacado pela autora. É apontada uma evolução da metodologia penal (consoante afirma, a própria ideia de dogmática se funde à de metodologia), o que depreendemos quando é dito que *“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”*<sup>75</sup>.

---

<sup>75</sup> MONTEIRO, Cristina Líbano. **Do concurso de crimes ao concurso de ilícitos em direito penal**. Edições Almedina. Coimbra: 2015. p. 258.

A douta prossegue, a respeito da aplicação dos tipos em concorrência, ou, melhor dizendo, da verificação formal-subsuntiva, indicando que “[...] a função garantística do princípio da legalidade penal [...] 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”<sup>76</sup>. E avança, outra vez rechaçando a prevalência de um critério excessivamente formal, quando constrói que, acerca do princípio em voga, “[...] seu escrupuloso cumprimento exige uma interpretação material das mesmas [as escolhas], em conjugação com o caso – a única, aliás, que se mostra capaz de assegurar a consecução da finalidade desse mandamento constitucional”<sup>77</sup>.

Em verdade, a posição é efetivamente coerente. Pedimos somente licença para reiterarmos que não vemos, quando em juízo preliminar, caso a caso, da possibilidade da formal-subsunção do tipo, tida como um passo antecedente para a definição do emolduramento penal a ser capitulado em desfavor do agente perquirido, uma assimetria com a necessidade de um pertinente juízo material da pena, o que é defendido pela autora. E trazemos aqui a referência à doutrina que defende a existência do concurso aparente que “[o] carácter aparente do concurso só virá depois, sempre que, a um juízo material, se mostre que afinal uma dessas normas que convinhem ao caso basta para o sancionar plenamente”<sup>78</sup>.

No intento de definitivamente aclararmos esta ideia, vamos às razões mais conclusivas pelas quais a Doutora Líbano Monteiro suscita um equívoco crasso de ambas as doutrinas do concurso aparente. Ela traz o seguinte cenário: quando em apreço a questão do *concurso aparente de normas*, habitualmente são elencadas as posições doutrinárias que se contrapõe ou colidem entre si pelo fato de que a primeira corrente defende a real existência de um concurso de normas (não se confunda com concurso real), o que é justificado por estarmos diante, em tese, de uma variedade de violação de tipos penais, abstratamente, por

---

<sup>76</sup> MONTEIRO, Cristina Líbano. **Do concurso de crimes ao concurso de ilícitos em direito penal**. Edições Almedina. Coimbra: 2015. p. 258.

<sup>77</sup> MONTEIRO, Cristina Líbano. **Do concurso de crimes ao concurso de ilícitos em direito penal**. Edições Almedina. Coimbra: 2015. p. 258.

<sup>78</sup> MONTEIRO, Cristina Líbano. **Do concurso de crimes ao concurso de ilícitos em direito penal**. Edições Almedina. Coimbra: 2015. p. 260.



uma só conduta e a segunda, por seu turno, nega esta situação, sustentando existir unicamente uma “imprecisão inicial”.

É, consoante facilitadora afirmação, dizer que “[...] o primeiro grupo fala de vários preceitos incriminadores aplicáveis, [e] o segundo de um único preceito aplicável. Para depois convergirem na aplicação de um só (concurso aparente), precisamente aquele que esgota o desvalor penal (de ilícito e de culpa) do comportamento em causa”.

Já se poderia visualizar que a posterior solução a ser dada, por ambas as vertentes doutrinárias, seria ao menos próxima. E de fato o é. Mas, como a própria autora preferiu, e aderimos à esta organização argumentativa, no campo da teoria, desta diferente abordagem, há primeiro que se dizer sobre o tratamento do delito “dominado”.

A uma, a maioritária doutrina, que considera haver um concurso de normas violadas já que houve abstratamente o preenchimento de mais de uma norma incriminadora pela conduta irradiada no mundo dos homens, pecaria porque, nas especiais situações em que (e cedo é que isso muito acontece) o tipo inicialmente deixado de lado é invocado por uma circunstância fático-jurídica (erro sobre elemento volitivo do tipo, por exemplo) que observada em concreto faz afastar o tipo tido como preferido. Esta operação de ressurreição seria melindrada por uma impropriedade: se se observou a violação de todos estes tipos inicialmente suscitados e, após a interpretação do julgador, um deles fora o escolhido como pertinente para a capitulação da conduta, sendo os restantes, então, desconsiderados, como podemos, por uma especial circunstância, chamá-lo outra vez para que então se torne, aí sim, considerado e decida a moldura da pena a ser fixada?

Ora, não entendemos como incongruente. Estas hipóteses são todas de cunho essencialmente teórico. Como pode? Pode por uma simples questão de justiça!

O agente que perpetrou uma conduta criminalmente relevante, violentando um valor juridicamente tutelado e sagrado à população, por uma situação de ordem técnica (esta situação deve sempre beneficiar o réu, já que deriva de lei, como, por ilustrar, a figura da prescrição), não pode deixar de responder pelo seu ato. Aí, se aquela conduta mais gravosa e adequadamente “aplicável” ao caso restar afastada, esta segunda tipificação que mais se perfila com a situação em concreto e os ditames constitucionais, sem despir o perquirido de suas garantias, deve ser chamada e aplicada, com justeza e coerência. Sempre, de igual sorte, preservando os critérios constitucionais e principiológicos que devem remanescer incutidos

na mente do julgador, sob pena de estarmos atribuindo ao juízo um poder incalculável e que pode, inclusive, custar caríssimas violações de direitos e liberdades. Aqui, somente nossa posição pessoal, onde reconhecemos sim a “eficácia residual” dos tipos inicialmente afastados, sem vislumbrarmos equívoco.

Portanto, resumindo a ideia desta fatia da doutrina, a que, neste aspecto, nos filiamos, indica a autora que *“Uma só norma se aplica, mas todas [...] foram violadas. Torna-se por isso natural e congruente, para este sector doutrinal, que os preceitos preteridos possam ter efeitos residuais. O tipo afastado também foi preenchido – não é, portanto, algo inexistente – e isto 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 pena suficiente (aqui tendo Roxin como referência). [...] Nesta visão das coisas encontram-se, com vários matizes e distintas formulações, autores de diferentes épocas e proveniências”*<sup>79</sup>. Esta situação já havia sido por nós evidenciada quando da leitura de diversos autores e que já foram citados anteriormente.

A duas, a corrente minoritária rechaça com veemência esta operação. Aduz que não há qualquer concorrência de normas formalmente violadas. Tão somente uma “aparência”, já que o caso se apresenta ao julgador com trejeitos de uma formal-subsunção plúrima, mas que, quando da análise concreta do fato, restará definido que é caso mútua repulsão. Nem mesmo haveria que se falar em “violação formal ou aplicabilidade de várias normas”. O concurso aparente de normas, então, estaria restrito a um exercício de ficção, de cultivo do imaginário.

Por deveras imponente a teoria de Líbano Monteiro, ainda sob um prisma mais geral do concurso aparente, colacinamos suas palavras no sentido de demonstrarmos sua crítica acerca da total indiferença frente as teorias em descrição, ainda que entendamos que elas detém um papel preliminar, e não definitivo no tocante ao enquadramento a ser dirigido para as hipóteses concretas. Ela nos ensina que, *“Despindo as contruções da sua roupagem, da sua apresentação formal, vistas as coisas na sua materialidade, o problema do chamado concurso aparente é um só e que, afinal, ambas o resolvem da mesma maneira. [...] 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*

---

<sup>79</sup> MONTEIRO, Cristina Líbano. **Do concurso de crimes ao concurso de ilícitos em direito penal**. Edições Almedina. Coimbra: 2015. p. 261.

*tradicionais relações entre preceitos: especialidade, subsidiariedade e consunção. Existindo uma destas conexões entre os tipos legais potencialmente capazes de qualificar a situação, dar-se-á um só delito [...]”<sup>80</sup>*. Insistimos nestas ponderações já que, até então, já trouxemos bastante da doutrina do concurso aparente de normas, em ambas estas facetas, mas, por oportuno, esta nova concepção derivada do estudo do *ilícito* no problema do concurso aparente e que desborda daquelas perspectivas até então trazidas se faz bastante relevante para o desate do texto.

Em uma ideia sequencial e que descreve a convergências destas mais clássicas posições formalmente divergentes, e sob seu olhar no que se coaduna com o efeito material da capitulação a ser engendrada, a autora insiste em sua tese, dando conta de que *“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 só um 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 [...]”<sup>81</sup>*.

E vocifera críticas entre ambas as correntes do concurso aparente de normas, quando assevera que *“[...] 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 [...] 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”<sup>82</sup>*.

Não entraremos neste mérito, no sentido de catalisar a evolução do objetivo fulcral deste estudo. Mas, para arrematarmos, sem deixar de oferecer uma mais aberta leitura acerca da tese da autora, a ideia do concurso de ilícitos tendo por base o seu conteúdo de valoração

---

<sup>80</sup> MONTEIRO, Cristina Líbano. **Do concurso de crimes ao concurso de ilícitos em direito penal**. Edições Almedina. Coimbra: 2015. p.264

<sup>81</sup> MONTEIRO, Cristina Líbano. **Do concurso de crimes ao concurso de ilícitos em direito penal**. Edições Almedina. Coimbra: 2015. p. 266.

<sup>82</sup> MONTEIRO, Cristina Líbano. **Do concurso de crimes ao concurso de ilícitos em direito penal**. Edições Almedina. Coimbra: 2015. p. 266.

material, com a vênia devida, transcrevemos mais algumas passagens para que a teorização acerca do problema do concurso aparente, incluindo esta nova abordagem, reste alargada ao debate.

Líbano Monteiro indica, então, que “[...] 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 se as normas não 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 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 [...]”<sup>83</sup>. Ora bem, esta construção se afigura, igualmente, bastante lógica.

Mas não podemos deixar de reiterar: a defesa da remessa do problema somente tendo em conta a verificação material, em uma análise do valor contido no ilícito concretamente observado no caso não parece orbitar num planeta distinto da preliminar análise formal-subsuntiva ou jurídico-hermeneutica dos *tipos penais* que potencialmente podem ser suscitados para a aplicação.

Trata-se de um meneio jurídico preliminar, não significando necessário abandono da análise material do conteúdo do ilícito. Isto, em nosso sentir, efetivamente deve ser executado ou promovido pelo julgador imediatamente após a identificação das normas incriminadoras que *formalmente* concorrem no sentido de cobrirem a conduta em análise. Sobretudo, e neste segundo momento, após a verificação da aparente violação plúrima de tipos, a observação do “ilícito pessoal” que concretamente se lhe apresenta.

Por óbvio que o carácter pessoal inerente ao conteúdo compreendido pelo ilícito e seu desvalor impregnado devem ser sempre levados em conta quando da determinação do enquadramento legal e a conduta materializada por uma pessoa. Agora, e em que pese o louvável esforço de grande parte dos mais modernos autores que tencionam demonstrar a

---

<sup>83</sup> MONTEIRO, Cristina Líbano. **Do concurso de crimes ao concurso de ilícitos em direito penal**. Edições Almedina. Coimbra: 2015. p. 266.

desnecessidade da manutenção da categoria do concurso aparente de normas como uma figura relevante para a dogmática do delito, temos que esta observação antecedente e, sim, de caráter formal, é um movimento que deve estar incutido na técnica jurídica a ser invocada pelo intérprete. Assim como, neste segundo e decisivo momento, após superada a parte formal, e mesmo que este preliminar juízo seja integralmente desconstituído pela análise material, substantiva, em concreto, da hipótese, já que é mais profunda, não vemos como ambas possam se repelir. Em verdade, nos parece tratar-se de uma situação quase que matrimonial. *Não se tratam de perspectivas corretas ou erradas. São complementares!*

Primeiro, verificada uma potencial aplicabilidade de mais de um tipo penal – que sim, carrega seu sentido ilícito e o desvalor do comportamento que reprime – a posterior definição do tipo a ser concretamente aplicado, com observância das situações pessoais e a intencionalidade do valor tutelado pela norma com o desvalor da conduta catapultada no mundo real se amostra de todo pertinente. Apenas isso.

E, em que pese a tese da autora incentivar o abandono da análise formal dos tipos que tenham um aplicação provável quando da observação do concurso aparente, nos parece que, a rigor, a solução que tenciona seja a mais correta se aproxima muito com aquilo que guerreamos seja o mais pertinente. Quando afirma, com categoria, que “[a] ideia do concurso de ilícitos [...] coloca as coisas noutra plano. No dos concretos conteúdos do ilícito do caso. Neste sentido pode relacionar as 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<sup>84</sup>”.

Ora, se bem entendemos a ideia da norma como um “instrumento de valoração penal” (e quando não o é?), na mesma senda do que viemos gizando, o fato de ser o comportamento inicialmente visto – no cotejo das normas que ostentem inicial aplicabilidade – como objeto de concorrência de normas incriminadoras para, após a definição deste movimento primitivo de capitulação, seja definido o aspecto material desta mesma capitulação, em consonância com os mandamentos constitucionais que imperiosamente preservam a prestação jurisdicional, não remanescem quaisquer assimetrias ou dissonâncias, mesmo que, consoante alertou a sapiente doutora, possam eclodir diferentes interpretações

---

<sup>84</sup> MONTEIRO, Cristina Líbano. **Do concurso de crimes ao concurso de ilícitos em direito penal**. Edições Almedina. Coimbra: 2015. p. 267.

para os mesmos “preceitos”, em situações concretas que suscitem a questão do concurso, já que, e aqui concordamos, o conteúdo valorativo do ilícito deve ser observado individualmente em cada pessoal e particular caso, em sua concretude.

Como já salientamos, o concurso aparente deve ser dirimido pelo manejo da técnica embrulhada em ambos os movimentos que, entre si, insistimos, são *complementares*, e não antagônicos, e não podem sequer ter a pretensão de trazer uma fórmula hermética de resolução. Somente o caminho a ser percorrido deve ser orientado pela prudência, razoabilidade e segurança pelo julgador, e pelo que direcionamos o presente trabalho: a posterior verificação da aplicação pelos órgãos julgadores.

Então, teorizado o concurso aparente de normas com o conteúdo que julgamos contributivo para o deslinde do trabalho em curso, passamos, pois, a definição dos mecanismos de resolução deste mesmo problema, estes vistos pela doutrina, com pitadas de nosso particular olhar.

### **TERCEIRA PARTE - § 3 MÉTODOS/PRINCÍPIOS DE RESOLUÇÃO: A ESPECIALIDADE E A SUBSIDIARIEDADE.**

Uma vez aceito o problema do concurso de uma pluralidade de tipos penais quando externalizado no mundo real um fato penalmente reprimível, e em um momento preambular, sendo necessária a identificação destas normas potencialmente colidentes para a posterior e concreta atribuição do enquadramento legal a ser dado em desfavor do agente perquirido, passa-se, então, à definição dos mecanismos ou, se quisermos, dos institutos jurídicos a serem utilizados pelo julgador para a definição derradeira.

Nesta etapa, já entendido o *concurso aparente de normas*, amplamente definido e com sustentáculo nas mais variadas posições doutrinárias, impõe sejam abordados, então, os mecanismos de resolução do problema, particularmente a especialidade e a subsidiariedade, com vista a individualizá-los no sentido de destacar, finalmente, o princípio da consunção.

#### **3.1. A especialidade como critério resolutivo do concurso aparente de normas:**

A especialidade vem sempre, na distribuição pedagógica, em primeiro lugar já que, conforme já tivemos a oportunidade de delinear, é, entre todos os mecanismos de solução da contenda jurídica, o mais pacificamente entendido, eis que decorre de uma definição que perfaz desde a teoria geral do direito. Nesse sentido, vários são os conceitos atribuídos, mas todos semelhantes. Iniciamos invocando os ensinamentos do Doutor Lobo Moutinho, reconhecido estudioso do problema da unidade e pluralidade de crimes, com dedicação admirável e que mergulha, inclusive, nas hipóteses de concurso de normas.

Ele explica, em palavras simples, “[que] verifica-se a especialidade aparente quando, após uma consideração isolada das várias normas incriminadoras, centrada nas respectivas estruturas essenciais, sobre um mesmo caso (no sentido amplo delineado), confluem duas normas contendo tipos tais que, **aparentemente**: O âmbito de aplicação de uma delas (a geral) abrange inteiramente o da outra (a especial), excedendo-o porque abrange igualmente outros casos; e isto na medida em que: O conteúdo da primeira (a geral) se apresenta menor rico do que o da outra porque esta última acrescenta aos elementos daquela (o género comum), ainda outro ou outros (diferença específica).

*Aparentemente, por isso, dá-se uma relação de inclusão que, consoante se tenha presente o campo de aplicação ou o conteúdo do tipo, é inclusão da espécie no género ou do género na espécie” (grifo no original)<sup>85</sup>.*

A relação de especialidade, portanto, tem sempre uma conduta praticada que desafia, em um olhar perfunctório, a potencial aplicação de duas ou mais normas. Nesta relação da aplicabilidade, quando o intérprete engendra uma análise mais apurada, verificará que, dentre todas, uma das normas incriminadoras possui no seu conteúdo e no desvalor que repele um preenchimento mais específico e, portanto, que já pune ou sanciona o agente com uma maior riqueza ou precisão de detalhes que, por tal razão, acaba afastando a norma mais geral.

É, então, como pacificamente temos, uma verificação concreta de gênero e espécie. A conduta, pois, viola ambos os tipos penais, mas a norma mais ampla aceita mais condutas as quais lhe preenchem e, por óbvio, também aquela definida pelo tipo especial, mas que, justamente por esta simbiose ente espécie e gênero, resta afastada, na medida em que a violação do fato punível resta satisfatoriamente ou até mesmo, sob o prima de um patamar de justiça, suficientemente sancionada pelo tipo especial.

Nesta linha de pensamento, há a subsunção da conduta em ambos os tipos, mas que, em uma sobreposição teórica delimitada por círculos concêntricos, há uma fatia que preenche o conjunto de ambos mas que, na parte especial, o conjunto abarcado pela norma geral desborda da fatia circular ou de diâmetro do círculo especial, razão pela qual, então, há o indicado afastamento da norma geral. O valor penalmente protegido pela norma resta definitivamente esgotado pelo preenchimento da norma especial, pelo que o princípio da especialidade acaba equacionando o problema daquele concurso que, em momento inicial, aparentemente exurgira.

Por seu turno, o Doutor Figueiredo Dias, naquele mesmo retígrado de demonstrar que, efetivamente, no campo prático, não há qualquer resultado relevante no sentido de definir o enquadramento legal a ser capitulado concretamente, aduz que estas definições somente tem um sentido “categorial-classificatório”, e que, nesta operação jurídica, há que se ter uma consideração “lógico-jurídica” para a distinção destas formas que se manifestam

---

<sup>85</sup> MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade de crimes no direito penal português**. Universidade Católica Editora. Lisboa: 2005. p. 898.



quando em apreço a “unidade de normas”. Após esta introdutória consideração, o mesmo autor traz seu conceito. Vejamos, pois.

É dito que *“Uma relação de especialidade entre normas típicas abstractamente aplicáveis a um facto existe sempre que **um dos tipos legais (lex specialis) integra todos os elementos de um outro tipo legal (lex generalis) e só dele se distingue porque contém um qualquer elemento adicional, seja relativo à ilicitude ou à culpa. Por outra forma: uma das leis, repetindo ou incorporando todos os elementos constitutivos de um outro tipo (relação lógica de inclusão), todavia caracteriza o facto através de elementos suplementares e especializadores; pelo que a outra lei se subordina a esta (relação lógica de subordinação). Assim dando fundamento à velha asserção segundo à qual lex specialis derogat lex generali”*** (grifo no original)<sup>86</sup>. É, assim, a relação de inclusão de todos os elementos que integram a norma geral naquela especial, que, por sua vez, atribui ao fato mais aspectos que abarcam, com o perdão do trocadilho, mais especificamente a conduta em apreço e pelo que, então, resta a norma geral, ainda que integralmente preenchida, afastada de aplicação.

No direito penal espanhol, em uma lição que parece quase que uma reprodução das palavras ainda acima citadas pelo eminente Doutor Figueiredo Dias, mas que não o é, por ser mais antiga – e que mostra o conceito visto em um aspecto global no direito criminal, razão pela qual viemos trazendo estes diferentes panoramas de distintos ordenamentos – já anunciava a posição mais calcificada pela doutrina, Penñaranda Ramos. O Douro refere que *“El rasgo distintivo de la relación de especialidad, entendida em este restringido sentido, consiste, según la opinión más extendida, en que uno de los preceptos (ley especial) que entran en juego para calificar el hecho cometido reúne todas las características de otro (ley general) y, además, otra u otras particulares. Sy ello es así, se da entre ambos preceptos una relación de inclusión o subordinación, que es precisamente la que permite hablar cons propiedad de especialidad en sentido lógico-formal”*<sup>87</sup>.

A definição da relação de especialidade quase que se repete. Conforme já havíamos pincelado, é um princípio que não açambarca maiores controvérsias. Mas, por ser uma das ferramentas de resolução do concurso aparente de normas, independentemente de qual das

---

<sup>86</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal Parte Geral. Questões fundamentais à doutrina geral do crime. Tomo I.** 2ª edição. Coimbra Editora, 2007. p. 994.

<sup>87</sup> RAMOS, Enrique Peñaranda. **Concurso de leyes, error y participación en el delito.** Cuadernos Civitas. Madrid: 1991. p. 35-36. Na citação, o espanhol faz referência à Mourullo, Klug, e outros.

perspectivas a ser adotada (concurso, não concurso), deve ser dissecada, já que, assim como o princípio da consunção, é igualmente utilizado pelos tribunais e, eventualmente, também enfrente aplicações discrepantes. Além de, e por importante, ser necessário seu entendimento para a posterior amostragem da relação consuntiva.

Ora, se partirmos de uma lição bastante simples, já teríamos o conceito de especialidade bem definido e sinteticamente apontado. Welzel dizia que na *“Especialidad: uno de los tipos es frente al otro el más específico; predomina por eso sobre el más general: lex specialis derogat legi generali”*<sup>88</sup>. É a pasta-base que serviu de supedâneo para todas as mais incrementadas definições deste princípio, e que deriva, já ressaltamos, da teoria geral do direito.

Acontece que, e como bem traduz o já citado Lobo Moutinho, há muitas situações em que a verificação desta aparente relação de especialidade se amostra com um elevado grau de dificuldade no sentido de sua identificação, para a hipótese. Como reafirma, importa que o âmbito de aplicação da norma “aparentemente especial” esteja totalmente encoberto no âmbito de aplicabilidade daquela “aparentemente geral”, além de, de maneira concomitante, que o teor do tipo penal da geral esteja também totalmente abarcado pelo teor da lei especial, lhe dando acréscimos de ordem especial. Mas isso, em situações algumas, diz o expert *“[que] em muitos casos é incerto e discutível se ainda se está perante especialidade, como sucede, por exemplo, quando é estabelecida uma agravação ou uma atenuação pra casos (modificados) previstos em várias normas”*<sup>89</sup>.

Se voltarmos à doutrina de Cavaleiro de Ferreira, temos que esta hipótese ilustrada por Lobo Moutinho como não mais sendo uma relação de especialidade (ou de dificuldade de definição de que o é) é exatamente o conceito de especialidade trazido pelo mais antigo autor. O mesmo descrevia que *“A especialidade nas incriminações é um processo normal de técnica legislativa, abundantemente utilizado. Do crime-base, por especificação de algum ou alguns dos seus elementos constitutivos, ou por acréscimo de elementos diferenciais, se faz derivar crimes qualificados ou privilegiados”*<sup>90</sup>.

---

<sup>88</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal, parte general**. Tradución: Carlos Fontán Balestra. Roque de Palma Editor. Buenos Aires: 1956. p. 228.

<sup>89</sup> MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade de crimes no direito penal português**. Universidade Católica Editora. Lisboa: 2005. p. 901

<sup>90</sup> FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. **Concurso de normas penais**. Coleção Scientia Iuridica. Braga, 1980. p. 14.

Ora, a incerteza de se estar perante a figura da especialidade, por Lobo Moutinho, e a certeza disso, pelo que atribui a própria definição de especialidade por Cavaleiro de Ferreira, outra vez nos mostra a relevância do tema. Mesmo na ferramenta resolutive de maior harmonia na doutrina, temos certas assimetrias conceituais. Alinhamos à posição de Lobo Moutinho, ainda que, em lição bastante atual, Figueiredo Dias afirme que *sempre* há uma relação de especialidade entre o tipo simples e o agravado ou privilegiado.

Em nosso sentir, as relações de especialidade, melhor dizendo, de todos os princípios que norteiam a resolução de um concurso aparente de normas, são de difícil constatação e pelo que, por isso mesmo, verificamos todas estas divergências de conceitos. A análise, primeiramente formal-subsuntiva, depois lógico-jurídica ou ainda teleológica sobre este problema, inegável, é muitas das vezes um óbice à aplicação do direito criminal no sentido de ter o enquadramento da conduta uma pertinente capitulação, já que, perante esta ausência de uma precisão de critérios, aufere uma livre interpretação aos julgadores que, sempre, poderão encontrar guarida para suas decisões.

Não nos aprofundaremos nas questões relativas a estas polémicas, nos limitando à demonstração destes conceitos, da definição do princípio da especialidade para que então façamos de maneira semelhante com a subsidiariedade e, por fim, na parte final do estudo, nos debruçemos na relação consutiva. É para onde vamos.

### **3.2. A relação de subsidiariedade entre as normas e suas consequências na definição do concurso aparente:**

Uma vez superada a definição de especialidade, ora traçamos o panorama em que vem suscitado o princípio da subsidiariedade como fundamento para a definição de uma colidência de tipos penais abstratamente preenchidos pelo fato no mundo humano praticado.

A esse respeito, outra vez remontamos a ideia de Figueiredo Dias. Aduz o sapiente autor que *“Relação de subsidiariedade existe quando um tipo legal de crime deva ser aplicado somente de forma auxiliar ou subsidiária, se não existir outro tipo legal, em abstracto também aplicável, que comine pena mais grave. Está aqui em questão a lógica*

*dita de interferência (ou de sobreposição): lex primaria derogat lex subsidiariae*”<sup>91</sup>. E prossegue, dizendo que não se deve tratar, como boa parte da doutrina, de uma subsidiariedade material ou formal, e sim de subsidiariedade *expressa* ou *implícita*.

Cumpra sejam então gizados os conceitos de ambas as modalidades de subsidiariedade trazidas pelo Doutrino. Quanto à subsidiariedade expressa, indica que “[...] *existe onde o teor literal de um dos tipos legais restringe expressamente a sua aplicação à inexistência de um tipo legal que comine pena mais grave – quer nomeie esse outro tipo (subsidiariedade especial), quer determine em geral esta subordinação (subsidiariedade geral)*”<sup>92</sup>. Significa referir que há uma expressa relação de subsidiariedade, e pela qual será o tipo legal escolhido para o enquadramento da conduta, quando a própria lei, textualmente, já atribui esta condição, quer seja de maneira direta (indica qual o tipo a ser aplicado – subsidiariedade especial), quer de maneira genérica (subsidiariedade geral). É uma condição de aplicabilidade, que será dirimida pela própria direção auferida pelo legislador.

Agora, em tratando da subsidiariedade implícita, também é claro ao dizer que “[...] *fala-se [destes] casos em que, apesar do silêncio da lei a propósito, o legislador entendeu criar, para alargamento ou reforço da tutela, tipos legais abrangentes de factos que se representam ou como estádios evolutivos, antecipados ou intermédios, de um crime consumado; ou como formas menos intensivas de agressão ao mesmo bem jurídico. Não se trata aqui desde logo, no entanto, de dois grupos completamente distintos, antes ele podem sobrepor-se em medida sensível. Por outro lado, e sobretudo, se não há objecção a que, em certos de tais casos, se aceite uma relação de subsidiariedade, já outros casos configurarão uma hipótese de concorrência de normas e portanto concurso, em regra aparente ou impuro*”<sup>93</sup>. E indica como sendo hipóteses deste primeiro grupo os casos em que os tipos legais punem os atos preparatórios, por exemplo, ou ainda os casos em que há a punição da tentativa para o seu respectivo tipo penal consumado. São casos claros de uma relação de subsidiariedade. Se como agente, nos propomos ou vocacionamos consumir um crime tal mas que, por circunstâncias alheias às nossas vontades, acabamos não obtendo êxito, e há a

---

<sup>91</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal Parte Geral. Questões fundamentais à doutrina geral do crime. Tomo I.** 2ª edição. Coimbra Editora, 2007. p. 997.

<sup>92</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal Parte Geral. Questões fundamentais à doutrina geral do crime. Tomo I.** 2ª edição. Coimbra Editora, 2007. p. 997.

<sup>93</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal Parte Geral. Questões fundamentais à doutrina geral do crime. Tomo I.** 2ª edição. Coimbra Editora, 2007. p. 999.

previsão legal para a punição da tentativa que rigorosamente tutela o mesmo bem jurídico, a relação de subsidiariedade entre as normas incriminadoras é de todo evidente.

Agora, quanto ao segundo grupo indicado pelo autor acerca da subsidiariedade implícita, são trazidos como exemplos claros aquelas normas que prevêm um crime de perigo e um respectivo crime de dano. Se externalizamos nossa conduta mas, ao arrepio da intenção, somente elevamos ao mundo externo uma condição de perigo, cedo é que estamos diante de uma relação de subsidiariedade tácita.

Ainda na seara da subsidiariedade, em conceito parecido, Lobo Moutinho anota que *“Ela verificar-se-á em situações em que, aparentemente, isto é, no momento problemático do concurso (dado mediante uma consideração isolada das normas, centrada na verificação das estruturas essenciais exigidas em qualquer delas), as normas se mostram numa relação de interferência. Esta interferência corresponde a uma relação de intersecção estabelecida com base nas extensões ou campos de aplicação das normas”*<sup>94</sup>. Portanto, ambas as normas incriminadoras, tutelando o mesmo bem jurídico, apresentam abstratamente um ponto de convergência no que toca sua possibilidade de aplicação mas que, em uma verificação concreta, uma interfere na outra, sendo consolidada uma relação de subordinação pela cominação mais gravosa após levada a efeito uma interpretação lógico-jurídica.

O autor em referência traz uma série de situações acerca da subsidiariedade, demonstrando suas razões de maneira extensa e propondo soluções particulares. Não nos atrevemos a esmiuçar estas proposições, na medida em que, a uma, desborda do objeto do presente estudo e, a duas, sequer teríamos espaço textual e, quiçá, intelectual para tanto. Remanescemos no intento de levantar alguns conceitos e que se entenda, em observação genérica, do que se trata o princípio da subsidiariedade.

Em uma noção aproximada daquela delineada por Figueiredo Dias, a Doutora Castelló Nicás escreve, sobre o princípio da subsidiariedade que *“[...] su formulación es la siguiente: la norma subsidiaria sólo se aplicará en defecto de la norma principal [...], que además de ser de preferente aplicación, en pura lógica, habrá de ostentar una pena superior a la del precepto subsidiario, que es de carácter residual, reconociéndose dos posibilidades de presentarse la relación de subsidiariedad: expresa, si el propio texto penal así lo indica;*

---

<sup>94</sup> MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade de crimes no direito penal português**. Universidade Católica Editora. Lisboa: 2005. p. 924.

*o tácita, se se deduce de sentido de las normas*”<sup>95</sup>. Além de definir de maneira bastante aproximada, o também espanhol Santiago Puig<sup>96</sup> diz que este princípio somente intervém quando a norma subsidiária unicamente se dispõe a tutelar o bem jurídico quando não entra em jogo a aplicação da norma principal, na medida em que, se bem entendemos, quando tal ocorre, o afastamento da norma subsidiária é medida inarredável.

Ora, a definição do princípio da subsidiariedade, de igual sorte, nos parece suficientemente explorada. Se manifesta quando há uma concorrência de normas a serem aplicadas em face de determinado fato mas que, por esta relação de *subsidiariedade* da tutela penal mais rigorosa do tipo prevalente, acaba afastando aquela que é mais brandamente reprimida. Isto aclarado, passamos, então, para a essência do presente trabalho.

---

<sup>95</sup> NICÁS, Nuria Castelló. **El concurso de normas penales**. Editorial Comares. Granada: 2000. p. 149, com referência também à Puig Peña.

<sup>96</sup> PUIG, Santiago Mir. **Derecho penal, parte general**. 9ª edición. Editorial Reppertor. Barcelona: 2011. p. 665.

## **QUARTA PARTE - §4 O PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO A PARTIR DOS PANAMORAMAS JÁ DEFINIDOS.**

Estamos já na fase derradeira, mas que será mais profundamente explorada por tratar-se do cerne do presente trabalho. Cumpre-nos traçar uma conceituação ampla do que diz respeito ao princípio da consunção, suas aporias teóricas e, por precipual, como se presta a resolver uma gama de problemas que se prendem com o concurso aparente de normas, além de – e por isso focamos com mais vigor neste instrumento de resolução – tratarmos de sua notável problemática que aglutina a doutrina.

Por assim dizer, temos que a relação consuntiva, outra das relações de interferência entre as normas abstratamente potencialmente aplicáveis àquele comportamento manejado no mundo humano e que tem relevo para o direito criminal, eis que estampa uma violação aos valores sociais que são protegidos pelo sistema jurídico repressivo, ostenta uma variedade de ponderações levadas a efeito por muitos doutrinadores. Por esta peculiar situação – é efetivamente a parte da dogmática concursal, em específico no concurso de normas, que suscita as mais variantes construções teórico-técnicas – buscamos pavimentar a estrada até que chegássemos neste ambiente: foi abordado o problema concursal em direito penal em todos os seus aspectos, na medida em que o objetivo do estudo permitiu, para finalmente abordarmos este princípio, em tantas quantas possíveis vertentes de estudo, para, após esta dedicada teorização, passarmos à verificação de sua aplicação nos casos que são entregues à análise dos tribunais. Vejamos, pois.

### **4.1. A consunção: aspectos gerais**

Consoante os panoramas já definidos, é cediço que o fenômeno da consunção se afigura como um dos mecanismos de resolução de determinada celeuma jurídica quando incidente, na espécie, um concurso aparente de normas. Em uma apurada e preliminar análise, podemos dizer que o princípio da consunção, também nominado princípio da absorção, dá conta de que, nos casos em que um agente pratica mais de uma conduta delituosa e, no *iter criminis* percorrido acaba por perpetrar fatos que, em uma sobreposição

idealizada, estejam abarcados pelo tipo penal mais severamente reprimido, os delitos de menor amplitude devem ser absorvidos.

Buscando um viés quiçá mais pedagógico, é o mesmo que referir que os demais crimes que engendrados para a obtenção do delicto-fim (aqui entendido como resultado advindo do comportamento ilícito) foram progressivamente levados a efeito com o especial e dirigido agir que materializou a prática do crime mais gravoso e, portanto, se tratam de irrelevantes penais, não merecendo ponderação quando da dosimetria da sanção a ser imposta no sentido de determinar a pena-base e o enquadramento típico. Como consequência da aplicação do instituto, pelo que parece lógico, exsurge o antefato ou o pós-fato não puníveis.

Acontece que, ao longo de todas as manifestações teóricas trazidas à baila até que na consunção chegássemos, é latente que a controvérsia se mantém ávida e se debate em toda a doutrina. Nessa esteira, propugnamos a demonstração da dimensão da problemática e, sobretudo, a calcificação da ideia de que não se quer aqui fazer crer que uma ou outra perspectiva de análise do instituto será tida como definitiva. Tão somente nos utilizaremos do princípio em testilha no intento de propormos ao debate uma tentativa de abordagem que nos pareça mais adequada, indicando então nossa particular opinião, mas com o fim mais vocacionado a descortinar as maneiras pelas quais os pretorianos vem prolatando suas decisões.

Ora bem, nesta fase descritiva das vicissitudes que encampam a figura da consunção, buscamos inicialmente na ideia de Eduardo Correia uma explicação bastante clara e coesa. Assim diz o festejado autor: *“se olharmos os valores ou bens jurídicos que os diferentes tipos legais de crime respiram ou referem também descobriremos entre eles laços da mais estreita dependência. Alguns desses bens jurídicos são forjados pela fusão de dois ou mais valores que já vários preceitos penais protegem, outros resultam de se acrescentar um elemento novo ao valor ou bem jurídico doutro tipo, outros ainda são entre si diversos só porque exprimem no plano criminal a específica significação. De diferentes formas ou graus da ofensa e um mesmo interesse ou valor (v. g., crimes de perigo e de dano). Entre tais valores ou bens jurídicos verificam-se, assim, relações de mais e menos uns contêm-se já nos outros. Em tais relações pode suceder que a reacção contra a violação concreta do bem jurídico realizado pelo tipo enformado pelo valor menos vasto se efective já pela aplicação do preceito que tem em vista a defesa de bens jurídicos mais extensos. Quando*



*isso acontece, as disposições penais vêm a encontrar-se numa relação de consunção: uma consome já a protecção que a outra visa. E como não pode oferecer dúvidas que a mais ampla, a lex consumens, tem em todo o caso de ser eficaz, é manifesto, sob pena de clara violação do princípio ne bis in idem, que a menos ampla, a lex consumta, não pode continuar a aplicar-se”. E prossegue, dizendo que a relação de consunção: “(...) exige uma investigação para além da descrição legal dos crimes, supõe um apelo às relações de mais e de menos entre os bens jurídicos que dominam os preceitos”<sup>97</sup>.*

Pedimos licença, mas a transcrição de um conceito mais longo é a maneira mais didática de construirmos a pedra angular do estudo em voga. Isso porque, consoante já referimos, a tese de Eduardo Correia é, até hoje, o principal elemento de justificação da jurisprudência no que se prende com a fundamentação das decisões sobre o tema. E, desta definição preliminar, vemos da observância da lição aposta que para o direito repressivo português, a consunção se refere à absorção do fato menos gravoso, levado a cabo em meio à prática do delito de maior repressão penal, e que se encaixe no feixe de execução da conduta mais gravosa. E, como é lógico, a identidade do agente é requisito indissociável para a percepção do instituto.

Ora, ainda nesta fase de definição prefacial, também com esteio na lição de Eduardo Correia, é pujante que, sob esta perspectiva, a consunção leva em conta os fatos praticados, e não a análise pura das normas em comento, ao arripio do princípio da subsidiariedade, por exemplo, que – como vimos – sobrepõe as normas em apreço naquela relação de interferência abstrata. Para facilmente colorirmos, no mais tradicional dos exemplos, trazemos o caso das lesões corporais praticadas nos fatos em que o homicídio eclode como resultado final. De todo óbvio que, para que o resultado morte seja alcançado, a lesão é antecedente inarredável.

Se quisermos abordar a questão em uma perspectiva ainda anterior, e que fora basicamente pioneira em termos de doutrina portuguesa, devemos então emergir nos ensinamentos do já destacado Cavaleiro de Ferreira. Na sua obra destinada ao enfrentamento da questão, já em adiantada parte, tratando em especial do problema da consunção, o douto

---

<sup>97</sup> CORREIA, Eduardo Henrique da Silva. **A teoria do concurso em direito criminal**. 2º Reimpressão. Coimbra: Almedina, 1996, p. 130-131.

indica algumas ponderações relevantes e que, de certa forma, até hoje encampam uma série de reflexões.

Neste cenário, quando lhe toca a abordagem da unidade de fato, aqui visto para si como pressuposto essencial para a verificação do concurso de normas, o autor faz referência ao fato de que a doutrina, após as lições de Honig, ao arrepio daquilo que recém citamos (unidade de fato como inerente à verificação da consunção), à época, repelia esta ideia, no que se cola com o instituto da consunção. Trata-se, aduz o sapiente autor, de uma determinação derivada de lei, mas que, em razão de afixação igualmente legiferante, em que pese serem catalogados como figuras típicas assim vistas autonomamente, na marcha da conduta levada a efeito pelo agente (*iter criminis* percorrido), se manifestam como fatos anteriores, concomitantes e posteriores e que, por força de uma aludida “encorporação”, no tipo principal se “dissolvem”.

Por definição, restam como circunstâncias, em terminologia oriunda da doutrina italiana, como “ante-facto” e “post-factum” impunes<sup>98</sup>. Ainda nesta seara, o autor faz referência ao que já nos soa de todo óbvio (a imperiosidade de identidade de agente), além de destacar a dificuldade que incidia, naquela altura, aos posicionamentos doutrinários acerca da figura da relação consuntiva, mas já atribuía, aqui com contornos bastante distintos daqueles concebidos pela hodierna teoria do Doutor Figueiredo Dias, mas muito pertinentes, de uma necessidade de interpretação teleológica no que diz respeito à “relação” entre fatos e normas, o fato principal e o fim inato à intenção do agente e a materialização de sua conduta e a plena efetivação da tutela repressiva estatal. *Todos vetores que, entendemos, ainda hoje devem pautar o ato decisório do intérprete que vê em sua atividade jurisdicional posta uma questão de tal ordem.*

Ora bem, ainda que estejamos tratando de uma discussão travada nos idos anos 80, as considerações de Cavaleiro de Ferreira se afiguram bastante úteis para a compreensão de toda esta problemática concursal em direito criminal. Ao que já se pode depreender das construções até então indicadas por nós, não verificamos como óbice a consideração das contribuições da doutrina clássica, sobretudo quando analisadas com apoio nas teorias de resolução do problema mais atuais.

---

<sup>98</sup> FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. **Concurso de normas penais**. Coleção Scientia iuridica. Braga, 1980. p. 25.

A uma, porque estas últimas indicações doutrinárias basicamente ostentam como ponto de intersecção, ou como elemento em comum, o fato de tencionarem, de alguma forma, seja ela qual for, desconstruir a tradicional teoria do concurso criminal – aqui incluído, por evidente, o concurso aparente de normas e o princípio da consunção. A duas, e por mais relevante e pelo que já pudemos nos posicionar, em boa verdade, se tratam de situações teóricas que podem efetivamente se complementar. Entendemos, com a humildade que deve nos ser característica, que uma simbiose entre os critérios de verificação hodiernos e aqueles invocados pela doutrina mais clássica poderia ser um movimento interpretativo de algum contributo para a resolução do enquadramento legal a ser capitulado na hipótese concreta, a repressão pertinente ao desvalor penal-social da conduta engendrada e o resguardo dos direitos e garantias do agente perquirido pelo exercício do *jus puniendi*.

Mas, prosseguimos.

A professora Castelló Nicás, se socorrendo da conceituação do igualmente espanhol Puig Peña, traz uma definição da ideia de consunção que também nos empresta relevância neste ambiente de caracterização geral do instituto. Indica que o princípio da consunção é “[...] *aquél que interviene cuando un tipo penal determinado, absorbiendo en sí el desvalor de otro, excluye a este su función punitiva. La consunción provoca el desplazamiento absoluto de una de ellas, que desaparece el quedar subsumida en la otra. Los supuestos que se conciben inmersos en el concurso de normas penales y cuya resolución deviene por la vía del principio de consunción son, por lo general, hipótesis propias de concurso de delitos, que en virtud del citado principio se han ubicado tradicionalmente por la doctrina fuera de la teoría del concurso delictivo. Así sucede con los delitos convergentes, esto es, aquéllos que intervienen en relación con el acto delictivo principal ya sea antes, con posterioridad al mismo o de forma concomitante – actos anteriores, posteriores simultáneos –, que no se sancionam con independencia del acto delictivo principal*”<sup>99</sup>. A ideia remete à absorção do desvalor da conduta embutida no agir do perquirido e que, por influência de seu *iter criminis* em análise com a tutela penal e a repressão que da ofensa à sociedade deve advir, sobrevém uma adequada punição tendo como enquadramento a definição do delito principal, resvalando os crimes, em tese, praticados no interregno na situação de serem considerados somente quando da definição de circunstâncias desfavoráveis.

---

<sup>99</sup> NICÁS, Nuria Castelló. **El concurso de normas penales**. Editorial Comares. Granada: 2000. p. 157-158, com referências à Puig Peña.

Angularizando uma ressalva, o Doutor José de Oliveira Ascensão aduz que, acerca do princípio em voga, há, em tese, uma dita convergência entre as normas, o que, todavia, se resume à possibilidade de aplicação, mas que, em verdade, o âmbito desta aplicação seria distinto entre ambas. O fato praticado seria efetivamente valorado por todas as normas, mas se enquadrariam nas classificações de antefato, fato concomitante e pós-fato uma vez que, da análise das circunstâncias, o fato principal já conglobou o desvalor social da conduta<sup>100</sup>. Trata-se de uma definição bastante próxima daquilo que vem sendo destacado neste tópico.

A ideia do esgotamento da proteção do direito penal acerca dos valores na prática do delito mais grave e que inicialmente se encontra nesta relação de potencial aplicação parece uma tônica quando em referência estas teorizações. Daí porque, nesta relação, a punição do agente deve observar o afastamento da norma aparentemente concorrente, já que estropolou, por absorção, a reprimenda estatal condizente com o valor negado por sua ação. Acontece que, pelo que observamos das mais variadas obras que de alguma forma discorrem sobre o tema, esta definição do instituto nos parece merecer uma dedicada apuração, pelo que tencionamos, na medida do possível, efetuar os mais diversos apontamentos para que se tenha a real dimensão da maneira pela qual a consunção se manifesta e encontra sua definição mais pertinente.

O problema se amostra tão digladiante que para alguns, até mesmo já nos anos 90, a figura da consunção sequer deveria ter razão de existir. O italiano Antolisei, em clara referência ao seu direito pátrio, mas que conserva muitos elementos de ordem teórica que assemelham com o sistema português, após fazer uma construção tendente a apontar o “conflito aparente de normas”, é firme ao asseverar que, em seu sentir, esta celeuma se resolveria tão somente com a ponderação do princípio da especialidade. Ele assevera que “[...] *A nostro modo di vedere, un solo criterio, il principio di specialità, è necessario i sufficiente per dirimere i dubbi che si presentano in tema di concorso apparente di disposizione coesistenti*”<sup>101</sup>.

E explica, mediante a ideia de que remanesce um problema de aplicação das normas que coexistem potencialmente para a aplicação no caso que se apresenta, que, ao fim e ao

---

<sup>100</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Penal I**. Sumários, Lisboa: ed. AAFDL, 1997. p. 178.

<sup>101</sup> ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di diritto penale, parte generali**. Doot. A. Giuffrè Editore. Milano:1994. p. 141. Nessa construção, o autor faz referência a um outro texto de sua lavra, “Sul concorso apparente di norme”, de 1948.

cabo, o princípio da especialidade, por seu próprio conceito, acaba sempre se verificando nestas relações entre disposições penais e se presta para, após uma análise do intérprete, resolver a questão da determinação do enquadramento legal da conduta perpetrada, já que, o instrumento pressupõe uma relação de gênero e espécie entre as normas em voga, e que uma delas irá se sobrepor (tem “prioridade”), pelo que terá aplicação em detrimento da norma relegada. Com a máxima vênia, discordamos de maneira veemente. Mas vale o registro, já que, ao longo do estudo, uma noção de que a desconsideração do princípio da consunção parecia algo que desbordasse da alçada da doutrina mais clássica.

Por seu turno, o espanhol Sanz Moran, em que pese catalogar o problema do concurso aparente de normas ou unidade de lei na seara da teoria da teoria *da interpretação e aplicação da lei penal*, desgarrando portanto da teoria geral do delito, acaba definindo a consunção por seu próprio viés. Em um primeiro âmbito, indica a semelhança que esta ferramenta ostenta com a relação de subsidiariedade, pelo que se torna difícil a sua identificação. Mas aduz que esta operação somente tem valor “classificatório”, já que, a rigor, para efeitos práticos não há qualquer resultado distinto.

O autor infere que “[...] *podríamos aventurar una delimitación del principio de la consunción en el sentido de que estaríamos aquí entre hipótesis en las cuales, con base no en la comparación abstracta en los tipos concurrentes, sino en el modo efectivo y concreto de verificarse el supuesto en estudio, y operando únicamente con pautas valorativas, puede concluirse que el desvalor captado por uno de los tipos aparece incluido en el desvalor tenido en cuenta por el otro. En este caso, lex consumens derogat legi consumptae*”<sup>102</sup>. No raciocínio, atribui a necessidade da verificação, sempre em concreto, munido o estudioso do caso de um arcabouço valorativo do comportamento que lhe é posto em análise, devendo prestar seu juízo de modo a, neste meneio jurídico, se esquivar da análise abstrata e trabalhar já na conduta perpetrada pelo agente, sem um aprofundamento nos tipos penais que teoricamente caberiam ao caso.

Numa apuração mais recente, o português Vinagre indica que, nos casos de consunção, uma das normas infringidas acaba excluída. Em síntese, narra que a possível aplicação da norma derogada se manifesta pelo fato de ter sido um “meio apto” no sentido de materializar a incorrência da norma prevalecente que, por sua vez, contempla todo o

---

<sup>102</sup> MORAN, Angel Jose Sanz. **El concurso de delitos, aspectos de política legislativa**. Gráficas Andrés Martín, S.A. Valladolid: 1986. p. 125.

comportamento. Mas afirma que a ideia da consunção não pode ser aceita de peito aberto. E justifica, dando conta de que uma fração do comportamento delituoso não sofre qualquer reprimenda jurídica. Teria o tipo penal que consome a esfera de aplicação da outra norma preterida o condão de assumir toda a carga de reprimenda que o aparelho jurídico-penal do Estado angularizou no CP? A solução, segundo aponta, seria resguardar a consunção somente para os casos em que os bens jurídicos tutelados não sejam de caráter “eminentemente pessoal”. Nas hipóteses em que os bens jurídicos seriam pessoais, propõe o enquadramento como sendo em concurso efetivo, já que as violações típicas não esgotariam o desvalor em uma só norma a ser aplicada<sup>103</sup>. Outra vez, nosso ponto é de ressalvar algumas situações.

A definição da consunção tendo como baliza a natureza do bem jurídico não parece ser adequada. O próprio conceito da relação consuntiva, em que pese variar consoante temos buscado demonstrar, destila veneno em face da ideia do autor. Isso porque, se um comportamento que violou mais de um tipo legal mas que, em regra, se manifestou de forma nociva a um bem jurídico pessoal, não há que se admitir tenha um apenamento muito mais gravoso simplesmente em razão da natureza deste bem. A *regra* é que, se um comportamento final teve, na execução, a violação aparente de mais de um tipo e, da análise concreta deste comportamento, independentemente da natureza do bem jurídico, restar verificado que se manifestou a consunção, a norma consumida deve ser afastada, de maneira imperiosa. O contrário seria o mesmo que fomentarmos a utilização, em direito criminal, pelo intérprete, de pesos e medidas diferentes quando envolvida a mesma situação lógico-jurídica. Não confabulamos com tal assertiva.

Teresa Magueta, ao fazer uma análise descritiva do concurso de crimes, aborda a consunção, nominando-lhe como “critério do crime instrumental ou crime-meio”. Não há muito incremento. Ela suscita que “*Aqui estamos perante uma relação entre o crime que é o meio para atingir um certo objectivo, portanto instrumental, e o crime principal. Pode acontecer (não necessariamente) que o crime-meio seja consumido pelo crime que visa cometer, o crime-fim. Um ilícito sugere perante o ilícito principal, unicamente como meio*

---

<sup>103</sup> VINAGRE, Nuno. **Da reforma dogmática do concurso de crimes**. Coimbra. Coimbra Editora: 2011. p. 76-77.

*de o realizar e é nisso que se esgota o seu sentido e os seus efeitos*”<sup>104</sup>. É reduzida a ideia da consunção simplesmente à questão da finalidade do desígnio do agente.

Se direta e deliberadamente a conduta violou uma antecedente figura típica no único intento de praticar uma outra mais gravosa, há a consumação ou absorção. O critério efetivamente se comunica com a ideia da consunção. Mas não vence suficientemente suas visciscitudes, apesar de reproduzir a ideia do grande Eduardo Correia, e que é mais comumente aplicado nos casos que suscitam a prestação jurisdicional.

A necessidade de esgotarmos os conceitos, ainda que neste momento em aporte mais descritivo, é inato ao objetivo desta parte final do estudo. A consunção efetivamente é nosso ponto precipual.

Ramón Alberó, que se dedica de maneira louvável à questão do concurso de leis e o balizador constitucional princípio do *ne bis in idem* importa ser aqui suscitado. Em um momento introdutório, o autor ressalta que a dificuldade de conceituação envolvendo a consunção, entendida aqui como um cânone resolutivo do concurso de normas, abrange esta complicada definição conceitual, quer seja sob a discussão de sua formulação, quer seja no que diz respeito aos pressupostos que deve envergar.

Na realidade, ele indica que a consunção seria uma categoria residual definida negativamente no comparativo com os princípios da subsidiariedade e especialidade, destacando a diferença de que, nestes últimos princípios, a análise é sempre abstrata no tocante à aplicabilidade dos tipos penais, enquanto que na consunção esta verificação se da de maneira concreta, sendo que, já lá na doutrina alemã, a ressalva da serventia deste instituto já incutia a ideia de abandono para alguns, dada sua característica de ser “supérflua”, além de, dizem estes pensadores, todas as questões que se põem neste ambiente poderiam ser resolvidas pela utilização do critério da subsidiariedade.

Não teria sentido se utilizar de uma análise de dois princípios que se munem de uma relação de interferência e inclusão numa mesma linha interpretativa. Os critérios valorativos, refere, partem de uma mesma estrutura lógica, que somente se prestaria a distinguir, entre todos, o princípio da especialidade.

---

<sup>104</sup> MAGUETA, Teresa Vitória Freire. **A mediação penal e as questões do concurso de crimes, da pluralidade de ofendidos e de arguidos**. p. 91.

Acontece que a confusão entre os planos valorativo e lógico pode ser levantada no problema em comento. Ora, pelo que nos ensina o espanhol, se ficarmos nesta discussão teórica no sentido de se demonstrar a desnecessidade da consunção como mecanismo de resolução do concurso, igualmente não teria sentido a distinção entre concurso ideal e aparente, por exemplo. Mas sedimenta sua ideia quando levanta sua bandeira no sentido de que *“Si lo decisivo es por tanto una contemplación valorativa de los tipos concurrentes, entonces tiene sentido distinguir entre los diversos principios, en ça medida en que los criterios para desvelar tal solapamiento de valor presenten peculiaridades propias. Y ello es lo que cabalmente sucede con el principio de consunción respecto de la subsidiariedad. Claro ésta que, en el fondo, toda manifestación do concurso de leyes responde a una misma idea rectora: el solapamiento valorativo total o parcial de los tipos concurrentes. Pero esta se manifiesta de forma distinta según los casos”*<sup>105</sup>. E, ainda neste tópico, ressalva que a doutrina mais conservadora salienta os “atos acompanhantes típicos”, os “atos posteriores co-punidos ou impunes” na relação com o delito principal.

Tratando do concurso de crimes, em uma abordagem sucinta da questão da consunção, Teresa Magueta faz um apanhado da ideia de comportamento global e desvalor social (sentido social predominante, *in casu*) de Figueiredo Dias, além de delinear algumas situações acerca deste princípio que nos interessa. Ela afirma que *“Apenas concretamente valorando os factos é que se vêem os casos de consumpção. Se se trata de um caso de consumpção, então há um crime que consome outro. Deparamo-nos com as figuras *lex consumens* ou crime dominante e a *lex consumpta* ou crime dominado. O agente apenas vai responder pelo crime dominante? De acordo com a doutrina tradicional sim”*<sup>106</sup>. Cuidamos aqui do tradicional entendimento apostado na doutrina, mas no paralelo com a tese do Doutor Figueiredo Dias que, em sequência, será devidamente estudada.

Mas sempre que o problema do concurso aparente se põe em causa, temos uma posição, por uma grande parte daqueles que se propõe a tecer qualquer apontamento, uma certa semelhança no ponto de vista do conceito amplo. Da produção de Tânia Oliveira, em tema bastante semelhante que tratou Teresa Magueta, verificamos em simples palavras a reiteração da definição mais genericamente aceita. Ela fala, já em uma análise concreta e no

---

<sup>105</sup> ALBERO, Ramón García. **“Non bis in idem” material y concurso de leyes penales**. Cedecs editorial S.L. Barcelona: 1995. p. 383-384.

<sup>106</sup> MAGUETA, Teresa Vitória Freire. **A mediação penal e as questões do concurso de crimes, da pluralidade de ofendidos e de arguidos**. p. 82.



campo da dosimetria da imposição da moldura penal, que “[...] ainda podemos dizer que, a consumpção, tem lugar sempre que o conteúdo do ilícito-típico inclua, em regra, o de outro facto. A condenação pelo ilícito mais grave exprime de forma bastante o desvalor do comportamento [...]”<sup>107</sup>.

A figura da consunção então é alvo de muita escrita no âmbito da dogmática penal portuguesa e mundial. Inúmeros trabalhos de dissertação e tese acabam enfrentando esta questão, partindo de distintos rumos. Como nos propusemos a delimitar com robustez o conceito, a aplicabilidade e as aporias da consunção, vamos trazer, nestes aspectos gerais, tantos quanto possíveis apontamentos que foram anotados, deglutindo igualmente todas as perspectivas que nos apareçam no raio de alcance.

Traçando de igual sorte uma descrição do concurso de crimes, Ana Morais nos traz algumas digressões que se escoram basicamente na doutrina mais amplamente consagrada. Após denunciar, como tantos, que a definição categorial dos mecanismos de resolução do concurso aparente de normas assume um viés totalmente lógico-formal, não sobrestando qualquer efeito prático-jurídico na medida em que somente uma das leis em conflito é aplicada, nos indica que “*De facto, a categoria da consumpção está presente naqueles casos em que o conteúdo do ilícito-típico inclui em regra o de outro facto, de forma a que, numa perspectiva jurídico-normativa, a condenação pelo ilícito-típico mais grave demonstre e compreenda o desvalor de todo o comportamento. [...] esta categoria distingue-se das anteriores fundamentalmente porque nesta se tomam em consideração os factos nas suas conexões típicas, e se depreende que o legislador teria considerado estas circunstâncias ao determinar as molduras penais respectivas*”<sup>108</sup>.

Agora, trazendo a mensagem do não concurso, como é de sua doutrina, Lobo Moutinho traz importantes considerações sobre o princípio da consunção. Empunhando uma análise do crime e sua estrutura, tendo como cerne a norma, aduz que o caminho interpretativo diz respeito à observação dos tipos isoladamente, em abstrato, assim vista esta estrutura em (de) cada um deles, e a manifestação da conduta criminosa de forma concreta. Disto, em que pese indicar um carácter accidental da norma repelida, já que esta teria uma

---

<sup>107</sup> OLIVEIRA, Tânia Patrícia Martins. **O concurso de crimes e a pluralidade de agentes ofendidos no sistema de mediação penal português**. p. 83.

<sup>108</sup> MORAIS, Ana carolina Alçada Tomás de. **A desistência da tentativa em situações de concurso de crimes**. p. 30.

avaliação de agravamento da sanção, e compõe inteiramente seu próprio munús e seu desvalor. Se utilizando deste raciocínio, o sábio autor refere que “[...] *haverá consunção quando, numa situação de aparente heterogeneidade, se puder concluir que o facto aparentemente previsto numa das normas constitui, na realidade, simplesmente uma conduta anterior, uma conduta concomitante (caracterizadora do modo de execução) ou uma conduta posterior ao facto criminoso regulado na outra norma incriminadora*”<sup>109</sup>.

Nos parece bastante pertinente a construção de Lobo Moutinho. De fato, o tipo penal consumido acaba se consolidando como um vetor de análise da dosimetria penal já que, relativamente às circunstâncias que devem ser levadas em conta quando da delimitação do apenamento, incumbe ao juízo esta avaliação, em todas as possibilidades.

Ora bem, aqui cai por terra uma série de argumentos. Há uma relevante fatia da doutrina que diz que se torna inconcebível a desconsideração do tipo penal que vai incorporado na análise estrutural e valorativa ao tipo principal e, portanto, sua não veiculação (igualmente desconsiderada) na pena já que, a rigor, teve seu conteúdo proibitivo violado. Em um primeiro momento, entendemos que efetivamente o legislador teve o discernimento de encampar o desvalor da conduta que abarcasse ambos os tipos naquele mais gravoso (com a ressalva da consunção impura que será delineada na sequência). Em segundo lugar, se torna lógico que esta consideração do tipo consumido como uma circunstância negativa a ser sopesada em desfavor do agente infrator acaba encerrando, igualmente, um caráter sancionatório e reflete absolutamente na pena a ser imposta.

O que, em que pese não diretamente sobre a consunção, mas em um raciocínio com o qual aquiescemos integralmente, a respeito da delimitação da pena (o que acaba sendo o consectário derradeiro do estudo em comento), a Doutora Líbano Monteiro é firme ao afirmar que “[...] *quem julga há-de descer da ficção, da visão compartimentada que está na base da construção da moldura e atentar na unicidade do sujeito em julgamento. A perspectiva nova, conjunta, não apaga a pluralidade de ilícitos, antes a converte numa nova conexão de sentido*”<sup>110</sup>.

---

<sup>109</sup> MOUTINHO, José Lobo. **Da unidade à pluralidade de crimes no direito penal português**. Universidade Católica Editora. Lisboa: 2005. p. 1020.

<sup>110</sup> MONTEIRO, Cristina Líbano. **A pena unitária do concurso de crimes**. Acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de julho de 2005. In: Revista Portuguesa de ciência criminal. Ano 16. Nº 1. Coimbra: Janeiro-março de 2006.

É bem por aí o caminho: a observação do julgador, com a justeza e a verificação das particularidades do caso concreto devem ser ressalvadas na prestação jurisdicional, sendo o condenado visto em sua essência como um ser, dotado de garantias e direitos, mas que violou, no caso consuntivo, abstratamente dois ou mais tipos penais que, na relação concreta o tipo incriminador principal acaba consumindo o desvalor dos demais desconsiderados no sentido do estabelecimento da moldura-base mas que, consoante acima dito por Moutinho, serão acidentalmente relevantes e, inclusive, determinarão um mais severo regime, ainda que muito mais brando que do concurso efetivo, mas importante e derivado da materialização da consunção.

Por outro lado, o respeitado italiano Mantovani reitera a tormentosa doutrina do concurso aparente, grifando o problema da consunção, já que reitera a profunda dificuldade de determinação das fronteiras de sua aplicação, salientando que o mais pacífico conceito da especialidade acaba trazendo o resultado prático da definição do enquadramento penal. Ele afirma que “[...] *In base ad essi i confini tra concorso apparente di norme e concorso formale di reati restano vaghi, con ampie zone grigie aperte alle opposte soluzioni. E con profonde divergenze tra gli incessanti sforzi dela dottrina per ampliare la sfera del concorso apparente ed i rigorismi giurisprudenziale, che tendono a circoscriverlo al tranquilo ambito della specialità, subordinandola talora al limite dell’identico bene giuridico*”<sup>111</sup>.

O brasileiro Andrei Schmidt consolida uma posição bastante condizente com o que alinhamos. Em texto atinente ao problema do concurso aparente de normas, ele faz referência ao princípio da consunção dizendo que quando uma conduta humana realiza mais de um tipo penal em seu conteúdo, sendo entre eles não excludentes, e, de acordo com o que chamou de uma conexão lógica e justa, acaba um absorvido pelo outro.

Em um paralelo deveras interessante, o douto faz a seguinte inferência: no caso da especialidade, os tipos penais abstratamente aparentemente aplicáveis envergam uma relação de absorção no plano do dever ser, pelo que há uma relação de alternatividade necessária. Agora no tocante ao princípio da consunção, quando invocado, desborda deste eixo do dever ser, na medida em que sua racionalização é de caráter de justiça, no plano do ser, uma norma acaba relegada e, conseqüentemente sua tipicidade.

---

<sup>111</sup> MANTOVANI, Ferrando. **Diritto Penale, parte generale**. Cedam. Firenze: 2011 p. 476

Uma frase se amostra marcante: “trata-se de um concurso real de tipos penais, mas aparente de tipicidades”. E define a consunção: “[...] é o princípio aplicável nos casos em que o desiderato criminoso do agente é atingido através da realização voluntária e ontológica de mais de um tipo penal, que não necessariamente deve ser praticado na busca do fim almejado, mas, por critérios de justiça, deve ser absorvido. Sua verificação, ao contrário da especialidade, só pode ser analisada no caso concreto, e é uma relação de absorção, e não de exclusão”<sup>112</sup>. Outra vez entendemos reforçada a grande valia do estudo e do assentamento da figura da consunção.

Efetivamente encarnando estas diferenças e a peculiaridade de sempre se manifestar concretamente, e carregando consigo esta característica de se amostrar uma ferramenta tendente a profetizar e materializar um critério de justiça, a capitulação da moldura penal deve ter a consunção como um de seus princípios reitores. A ideia da exclusão desta categoria nos parece de todo cambaleante, sendo mais nocivo ao mais perspicaz e adequado estabelecimento da paz social violada pelo crime manejado.

Ora, outra vez rememoramos nosso posicionamento no sentido de termos uma determinação mais clara ou calcificada das *regras do jogo*. Essa desbravata de teorias que exsurgem apontando para todos os horizontes deve ser vista como um nefário ao exercício do jus puniendi estatal com consonância com os direitos constitucionais que lhe rege. Por isso perseguimos nesta ideia de denúncia de todos os conceitos, da indicação das posições doutrinárias e, ao fim e ao cabo, da verificação jurisprudencial da manifestação destes institutos. Por isso este tópico, em que pese poder soar massante, tenciona esgotar as variantes conceituais e estruturais da consunção para que sobrevenha um total esclarecimento das situações que incidem, na espécie. O critério interpretativo, ao que até agora nos parece, deve ser, se pudermos, *simbiótico*. Todas as facetas até então averiguadas tem suas verdades e suas imperfeições.

Ora bem, feitas todas estas ponderações de ordem geral acerca da consunção, temos que, efetivamente, o que mais deve servir de critério quando tocar ao juízo o cotejo dos elementos teóricos e as garantias constitucionais que devem pautar seu agir decisório e a conduta delituosa é este mecanismo *interpretativo conjunto*. Prefacialmente, a identificação da formal-subsunção dos tipos, sendo não considerados em sua realidade estrutural de meio

---

<sup>112</sup> SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Concurso aparente de normas penais**. In: Revista brasileira de ciências criminais. Revista dos tribunais. São Paulo: 2001.

e fim resumidamente, mas também de mais e de menos, de contemplar o esgotamento do desvalor da conduta gravosa à sociedade e que exige então a manifestação do direito repressivo tendo a necessidade de absorção no que concerne aos tipos penais que sofreram, então, a interferência do tipo principal e deverão ser, portanto, afastados.

Após, a análise de toda a conduta, em sua concretude, sendo sempre pautada pelos princípios que devem reger a execução da atividade jurisdicional. E, pelo que sentimos, já era, há muito, ainda que não em específico ao princípio da consunção, mas sobre o direito penal como um todo, a preocupação dos grandes penalistas portugueses. Ao menos é o que extraímos de interessantíssima passagem colmatada nas actas das sessões da comissão revisora do Código Penal de 1965.

Isso porque, em uma análise perfunctória, poder-se-ia afirmar que este instituto somente faz beneficiar o réu, já que, no comparativo com o apenamento derivado do concurso efetivo, se afigura muito menos severo. Ora bem, na realidade o que se põe é o respeito aos critérios que balizam o direito sancionatório, que lida com um dos bens mais preciosos do ser humano.

Nesse sentido, a fim de ilustrar tal assertiva, colacionamos: *“Dir-se-á que com um sistema benévolo como o do Projecto os criminosos regozijar-se-ão. Mas não é exacto. Até porque [...] em regra o criminoso não faz contas, é por natureza imprevidente, pensando em que não virá a ser descoberto e punido. De sorte que a alternativa será esta: ou vamos para uma solução de puro terror, para que a prevenção tenha uma qualquer eficácia; ou procuramos a pena que seja verdadeiramente justa para a sociedade e para o próprio delinquente. Certo que por vezes há situações de conflito e que, nelas, não se pode pura e simplesmente desproteger a sociedade. Mas a melhor defesa que se conhece para a sociedade – como veio notar a escola da Défense sociale – é e será sempre a de recuperar o delinquente. Isto fundamentalmente porque o problema específico da criminalidade, o verdadeiro problema, não é o da criminalidade primária, mas o dos reincidentes. Certo que há casos excepcionais em que a defesa da sociedade impõe uma punição particularmente dura; desses, porém, se deve cuidar na parte especial. Quanto ao resto, é evidente que criminosos terá que haver sempre, mesmo com corte de braços e pernas, enquanto houver no mundo a possibilidade de se fazer o bem e o mal. Mas, como nota Huxley, não há progresso sem que se progrida na caridade e na solidariedade: ao direito penal cabe, não*

*organizar a violência, mas sim organizar a não-violência*”<sup>113</sup>. Em que pese, conforme já salientamos, não dizer respeito efetivamente ao problema principal do objeto de estudo, esta passagem fomenta tudo aquilo que pensamos e pelo que guerreamos.

O direito penal (e a dogmática do concurso) deve ser uma ferramenta tendente a tutelar os bens jurídicos caros à sociedade, mas jamais servir de instrumento à barbárie. O terror, já salientado pelos doutos àquela época, infaustamente, toma lugar em várias decisões arbitrárias e que violam as garantias das pessoas. Daí porque a verificação do concurso legiferante deve sempre se dar da maneira justa e harmoniosa com os ditames que regenciam o direito penal constitucional.

#### **4.2. A teoria de Figueiredo Dias e suas inferências incidentes na consunção.**

Aqui adentramos na mais profunda revolução que ultimamente fora forjada no âmbito da dogmática penal portuguesa. O Doutor Figueiredo Dias trouxe uma nova roupagem, com alteração de conceitos e nomenclatura, auferindo um igualmente novo substrato no sentido de fomentar a resolução do problema concursal em direito criminal com também novos elementos, ou, de repente, com novas perspectivas de abordagem.

Acontece que, resguardado o âmbito de interesse deste trabalho, enfrentaremos em uma descrição introdutória a teoria em voga, porém, com mais atenção no que tem referência ao concurso aparente (aqui na visão tradicional do nome) e, sobretudo, como tem sido a tônica nesta fase, as ilações que do estudo podemos confeccionar de importante para o presente texto.

Indicando um “pensamento fundamental”, o autor já empunha a ressalva de que trata do tradicionalmente nominado concurso aparente de normas, mas, sob sua perspectiva, batizando unicamente como unidade de norma e de lei nas ocasiões em que estamos diante de uma plúrima possibilidade de subsunção abstrata de tipos penais. Mas, em um apanhado geral, podemos afirmar que a teoria do renomado autor toma dois eixos.

Em um primeiro corpo, ele elenca a necessidade de verificação do problema sob a ótica lógico-formal no relacionamento entre as normas que em princípio estão possivelmente

---

<sup>113</sup> PORTUGAL. Ministério da Justiça. Comissão revisora do Código penal. **Actas das sessões da Comissão Revisora do Código Penal : parte geral**. Lisboa : Ministério da Justiça, 1965

aplicáveis. No outro, a necessidade de se analisar se no comportamento global do agente existe uma pluralidade de sentidos autônomos de desvalor a serem reprimidos do ponto de vista do ilícito material. Mais aqui nos importa a primeira faceta, que acaba, em um primeiro olhar, tratando da consunção. Então, em seu conceito, a unidade de norma ou de lei decorre de se estar diante de uma variedade de fatos puníveis depois de observados os potenciais tipos abstratamente aplicáveis e, eclodindo de uma análise lógico-jurídica, somente uma é aplicada<sup>114</sup>.

É bem verdade que ambos os raciocínios se complementam, sendo, inclusive, proposta uma espécie de simbiose à semelhança daquilo que viemos falando até então. Mas, no intento de evitarmos a tautologia, nos atemos então à teoria da “unidade de norma ou de lei” e o paralelo com o enquadramento da figura da consunção, sob a doutrina de Figueiredo Dias, não sem antes delimitarmos alguns pontos de especial relevo de sua teoria.

Acontece que a distinção desta nova formatação do problema não se limita à nomenclatura. Para o autor, quando estamos diante da possibilidade de, em um simples exercício de determinação de uma prevalência de uma das normas que abstratamente se aplica, o sobrestamento das demais solve a contenda, por intermédio de uma verificação lógico-formal, há então a unidade de norma configurada (especialidade e subsidiariedade como formas).

Mas, por seu turno, de igual sorte, o A. define como inclusos na mesma categoria, porém com um exercício interpretativo muito mais complexo, as situações nas quais estamos diante de uma insuficiência deste mecanismo no sentido de determinar a moldura penal, pelo que exsurge a necessidade do acompanhamento da conduta global no paralelo com o sentido da ilicitude e o desvalor social. Aí, o julgador estaria diante de, igualmente, uma pluralidade de tipos penais em um primeiro momento aplicáveis, mas, no momento sequente deveria averiguar se os sentidos desta apreciação global da conduta criminosa ostentam uma unidade de violação de valor jurídico-penal-social, ou, se acaso constatada uma pluralidade, naquilo que chamou de desvalor jurídico-social autônomo, tudo mediante uma interpretação teleológica e valorativa, tendo como baliza a consequência do comportamento em apreço.

---

<sup>114</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal Parte Geral. Questões fundamentais à doutrina geral do crime. Tomo I.** 2ª edição. Coimbra Editora, 2007. p. 992.

Na primeira, estaríamos diante da unidade de crime, pela desobediência de um único desvalor jurídico-penal. Na segunda, perante uma pluralidade de crimes e, portanto, de um concurso efetivo, devido à aludida violação plúrima em face dos sentidos autônomos incidentes neste comportamento, analisado em sentido amplo (global). Neste raciocínio, ele cria uma novel divisão, chamando os casos de pluralidade de infrações como concurso efetivo, puro ou próprio.

De outra banda, os casos anteriormente ditos como, na doutrina clássica, de concurso aparente de normas, seriam aqueles que ensejam uma “unidade de lei ou de norma”. E, por sua vez, em uma terceira categoria, rechaçando a terminologia tradicional, incute a ideia de concurso “aparente”, impuro ou impróprio para os casos em que há uma “dominância” entre os tipos penais concorrentes, em uma relação de submissão ou independência. (consoante chamou a atenção a Doutora Líbano Monteiro, esta classe concursal se assemelha à figura da consunção da doutrina de Eduardo Correia).

Mas, para sermos mais claros, e, eventualmente, corrigirmos algum vício de interpretação, colacionamos a própria definição do grande Professor: *“Se decisiva é, pois, a análise do comportamento global que lhe empresta sentido material (social) de ilicitude, terá então de reconhecer-se, de um ponto de vista teleológico e de valoração normativa ‘a partir da consequência’, a existência de dois grupos de casos: (a) o caso (‘normal’) em que os crimes em concurso são na verdade reconduzíveis a uma pluralidade de sentidos sociais autónomos dos ilícitos-típicos cometidos e, deste ponto de vista, a uma pluralidade de factos puníveis – hipóteses que chamaremos de concurso efectivo (art. 30º - 1), próprio ou puro; (b) e o caso em que, apesar do concurso de tipos legais efectivamente preenchidos pelo comportamento global, se deva ainda afirmar que aquele comportamento é dominado por um único sentido autónomo de ilicitude, que a ele corresponde uma predominante e fundamental unidade de sentido dos concretos ilícitos-típicos praticados – hipóteses que chamaremos de concurso aparente, impróprio ou impuro”* (grifo no original)<sup>115</sup>. E ressalta que, para o primeiro caso, a sanção deve obedecer os patamares extraídos da exegese do art. 77º, enquanto o segundo deve obedecer à moldura penal do tipo penal dominante.

Agora, no sentido de indicar a definição do princípio da consunção, o sábio autor classifica no ambiente das “formas” de unidade de lei ou de norma, abreviando sua posição

---

<sup>115</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal Parte Geral. Questões fundamentais à doutrina geral do crime. Tomo I.** 2ª edição. Coimbra Editora, 2007. §41, p. 990.



no sentido de que esta classificação somente encontra guarida quando estivermos diante de um estudo categorial-classificatório, já que, a rigor, não há qualquer efeito prático derivado destas distinções. Todavia, aqui temos uma inovação teórica de ruptura com tudo aquilo que se dizia da consunção. Figueiredo Dias entende que este instituto não tem o condão de ser taxado como uma das formas de unidade de lei, remetendo a solução do problema para a mecânica resolutive do *seu* conceito de concurso aparente, impuro ou impróprio.

Nas palavras do A. *“A categoria da consumpção – seja tomada em sentido estrito ou em sentido amplo – é prezável na sua essência mas (contra o que entendeu até há pouco tempo a doutrina unânime e entende ainda hoje a doutrina dominante) **insusceptível de constituir uma hipótese de unidade de normas ou de leis.** Em primeiro lugar, e decisivamente, ela não acarreta um problema lógico de relacionamento de normas, mas um problema axiológico e teleológico de relacionamento de sentidos e de conteúdos do ilícito. Nesta medida, e em segundo lugar, os casos de consumpção constituem hipóteses de uma pluralidade de normas concretamente aplicáveis e suscitam, por isso, um problema de concurso de crimes. Só que, na verdade, a questão que esta categoria suscita é bem fundada – mesmo quando ela é assumida no seu sentido mais amplo – na parte que chama a atenção para casos da vida em que os sentidos e os conteúdos singulares dos ilícitos interceptam e se cobrem mutuamente, de tal modo que valorá-los na sua integralidade significaria violação da proibição da dupla valoração. Enquanto, por outro lado, não sendo total a sua coincidência, a sua punição adequada exige que se não interrompa cedo demais o mandato de esgotante valoração da matéria ilícita. Numa palavra, **a ideia que preside à categoria da consumpção é na sua essência aquela que dissemos dever presidir ao concurso aparente, impróprio ou impuro de factos puníveis e nesse contexto deve ser tratada**”<sup>116</sup>(grifo no original).*

Portanto, pelo que se extrai da lição do eminente em referência, a consunção seria um braço do concurso aparente de sua afixação conceitual, e que encerra, na análise teleológica e valorativa um efeito dominante entre as normas, e um só desvalor jurídico-social material autônomo, pelo que uma das normas em concurso prevalece e as outras restam declinadas no tocante ao emolduramento penal, tendo, em todas as hipóteses de referência, sempre como necessária a verificação do comportamento global do agente.

---

<sup>116</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal Parte Geral. Questões fundamentais à doutrina geral do crime. Tomo I.** 2ª edição. Coimbra Editora, 2007. p. 1002.

A conexão é vista não mais como uma mera relação entre normas, mas sim a partir da ideia de conexão entre os sentidos autônomos vistos no mundo real a partir da análise do comportamento global. E, como parece termos bem alicerçado, também vemos esta absoluta propriedade conceitual, na medida em que atribui esta nova roupagem, tencionando uma mais adequada abordagem do problema. Todavia, nos parece que, ainda que tenha os mais relevantes argumentos, ter o condão de limar a verificação lógica formal-subsuntiva (no concurso aparente de normas, especialmente a consunção) vista com um movimento preliminar tendente à posterior análise do comportamento global e o desvalor do singular sentido de ilícito. Pelo que, novamente, entendemos estar perante mecanismos que de alguma maneira se complementam.

#### **4.3. A teoria de Líbano Monteiro e suas inferências incidentes na consunção.**

A autora parte de uma análise da estrutura do ilícito, fazendo um amplo estudo do problema do concurso em direito criminal e desenhando sua ótica ao longo de todos seus pessoais e inovadores pensamentos. Na mesma esteira do que acima efetuamos a respeito da tese de Figueiredo Dias, aqui traremos um cenário genérico da ideia precípua para então relacionarmos de maneira mais umbilical com o problema da consunção. Vejamos, pois.

A doutrinadora, à exemplo do que já tivemos a oportunidade de pontuar acerca da tese de Duarte D’Almeida, angulariza ferrenhas críticas à questão do concurso posta até então pela maior parte da doutrina. É cintilante, logo na definição do problema, que ela denuncia o excesso de formalismo. A pedra de toque, e a gênese do estudo em tela é a problemática do concurso ideal. O critério jurídico deve, segundo aponta, observar não somente uma subsunção lógico-formal, mas sempre buscar o critério *valorativo* (de um plano jurídico-penal) do fato em seu comportamento violante, sem se desprender, portanto, de uma dogmática material-instrumental, observando, inclusive, as situações de política criminal que incidem na espécie quando em apreço o fato perquirido e o estabelecimento da sanção correspondente.

A teoria da douta é deveras instigante. Ela efetivamente concatena uma desconstrução com os critérios até então aceitos – ou discutidos, que seja – e tenciona a calcificação de uma interpretação do comportamento criminoso a partir da própria ideia de

crime, entrelaçando na análise o *fato típico* e o *ilícito*, e que se manifeste, independente da origem do concurso, naquilo que nominou *juízos concretos de ilicitude pessoal*.

Para tanto, incumbe ao intérprete observar os princípios jurídico penais, nomeadamente o da dignidade penal e da necessidade da pena, “na base do respeito intransigente pela legalidade e no pressuposto da inseparabilidade entre o ilícito e o tipo”. Nesta contingência, consoante já anunciamos, não vemos na utilização preliminar de um mecanismo interpretativo lógico-jurídico formal-subsuntivo como óbice para uma justa e condigna atribuição do enquadramento penal à conduta em comento, pelo que, em que pese já cultivarmos uma elevada simpatia pela inovadora tese, não aquiescemos em sua integralidade.

É que, em apertada síntese, temos que o desprezo aos estudos que, ainda que de maneira tortuosa (para muitos), a questão do concurso em direito penal seja de todo insegura e inconclusiva, inegavelmente vem pautando as decisões e que, se analisarmos em conjunto com estas teses emergentes, mesmo nos pontos que lhe pregam uma expurgação do sistema dogmático penal, ainda assim, seria de alguma valia a utilização dos tradicionais critérios para a determinação da moldura penal. Reiteramos: uma mais escorreita interpretação poderia levar a cabo este critérios simbiótico.

A viabilidade de um concurso de normas é prontamente afastada pela autora. Além de providenciar uma construção tendente a situar o problema do concurso no restante da dogmática geral, não mais em sua categoria autônoma, mas com uma atinência à figura do ilícito (em sua dogmática), vocacionando a determinação de uma unidade ou pluralidade de sentidos igualmente autônomos de antinormatividade criminal no paralelo com o comportamento criminoso em análise. Afastando estas ideias, de maneira simples, porém firme, ela aduz que “[...] 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 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”.

E arremata este raciocínio expositivo de sua construção (confessamos, de alguma maneira renegando aquilo que viemos defendendo), quando assevera que “[...] *O ponto de partida do concurso não é a multiplicidade de subsunções. 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*”<sup>117</sup>. (vamos opor uma mais firme crítica após a descrição da teoria da autora)

A proposição prossegue, tendo como escopo a determinação do tratamento do concurso como se internamente estivesse à questão do ilícito pessoal (juízo de culpa sobre o homem-médio). As categorias resolutivas do concurso aparente de normas tradicional, por esta viés, nada mais seriam do que elementos de verificação valorativa da norma, onde deveriam, por uma leitura material, ser “refundidas”. Ela sugere uma rejeição da relação entre as normas abstratamente aplicáveis ao caso, já que jamais seriam meio apto à resolução no sentido de se estabelecer uma unidade ou pluralidade delitiva. O critério lógico formal seria, assim, insuficiente, já que para a determinação do enquadramento típico a ser manejado, no caso, sempre remanescerá a necessidade de uma concreta valoração, e isso ocorre, segundo atesta, inclusive quando o meneio lógico-formal é levado a efeito.

E destas desconstruções, desenha que “[...] *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 jurídicopenais. 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*

---

<sup>117</sup> MONTEIRO, Cristina Maria Costa Pinheiro Líbano - **Do concurso de crimes ao «concurso de ilícitos» em direito penal**. Coimbra : [s.n.], 2014. Tese de doutoramento. Disponível na WWW em:<<http://hdl.handle.net/10316/23755>> p. 303.

*relação (meramente conceptual) entre normas, rejeita-se também a redução do problema concursal aos tipos objectivos de ilícito”<sup>118</sup>.*

Aí um emblema daquilo que, em uma leitura superficial, já havíamos chamado de uma ideia de flexibilização à descartolinização proposto pela autora. O abandono daquele “feudalizado” raciocínio meio que matemático em benefício desta técnica a partir do ilícito, buscando concretamente o sentido da antinormatividade da ação seria o mecanismo mais condizente no sentido de solver o problema do concurso.

Consoante se amostra uma tônica na tese em apreço, a verificação do comportamento tendo como base o padrão do homem-médio, por seu turno, também deve observar como critério padrões pessoais objetivos, visto o ilícito penal com uma unidade subjetivo-objetiva de sentido (e as normas penais efetivamente encerrariam um conteúdo igualmente pessoal-objetivo), e aí o intérprete dirigir seu juízo de culpa até a definição da moldura penal, tendo como subsídio a dogmática geral do delito, e não uma interpretação especial afeta à categoria do concurso em direito criminal. A ideia aduz que a relação entre as normas que se propõe, em um primeiro momento, a resolver a questão do concurso aparente é a mesma relação que acarreta referido problema.

Ora bem, e sobre a relação consuntiva? É aqui que efetivamente tencionamos mergulhar, todavia não sem antes estas pinceladas gerais, transmitindo a ideia da análise dogmática-material em detrimento da clássica abordagem e que se apresenta como a pedra de toque da tese da eminente autora.

O concurso aparente, portanto, resta fulminado pela ideia central, sendo a verificação da unidade de sentido que encampe um desvalor inato ao direito repressivo, *ultima ratio*, quando ao juízo sobrevenha uma necessidade de interpretação daquilo que se tem efetivamente como um ilícito penal ou as circunstâncias que emergem como um lícito ou irrelevante. A verificação puramente material dogmática seria o único movimento viável de uma determinação justa da definição do enquadramento da conduta. E já toca um problema, no sentir da A., acerca da consunção, já que se diferencia muito de uma preliminar busca abstrata de relação entre os tipos, tendo em vista que “[aquilo] o que se relaciona em abstracto pode não relacionar-se em concreto — é este, aliás, o problema da consunção, o

---

<sup>118</sup> MONTEIRO, Cristina Maria Costa Pinheiro Líbano - **Do concurso de crimes ao «concurso de ilícitos» em direito penal**. Coimbra : [s.n.], 2014. Tese de doutoramento. Disponível na WWW em:<<http://hdl.handle.net/10316/23755>> p. 304.

*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”.* O segredo seria analisar, entre os tipos penais, se há relação de conexão no sentido de concretamente manterem ou não uma antijuridicidade penal-objetiva. Como viemos salientando, não vemos esta incompatibilidade denunciada não só pela Doutora, mas como por outros já destacados.

Enfrentando em face de seu critério dogmático-material a consunção em paralelo com a subsidiariedade, a autora se limita a apontar os conceitos e rememorar as razões pelas quais se amostram como mecanismos defasados. E parte da “consunção de Eduardo Correia” para enumerar estas impropriedades. A principal: uma volatilidade que os próprios defensores do concurso aparente empreendem em suas posições, já que, após a verificação abstrata, invertem a lógica para um acerto material.

Acontece que, pelo que defendemos, se tratam de duas fases de determinação distintas e que não tem qualquer obrigação de utilização de critério uno no sentido de se identificar a unidade ou pluralidade de delitos. Ora, pensamos fielmente serem fases complementares, sendo o tradicional critério formal-subsuntivo uma fase embrionária a ser efetivamente *revista* ou *confirmada* quando da manifestação do juízo concreto (material).

Mas, reiteramos, a teoria é deveras vanguardista e, em que pese, de igual sorte do que vem ocorrendo naquilo que pensamos, auferir margem ao decisionismo, ao atribuir ainda mais flexibilidade decisória aos magistrados, acaba sendo instigante e suscita ainda mais questionamento no que se relaciona com o problema do concurso. Pois bem, nesse sentido as conclusões do critério ora defendido são apostas na ideia da A. de que “[a] *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”.*

É bem verdade, parece bastante lógica e é muito sólida em termos de exaustão das abordagens relevantes e anteriores. Mas, em consonância com o que pensamos, reduz o problema ao segundo momento interpretativo. Ora bem, a simplificação do direito, sobretudo na senda do direito criminal, é efetivamente um trajeto a ser sempre buscado. No entanto, a determinação mais harmoniosa dos critérios, das “regras do jogo”, no sentido de termos uma mais linear verificação atinente à afixação do enquadramento da conduta é que nos parecem os principais elementos de complicação que incidem em toda a problemática.

#### **4.4. A consunção impura e uma novel proposta de exemplificação concreta: a relação entre os tipos incriminadores do tráfico de estupefacientes e da associação criminosa.**

Já estudada a figura da relação consuntiva em carácter amplo, apostas de igual sorte as teorias que entendemos como mais relevantes para o desenvolvimento do problema visto em si mesmo, cumpre-nos a indicação da modalidade conceitualmente definida como impura. Em uma apertada síntese, congloba aqueles casos em que, admitida a incidência da consunção, o tipo penal dominante atribui ao agente uma sanção menos gravosa. É, neste eixo cartesiano, uma inversão de valor, já que, conforme amplamente dito anteriormente, o fato consumido deve ostentar uma pena mais branda.

Sobre a consunção impura, tratando da relação entre a figura do branqueamento de capitais pelo fato precedente, Pedro Caeiro nos ensina que “[...] nestes casos,[...] o aplicador pode deparar frequentemente com situações de ‘distonia’ entre as molduras penais aplicáveis ao ilícito dominante e ao ilícito dominado (consumção impura), [...] situações em que o ‘sentido de ilícito’ tido como concretamente mais grave é menos punido do que o ‘sentido de ilícito’ menos grave [...]”<sup>119</sup>. Nesta esteira, o autor define que, em

---

<sup>119</sup> CAEIRO, Pedro. **A consunção do branqueamento pelo facto precedente**. In: Manuel da Costa Andrade / Maria João Antunes / Susana Aires de Sousa (org.), Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, vol. III, 2010, p. 187-222. Disponível na WWW. em: <[https://dl.dropboxusercontent.com/u/15047982/digital\\_A%20consun%C3%A7%C3%A3o%20do%20branqueamento%20pelo%20facto%20precedente\\_com%20pag204.pdf](https://dl.dropboxusercontent.com/u/15047982/digital_A%20consun%C3%A7%C3%A3o%20do%20branqueamento%20pelo%20facto%20precedente_com%20pag204.pdf)>

casos tais, conforme em todas as contendas até aqui já enumeradas, exsurtem duas correntes. A uma, o delito dominado, ainda que seja, após a interpretação do comportamento violante, determinado como o mais brando, será aplicado concretamente. A duas, seria o caso de efetivamente se operar uma inversão, se reconhecendo a contingência de o crime mais gravemente reprimido ter sido consumido, mas atribuir à moldura penal a pena deste mesmo tipo, já que mais grave.

O Doutor salienta as ponderações doutrinárias que residem na controvérsia. A primeira perspectiva de abordagem se utiliza do seguinte raciocínio: pela verificação relacional das normas, a lei que consome a lei consumpta não teria a força suficiente para exaurir o desvalor da conduta quando da determinação da pena, uma vez que o preenchimento de ambos os tipos fora verticalizado, razão pela qual restaria salvaguardada uma aludida impunibilidade, já que o agente teria sopesada sobre si, incorrendo em dois tipos penais distintos, um apenamento bem mais suave. Esta a incongruência que macula a corrente doutrinária em comento, consoante o posicionamento do A., subsidiado por Duarte D’Almeida e Américo Campos Costa.

Já quando nos deparamos com a segunda corrente, à qual, inclusive, o eminente autor em referência se filiava, a situação igualmente se amostra insuficiente. Esta vertente indica uma possível substituição do critério de valoração concreta do fato pela especial situação da gravidade da pena, remetendo o ilícito, tido na interpretação da relação entre as normas concretamente dominado, à modalidade de dominante. Nesta situação, a “factualidade” relevante é que desbordaria da determinação da moldura penal mais pertinente (incriminação). Nesta afirmação, foram suscitadas as contribuições de Duarte D’Almeida, Figueiredo Dias e de Eduardo Correia. Ora, ambas as teorias nos parecem ter sido suficientemente afastadas, por seus próprios fundamentos.

E então, nos casos de consunção impura, qual seria o mecanismo resolutivo adequado no sentido de apontarmos o justo e constitucional enquadramento da conduta? Ora, o sábio autor nos remete à uma solução que se afigura quase que matrimonial com aquilo que viemos defendendo desde o primórdio do texto: uma “cisão teórica”. E indica, de uma maneira genérica como melhor aplicável a situação de fusão entre a faceta “fática” de uma norma e a “pena aplicável” da outra. Nas palavras do autor, “[...] *as situações de consunção impura devem dar lugar à punição do crime dominante na moldura penal prevista para o*



*ilícito típico dominado, continuando este a servir como factor de agravação da medida da pena*”<sup>120</sup>.

Aquiescemos sem qualquer titubeio. Este é efetivamente o encaminhamento que deve ser dado aos casos de consunção impura. E, neste particular, com a máxima vênia, ousamos propor uma situação em que, em nosso sentir, eclode a necessidade de tratamento na relação entre tipos de ilícitos e, inclusive, de desvalor jurídico-penal, sendo medida imperativa a aplicação da consunção. Vejamos, pois.

Ora, a dificuldade da tarefa atribuída ao julgador é vista, aqui em um caráter que se aplica perfeitamente ao problema do concurso, como inquestionável, já que sobrevêm várias abordagens doutrinárias a esse respeito. Acontece que a tarefa de definir a moldura penal não pode se limitar à formal-subsunção, consoante já amplamente dito (tampouco este raciocínio lhe nega). A missão de atribuir uma moldura penal a um comportamento é complexa. E, como já ensinou Sousa e Brito, “*Ao julgar um facto criminoso [...] o juiz [...] faz, porém, mais do que decidir da aplicação da lei criminal ao facto. Não basta determinar que os preceitos de direito criminal punem esse facto. Não basta mesmo determinar quais são estes preceitos, qual a particular incriminação de que se trata. Por outras palavras, e falando do ponto de vista do facto, pede-se ao juiz mais do que a simples subsunção. Julgar não é apenas subsumir. O juiz tem que decidir qual a concreta penalidade que deve ser aplicada*”<sup>121</sup>. E assenta esta posição no fato de que uma descuidada interpretação dos preceitos aplicáveis após uma determinação defeituosa da subsunção poderia ocasionar uma arbitrária, variável e malograda sanção.

Cientes desta complicada empreitada jurídica, *suscitamos*, quem sabe, a demonstração de uma *potencial consunção impura* no que concerne aos crimes de *tráfico de estupefacientes* e as *associações criminosas*, em alguns casos específicos (concretamente se verifica que a associação engendrou o conluio unicamente vocacionada à proliferação do tráfico de estupefacientes). E a razão para a escolha destas figuras típicas? Em princípio,

---

<sup>120</sup> CAEIRO, Pedro. **A consunção do branqueamento pelo facto precedente**. In: Manuel da Costa Andrade / Maria João Antunes / Susana Aires de Sousa (org.), Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, vol. III, 2010, p. 187-222. Disponível na WWW. em: <[https://dl.dropboxusercontent.com/u/15047982/digital\\_A%20consun%C3%A7%C3%A3o%20do%20branqueamento%20pelo%20facto%20precedente\\_com%20pag204.pdf](https://dl.dropboxusercontent.com/u/15047982/digital_A%20consun%C3%A7%C3%A3o%20do%20branqueamento%20pelo%20facto%20precedente_com%20pag204.pdf)>

<sup>121</sup> BRITO, José de Sousa e. **Sentido e valor da análise do crime**. In: Direito e justiça. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Manuel Gonçalves Cavaleiro de Ferreira. p.132.

porque efetivamente vislumbramos a possibilidade de estarmos perante um caso de consunção.

Segundo, simplesmente porque o delito de tráfico de estupefacientes é, hodiernamente, um nefário social de elevado impacto no cenário penal. Notório é que, e aqui podemos asseverar, ao menos no contexto brasileiro, e assim supomos seja também o caso de Portugal (pedimos licença por não dispormos do dado quantitativo), a fatia mais maciça da população carcerária provém da prática de delitos relacionados com as substâncias entorpecentes, desde sua produção até a efetiva mercancia.

Neste aspecto, entende-se que todos os vetores de análise jurídica que atinem a esta faceta da criminalidade devem ser, de maneira dedicada, enfrentados à exaustão para que se busque a harmonização dos entendimentos doutrinários e, sobretudo, jurisprudenciais, tencionando então a pacificação social, precípua razão de ser do Direito, e a aplicação do tipo penal e, via de consequência, da sanção, em consonância com os direitos e garantias constitucionais.

Vamos então ao arrolamento dos tipos penais a partir ponto de investigação da vertente proposta. Cumpre seja delineada a normatização dos tipos incriminadores. O Decreto Lei nº 15/93, de 22 de janeiro, veio regular a matéria do tráfico de estupefacientes.

Em um panorama geral quanto aos delitos desta jaez, temos que o problema do tráfico de drogas se manifesta de forma global e seus reflexos malignos são verificados em todos os contextos sociais. Reforçando esta prospecção, ainda a título de curiosidade, tem-se a pedra angular do nascimento, por exemplo, do Tribunal Penal Internacional, que teve sua criação fomentada, entre diversos outros motivos, por um pedido oriundo do poder Executivo de Trinidad Y Tobago à comunidade internacional. Tal pleito se consubstanciava na solicitação de cooperação da comunidade internacional no intento de que fosse consolidado um tribunal independente e transnacional destinado à perquirição do tráfico de estupefacientes que se mostrava, à época, incontrolável na dimensão interna daquele país<sup>122</sup>. Outro aspecto que demonstra a profundidade com que o tráfico de estupefacientes se enraíza e dissemina alastrando todos os conseqüentes pesares que lhe são inatos, a tal ponto que, em determinadas sociedades, parece inerradicável.

---

<sup>122</sup> Informação obtida em aula ministrada pelo Senhor Doutor Pedro Caeiro, na disciplina de Processo Penal, em âmbito do mestrado científico com menção em ciências jurídico-criminais

Ora bem, o Decreto Lei nº 15/93, de 22 de janeiro, traz em seu bojo a incriminação básica do tráfico de estupefacientes. Assim disciplinou o legislador lusitano: “*Artigo 21.º Tráfico e outras actividades ilícitas: 1 - Quem, sem para tal se encontrar autorizado, cultivar, produzir, fabricar, extrair, preparar, oferecer, puser à venda, vender, distribuir, comprar, ceder ou por qualquer título receber, proporcionar a outrem, transportar, importar, exportar, fizer transitar ou ilicitamente detiver, fora dos casos previstos no artigo 40.º, plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a III é punido com pena de prisão de 4 a 12 anos. 2 - Quem, agindo em contrário de autorização concedida nos termos do capítulo II, ilicitamente ceder, introduzir ou diligenciar por que outrem introduza no comércio plantas, substâncias ou preparações referidas no número anterior é punido com pena de prisão de 5 a 15 anos. 3 - Na pena prevista no número anterior incorre aquele que cultivar plantas, produzir ou fabricar substâncias ou preparações diversas das que constam do título de autorização. 4 - Se se tratar de substâncias ou preparações compreendidas na tabela IV, a pena é a de prisão de um a cinco anos*”<sup>123</sup> .

Veja-se que a norma contempla diversos verbos em seu tipo básico. Visa resguardar a *incolumidade/saúde pública* e a vida em sociedade de todos aqueles malefícios que conhecidamente respingam da atuação criminosa advinda do campo do tráfico de estupefacientes.

Agora, quanto ao delito de associação vocacionada ao tráfico de drogas, o legislador português indicou-lhe como tipo penal mais gravoso, insculpido-o no artigo 28 do Decreto Lei 15/93, de 22 de janeiro. Referido dispositivo assim reza: “*Artigo 28.º Associações criminosas: 1 - Quem promover, fundar ou financiar grupo, organização ou associação de duas ou mais pessoas que, actuando concertadamente, vise praticar algum dos crimes previstos nos artigos 21.º e 22.º é punido com pena de prisão de 10 a 25 anos (...)*”<sup>124</sup> . Portanto, depreende-se da análise dos comandos legais incidentes na espécie que a associação criminosa dirigida para a prática do delito definido no artigo 21, deste mesmo Diploma, impõe um apenamento bastante severo aos agentes que incorrerem na norma

---

<sup>123</sup> PORTUGAL. **Decreto Lei 15/93 de 22 de Janeiro**. Disponível na WWW: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=181&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=181&tabela=leis)> Acesso em: 14 jun 2016

<sup>124</sup> PORTUGAL. **Decreto Lei 15/93 de 22 de Janeiro**. Disponível na W.W.W. em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=181&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=181&tabela=leis)>

incriminadora. Sobretudo tendo-se em conta o comparativo com a prática do tráfico de estupefacientes puro e simples.

É de se notar que, no mesmo compasso com que a norma em comento erige referido enquadramento legal, traz à tona, em seu bojo, uma figura privilegiadora do tráfico, à qual batizou “tráfico de menor gravidade”. Nos parece que a preocupação com as empresas do crime faz-se notória na legislação que regula a matéria. E, ao que nos soa, tendo em conta a idealizada/projetada vontade da lei, indica ter se munido de uma técnica adequada o legislador português, ainda que, pelo que se tem de conteúdo já carreado no presente trabalho, possa ser levantada, de igual sorte e em sentido “reverso” (consunção impura), a aplicação da consunção no que toca os dois tipos penais – esmiuçaremos esta questão a seguir.

Outra consideração que faz jus ser trazida é a de que o Código Penal Português já colmata, em carácter genérico, o crime independente/autônomo de associação criminosa, gravado no artigo 299 deste Diploma Material Repressivo. Ora, esta nota vai colorida tão somente em carácter informacional, uma vez que – pelo que humildemente apontamos – o Decreto Lei “antidrogas” português, em razão de nomeada *especialidade*, faz-se hipótese isolada apta a se inserir na discussão que suscitamos. É que, se acaso viesse a ser ofertada uma denúncia em desfavor de agente que se associou criminosamente e engendrou a mercancia ilícita de estupefacientes, de todo inviável que a peça incoativa abarque um concurso efetivo ou real de delitos, incluindo em seu enquadramento a figura descrita no citado artigo 299 do Código Penal Português. O que seria pesar em desfavor do denunciado a chancela de escancarada violação ao consagrado princípio *ne bis in idem*.

E se vislumbra, portanto, uma esforçada noção do enquadramento jurídico-penal, naquilo que importa ao deslinde da ideia que propomos. Pelo que, conforme se faz lógico, adentramos ao cerne da problemática que construímos.

Então, estamos supostamente diante de uma situação concreta que logrou verificar a prática, por um mesmo agente, do delito de tráfico de estupefacientes e, em concomitância, violou a figura da associação criminosa da lei em estudo. Temos que a hipótese de afastamento do concurso efetivo, com a assimilação de um crime único em decorrência da aplicação do princípio da consunção, na modalidade impura, parece dar muito mais adequada solvência à questão. E explicamos, pois.

Em um primeiro olhar, até mesmo o bem juridicamente protegido nos dois delitos é o mesmo (ainda que, em nosso sentir, não seja situação definitiva para se estar diante da consunção), qual seja, a incolumidade/saúde pública. Todavia – e aqui a cereja do bolo – enquanto o crime de tráfico de estupefacientes pune, nomeadamente, um crime de *dano* consistente na concreta remessa à outrem das substâncias entorpecentes, a figura da associação recrimina um crime de *perigo abstrato*, qual seja a possibilidade de que os agentes, em conjuração de esforços e vontades, venham a fazer circular as drogas ilícitas no seio da coletividade.

Ora, se os agentes se associam, mas *não efetuam o tráfico*, de todo evidente que a associação criminosa faz-se punível, como *crime autônomo*. De outra banda, no caso em que o tráfico efetivamente é levado a efeito, parece igualmente evidente que o *delito de dano absorve o delito de perigo*, pelo simples fato de que emana de ambos o que se pode, grosso modo, chamar de “progressividade delituosa/delitiva” – ainda que às avessas – já que em caso de a associação ser formalizada para o fim da prática do tráfico, o crime de associação criminosa serviu *faticamente* de trampolim para o cometimento do delito de tráfico de estupefacientes.

E, conforme exaustivamente elucidado no desate deste trabalho, ainda que a consunção seja um tema relativamente nebuloso, envolto à polêmicas, em havendo um que abarca uma relação de interferência concreta e é perpetrado para a realização de um outro crime, e não sendo esta uma relação indispensável, a ilação é única: conforme recomenda alguma doutrina já colacionada e aqui referendada, há que se aplicar o princípio da absorção, aqui em sua modalidade impura. Isso porque o agente associou-se imbuído do claro e dirigido desígnio de traficar e, este mesmo agente, levou a efeito o crime de tráfico. Em sendo o crime de tráfico de estupefacientes punido com uma penas mais suave mas sendo aquele que contempla toda a relação de “factualidade” pelo agente, e o crime com pena mais severa o de associação criminosa, há aqui a necessidade de se aplicar aquela anunciada pelo eminente Pedro Caeiro como sendo uma solução de “cisão teórica”.

O que, inclusive, se coaduna integralmente com a melhor doutrina de Eduardo Correia, da qual jamais evadimos, quando diz que: “[...]a eficácia da consunção não só está dependente da circunstância de efetivamente concorrerem dois preceitos cujos bens jurídicos se encontrem numa relação de mais para menos, mas ainda de que, no caso concreto, a protecção visada por um seja esgotada, consumida pelo outro, o que nem sempre

*acontece*”<sup>125</sup>. Ora, aqui, não só há o respeito da clássica doutrina de Eduardo Correia, como vemos a ocorrência concreta de uma consunção impura que soluciona mais adequadamente o enquadramento do comportamento do agente. E, da mesma feita, respeita todos aqueles argumentos já trazidos de que, em um momento preliminar, dirigimos uma análise lógico-formal de subsunção para, após, na concreta aferição, definirmos a moldura penal correspondente.

Ressaltamos: não se está aqui querendo fazer crer que em todos os casos em que um mesmo agente estiver associado criminosamente e pratique o delito de tráfico de estupefacientes estaremos diante de uma relação consuntiva. Jamais! Além de todas as questões de espaço-tempo, de desvalor inquinado na conduta, do comportamento global de Figueiredo Dias em relação ao sentido de ilícito e, na interpretação final, da ideia de análise a partir da dogmática material do ilícito de Líbano Monteiro – *todos nos parecem efetivamente exercícios complementares, ainda que advindos de prismas distintos* – a situação particular é que nos dará a mais adequada solução. Mas, entendemos, nos casos invocados, há que ser absorvido o delito de associação criminosa faturalmente pelo tráfico de estupefacientes, e ser atribuída a pena mais grave do fato dominado, qual seja a associação criminosa, eis que a relação, *in casu*, nos parece inarredável.

#### **4.5. Apreciação final. A relação consuntiva e os entendimentos prolatados pelos tribunais: constatações a partir de alguns julgados; segurança jurídica; harmonia de posicionamento; garantias constitucionais;**

Após esta ampla abordagem acerca da dogmática do concurso em direito criminal, cumpre-nos a tarefa de investigar acerca das manifestações dos tribunais quando provocados diante de uma situação concursal. Com base em tudo o que fora exposto, e vislumbrando como um critério condigno a interpretação simbiótica, com respeito aos valores constitucionais que devem pautar a prestação jurisdicional, é de se averiguar em que tom sobrevém estas decisões. Escolhemos, então, alguns julgados que tratam da matéria.

---

<sup>125</sup> CORREIA, Eduardo Henrique da Silva. **A teoria do concurso em direito criminal**. 2º Reimpressão. Coimbra: Almedina, 1996, p. 132

O STJ, ao decidir acerca de um possível concurso de infrações e hipótese de concurso aparente de normas, no feito tombado em juízo sob o nº 06P4344<sup>126</sup>, com a relatoria a cargo do magistrado Pereira Madeira, datado de 14/12/2006, nos demonstra uma inclinação. O pretório Excelso, nesta feita, registre-se bem: tinha em voga, os tipos penais correspondentes ao delito de roubo e a figura do uso ilegal de arma.

De início, é suscitado o comando do art. 30º - 1 no sentido de densificar o mecanismo pelo qual as infrações são contabilizadas. Acontece que referida Corte já aduz a ressalva de que, em virtude dos princípios que se prestam a resolver um concurso em direito penal, há, no sistema legal, uma relação de hierarquia entre as normas (tese de Eduardo Correia), e, na hipótese dos autos, o que se apresentava à cognição do tribunal era efetivamente um concurso aparente em razão da conexão entre as normas e esta mesma relação de hierarquia.

Com amparo no princípio da consunção, invocando a teoria do bem jurídico para sua verificação concreta, o STJ decidiu pela necessidade de o acautelamento englobar o mesmo bem jurídico, e propugnou uma relação entre o crime de perigo de lesão e lesão efetiva, mas, ainda que até então o raciocínio nos levasse a crer em uma admissão da relação consuntiva (o que fora prolatado pelo acórdão recorrido), destacando um desígnio autônomo de armar-se na conduta do agente quando este se utilizou da arma ilegalmente e criou o *perigo de uso* afora do *iter criminis* relativo ao delito de roubo, afastou a aplicação da consunção e condenou o agente em concurso de crimes real, cumulando as penas e, via de consequência, agravando a sanção imposta em seu desfavor na origem.

A indicação aqui nos parece equívoca. Foram suscitados os princípios resolutivos do problema do concurso aparente, destacados alguns dos critérios de aplicação dos tipos em questão e, ainda que tudo apontasse para a manutenção da relação de absorção, o STJ operou sua exclusão e sancionou bastante severamente o que, em concreto, nos soa evidentemente uma hipótese de relação consuntiva. Ora, se o agente se mune de um artefato bélico para efetuar um roubo, é evidente que a violência ou grave ameaça é um dos elementos nucleares do tipo e, *in casu*, se traduz pela utilização do armamento. Aí, teria tão somente

---

<sup>126</sup> Ementa, na WWW., disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/c982f4a1765bd0b480257245003011f6?OpenDocument>>

como consequência a necessidade de um agravamento da pena, e não a determinação da incorrência nos dois tipos incriminadores, em concurso real.

A consideração de uma circunstância desfavorável em detrimento do agente pelo uso da arma é inafastável. Todavia, a sua reprimenda estatal, *in casu*, desborda de qualquer critério de razoabilidade no sentido de ser eficazmente sancionada a conduta perpetrada e protegido o valor que por esta mesma conduta fora maculado. Isso resta bastante flagrante se pensarmos em termos de comparação: um agente que se utiliza de uma arma, para o assalto, e um agente que somente brada, mas, da mesma forma, da ação criminosa surte o efeito de amedrontar o ofendido que, por este sentimento, aquiesce com o roubo e entrega suas pertencas. Ora, a violência ou grave ameaça é de igual sorte verificada. O resultado do delito é efetivamente o mesmo. Aí, de todo equívoco se punir um agente pela prática de dois crimes e outro pela prática de somente um.

Apenas, reiteramos, há que se sopesar como circunstância negativa o uso da arma ilegal, servindo como elemento de agravação da pena. Assim, apontamos este total descompasso, no acórdão, com os valores constitucionais que devem reger a aplicação do direito penal, as garantias dos condenados e a necessidade de emprego de um julgamento justo e firme, pautado em critérios técnico-jurídicos e embebidos em uma interpretação hermenêutica digna, movida pelos mecanismos lógico-formal subsuntivo e juízo material do comportamento global, de maneira simbiótica, para o melhor enquadramento da figura e sancionamento do ato delituoso.

Neste primeiro julgado, então, já verificamos uma sanção que, em nosso sentir, não respeita os vetores da dignidade da pena, sua individualização, imperiosa uma adequada sanção pelo desvalor social do comportamento do agente. A verificação primeira de um concurso pelo critério formal-subsuntivo se mostrou acertada. Agora, concretamente, temos que a conduta global e o senso autônomo do fato delituoso estariam em harmonia, inclusive como fora decidido em instância inferior, com a absorção, com utilização de um critério simbiótico, a verificação também, pelo julgador, a partir da ideia do ilícito nesta fase última, sendo preservadas as garantias constitucionais e a segurança jurídica.

Por seu turno, o Tribunal da Relação do Porto, quando provocado acerca de uma relação concursal entre os delitos de falsificação de documentos e favorecimento pessoal, de igual sorte, manifestou-se pela incidência, na espécie, de concurso efetivo de crimes. No



feito de nº 0545127<sup>127</sup>, o TRP, não reconhecendo uma identidade de bem jurídico protegido pelos tipos penais em apreço, e de igual sorte se valendo da doutrina de Eduardo Correia, e fazendo remissão à julgados do Tribunal Constitucional acerca dos crimes de falsificação e burla e a questão da relação entre os tipos, justificando tal medida pelo fato de que o preenchimento dos dois tipos penais, pelo arguido, de uma interpretação teleológica entre uma identificação de crime-meio e crime-fim, não há o esgotamento do desvalor da conduta já que ferem distintas valorações protegidas pelo legislador.

Ora bem, em nossa posição, e necessidade de se estar diante de normas incriminadoras que tutelem o mesmo bem jurídico não se afigura como um critério de determinação, já que, em boa verdade, a verificação da consunção deve ser concretamente perquirida na conexão entre os tipos e o esgotamento do desvalor, ainda que tutelem bens jurídicos próximos, não idênticos. Como já ponderamos, a consunção em razão do bem jurídico tutelado não se perfectibiliza. Em boa verdade, a essência da figura está na total cobertura do tipo dominante pelo dominado ou, *in casu*, a transferência da punição pelo dominado na modalidade impura.

O que se deve por em causa é efetivamente a formal-subsunção e, após, a conduta global e a designação de sentidos autônomos de ilícito em conjunto com a análise dogmática-material a partir do ilícito, sendo, portanto, um movimento interpretativo complexo, mas com critérios definidos e que eventualmente, em assim sendo, poderiam colmatar uma maior sobriedade no sentido de se preservarem ou, melhor dizendo, de se radicarem as regras do jogo.

De outra banda, em que pese estarmos bradando críticas acerca dos entendimentos invocados pelas Cortes nos julgados em referência, poder-se-ia aduzir que efetivamente os mesmos não teriam como prever algumas destas teses mais vanguardistas já que, em verdade, a tese do Doutor Figueiredo Dias e a da Doutora Líbano Monteiro exurgem temporalmente em momento posterior. Tal questão vai fulminada pela análise de outros dois julgados mais recentes e que enfrentam a temática, não se valendo destas lições.

---

<sup>127</sup> Ementa na WWW., Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/d1d5ce625d24df5380257583004ee7d7/0ba4678b74e8e7ee802571b1003825e9?OpenDocument>>

O processo nº 474/09.4PSLSB.L1.S1<sup>128</sup>, em julgado exarado sob os auspícios do STJ, sob a relatoria do juiz Henrique Gaspar, de 27/05/2010, enfrentou a mesmíssima hipótese averiguada no primeiro acórdão nesta parte ventilado, razão pela qual o escolhemos como elemento de contribuição ao presente texto. E, pasme-se, o resultado foi efetivamente diametralmente oposto ao entendimento levado a efeito, pela mesma Corte, naquele caso.

Este acórdão vem fundamentado em consonância com aquilo que entendemos *mais próximo* dos critérios de justeza e respeito aos princípios constitucionais, a preservação do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pena e a necessidade de sanção em face da violação engendrada pelo agente. Isso porque, como do apontamento no caso anterior, em concreto, a utilização de arma para a perpetração do crime de roubo engloba efetivamente a violência ou grave ameaça, pelo que jamais pode (a utilização da arma para a prática do roubo) ser tido como um delito autônomo.

Em que pese ter o julgado salientado a necessidade de estarmos diante de bens jurídicos idênticos para a verificação da consunção, se utilizou de critérios mais bem definidos, munido da mais recente lição de Figueiredo Dias, salientando a relação de crime de perigo e crime de dano, a definição da consunção pela doutrina mais aceita, além dos critérios estatuídos no CP para a determinação da dosimetria da pena, a afixação da cominação a ser imposta em desfavor do condenado. O julgado, aqui, em nosso sentir, ainda que não encampe todo nosso posicionamento, tratou a situação concreta de maneira bastante mais pertinente e condigna com os ditames que devem reger a atividade jurisdicional. Acontece que, de certa forma, inclusive houve uma inovação.

Naquilo que importa com o objeto do presente trabalho, as definições da relação consuntiva se deu de maneira fundamentada, mas, quando do emolduramento penal, o tribunal afastou, inclusive, a consunção, dizendo tratar-se de um mero utilitário “material” para a execução do roubo, sequer devendo ser tido o uso da arma como uma agravante, já que, inclusive, os tipos penais violentam abstratamente bens jurídicos distintos.

Colacionamos, no trecho que pertine, esta interpretação: “[...] XXI - *Por isso, a utilização de uma arma, enquanto tal, não faz parte dos elementos do tipo de roubo, nem integra circunstância agravante que, por si, modifique a natureza do crime ou a moldura*

---

<sup>128</sup>Ementa: Na WWW., disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ba8ffed362818a7080257758002dc052?OpenDocument>>

*da pena. A arma constitui, tão apenas, um instrumento material que, a par de outros, pode contribuir para realizar a violência ou a ameaça, e sendo arma de fogo, terá o mesmo efeito instrumental quer seja proibida que de uso quer tenha sido objecto de licença. XXII - Os bens jurídicos protegidos são, pois, distintos num e outro dos crimes. XXIII - A posterior utilização apenas pode constituir um plus, que acresce e adensa, na valoração autónoma no contexto, as condições e as circunstâncias do crime de roubo [...]”.* Aqui, pensamos efetivamente que a utilização da arma deve sim ser enquadrada como um elemento de agravação da conduta. Todavia, a posição da Corte parece ter algum sustentáculo, ainda que, ao que sentimos, não recrimine de maneira a conglobar o elevado desvalor jurídico-penal e social que impregnado na prática de um crime de roubo, nomeadamente com a utilização de arma, sendo, para tanto, necessária sua apreensão, eis que, consoante se verifica em muitos casos, poderíamos estar diante da utilização de um simulacro.

Por último, suscitamos o teor decisório de um julgado do ano de 2011, pelo mesmo STJ, que enfrentou a questão concursal. A terceira seção, no processo nº 1659/07.3GTABF.S1, inicia ponderando acerca da dogmática mais moderna do concurso. Em trecho relevante, é asserverado que *“V - Não obstante alguma reconfiguração nas doutrinas tradicionais sobre o concurso real, que tem sido fundamentada numa leitura do art. 30.º, n.º 1, do CP, a moderna construção da doutrina do crime com a concepção do tipo total, objectivo e subjectivo, pressupõe na pluralidade de crimes sempre a existência de vários juízos de censura para a pluralidade de resultados, seja nos crimes dolosos seja nos crimes negligentes de resultado. VI - O preenchimento efectivo de um tipo de crime, na totalidade dos respectivos elementos constitutivos e integradores, pressupõe a acção típica, com o resultado nos crimes de resultado, a imputação ao agente e o juízo de censura; o juízo de censura não pode ser independente do resultado e tem de ser referido ao resultado e no resultado concreto nos crimes de resultado. VII - Esta formulação e esta construção, típicas e próprias dos crimes dolosos, não se estendem ou podem ser aplicadas, tal qual, aos crimes negligentes, em que o juízo de censura é unitário e apenas pode ser formulado em relação à concreta violação do dever objectivo de cuidado ou à omissão do cuidado devido em concreto pelo agente. Nos crimes negligentes de resultado plural não podem ser dirigidos vários juízos de censura relativamente à mesma e única acção negligente, que consista numa única violação do dever de cuidado. Não existindo possibilidade de formular uma pluralidade de juízos de censura, não está configurada uma pluralidade de crimes. De*

*outro modo, nos crimes negligentes produzir-se-ia um corte na construção da doutrina do crime, com tratamento dogmaticamente diferenciado em relação aos crimes dolosos, até com maiores exigências ao nível do juízo de censura nos crimes negligentes do que nos crimes dolosos. VIII - Entendimento diverso, que, no rigor, faria reverter a negligência e dolo a uma (total) «comunidade dogmática», não estará, apesar da actualização funcional da negligência como categoria penal nas sociedades de risco e da exigência da ética do cuidado e do princípio da precaução, suficientemente densificado e com suporte consensual bastante para servir de fundamento a uma reconfiguração jurisprudencial. IX - É pela unidade de acção constituída apenas pela unidade de violação do dever de cuidado que é objecto do juízo de censura, que se determina a unidade do juízo de censura; havendo unidade (um único juízo de censura) não poderá haver nas acções negligentes mais do que o preenchimento de um único tipo subjectivo e objectivo. Nestes termos, à violação do dever de cuidado no exercício da condução automóvel está unicamente associada, pela cognoscibilidade geral decorrente das regras da experiência e da vida, e das exigências decorrentes da ponderação do cuidado devido, a possibilidade de ocorrer a morte ou lesões de outra pessoa. Todavia, não podendo ser, e não sendo, em concreto, representados os resultados, o juízo de censura, dirigido unicamente à violação do dever de cuidado, não se projecta em relação a todos os resultados. [...]”.* Pedimos licença pela extensa transcrição, mas que, pela sua própria importância e demonstração de que, inclusive nos tribunais, há o reconhecimento de uma doutrina emergente acerca do concurso se justifica.

Ora bem, o acórdão é unânime em destacar a manifestação desta doutrina mais moderna, porém é igualmente firme ao ressaltar que, em verdade, estas construções teóricas se restringem a tentativas não sedimentadas. E é isso que de melhor extraímos do acórdão em testilha, o reconhecimento da emergente doutrina que exsurge hodiernamente na dogmática penal portuguesa (para isso, ao menos, o destaque é dado pela Corte Excelsa). Porque, em apurada análise, a determinação da ocorrência de crime único com resultado múltiplo (mais de uma morte) em caso de homicídio por negligência, ao volante, nos parece irreparável.

De todo evidente! O contrário seria o mesmo que, sem qualquer fundamento, ventilar um concurso efetivo em caso de prática de roubo contra mais de uma vítima. Em que pese atingir mais de uma esfera patrimonial, o agente praticou um só fato, com duas

vítimas. O que somente se prestaria a ser visto como uma situação peculiar e dasfavorável ao agente quando da cominação da pena.

Portanto, nossas impressões preambulares parecem restarem corroboradas pelo estudo jurisprudencial. Não há uma clara ou cristalina definição de *critérios*. Os tribunais julgam de acordo com uma doutrina qualquer para fundamentarem suas decisões consoante bem entendem. A valoração impregnada nas condutas de acordo com a melhor doutrina, já vista como um movimento formal-subsuntivo, tendo como escoamento a verificação da sentido de devalor autônomo do comportamento global e a dogmática-material a partir do ilícito devem, todos, ser engendrados pelo julgador, em todo caso concreto.

Consoante destacamos nos julgados em comento, e ao longo de todo o texto, o respeito aos direitos constitucionais e os elementos de interpretação jurídico-penal do fato devem ser sempre considerados em sua abissal importância para a manifestação do *jus puniendi* estatal e a preservação dos valores criminalmente protegidos e caros à sociedade.

O que, quando estamos diante de dois julgados que, em menos de uma década, enfrentaram casos rotundamente similares e nos quais, infaustamente, o mesmo tribunal manifestou-se de maneira totalmente digladiante no comparativo entre as decisões (sobretudo as penas), estamos diante de uma insegurança jurídica. Da possibilidade de fomento ao decisionismo em função da variedade meteórica de posições doutrinárias. E, nomeadamente, de um desrespeito aos direitos do sentenciado, que sequer conhece de uma clarificação das regras às quais deverá receber seu julgamento da maneira mais justa possível.

A relação entre as normas, o comportamento e a tutela penal devem suscitar uma interpretação eficaz e que dê solução adequada ao caso. Com esteio na lição de Castanheira Neves, nos parece que “[...] *A norma, com sua normatividade que a interpretação determine como critério normativo-jurídico judicativo, não é uma entidade de sentido normativo absoluto e invariável, sempre e em todos os casos o mesmo, mas antes uma variável normativa em função do problema judicativo-decisório que a convoca, a interroga problematicamente e a vai determinando na sua normatividade judicativamente assimilada*”<sup>129</sup>. Nesse sentido, a determinação mais firme e vocacionada a arbitrar, de uma maneira unânime os critérios a

---

<sup>129</sup> NEVES, A. Castanheira. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica I**. Coimbra Editora. Coimbra: 2003. p. 345.

serem concretamente manejados quando da interpretação do problema da consunção deve ser o objetivo a ser alcançado. A lógica, em cada caso, entre a conexão normativa, entre o ilícito e o sentido do comportamento global. Daí porque buscamos envergar a presente investigação, e pelo que esgotamos, no plano da ideia fulcral do texto, com as intenções centrais.

## CONCLUSÃO.

De toda esta empreitada acadêmica, após acurado esforço construtivo, extraímos cintilantes impressões e apontamentos. Em um primeiro momento, pudemos corroborar, de forma exaustiva, a *abissal* controvérsia que rege o estudo, o emprego e a cambaleante aplicação da jurisdição criminal no que envolve todo o problema do concurso em direito penal, nomeadamente quando em hipótese o tradicional concurso aparente de normas e, sobretudo, a figura da consunção.

Tratamos, preliminarmente, e em vias de um apanhado mais genérico, acerca da unidade e pluralidade de crimes. Desta abordagem, constatamos que efetivamente o problema é um só, e, poderíamos, consoante fora feito, marchar desde esta dimensão até o concurso aparente e, finalmente, ao princípio da consunção. Esta parte do concurso em direito penal conduz de maneira lógica até o objetivo do trabalho, sendo crucial para a fundamentação posterior.

Tivemos a condição de minimamente situar o leitor, que poderá, com a análise desta dissertação de mestrado, observar o universo do concurso de crimes direcionado aos métodos de resolução, desde a doutrina clássica, as hipóteses de aplicação, a definição de uma metodologia e de um critério de aplicabilidade/aplicação, a violação de garantias e liberdades individuais, o direito penal constitucional como um balizante da análise do enquadramento penal, todas as contingências que se verificam quando da análise perpetrada pelos pretorianos no âmbito português.

Neste trajeto, tivemos o condão de opor nossa posição. Trouxemos a doutrina clássica naquilo que fora possível, além de levantarmos as teses mais recentes e inovadoras, tais como e precipuamente a teoria do Doutor Figueiredo Dias, da Doutora Líbano Monteiro, do Doutor Duarte D'Almeida, por exemplo, e tantos outros que se manifestam na matéria.

Também definimos as classificações doutrinárias no sentido de serem ilustradas as categorias do concurso quando da definição da unidade e pluralidade de normas, o concurso ideal ou real, homo ou heterogêneo e os aspectos do sistema jurídico-penal português que fossem pertinentes ao desenvolvimento do trabalho. Superadas estas definições doutrinárias, vislumbramos as nuances que tocam o problema do concurso aparente de normas, as inconstâncias de conceituação, as hipóteses de “não concurso” assim dito por muitos. Daí, enfrentamos seus mecanismos de resolução. Num primeiro momento, as figuras da

especialidade e da subsidiariedade. Após, e fundamental ao trabalho, estudamos com afincos o fenômeno da consunção, suas aporias e circunstâncias que regem sua manifestação.

Ora bem. Em efeito de conclusão, o que temos é de toda maneira um problema robusto. Inúmeros posicionamentos que dão azo à manifestação, pelos tribunais, de qualquer decisão restar minimamente fundamentada. Há o problema de uma omissa definição de critério, o que chamamos de uma adequada definição das “regras do jogo”. O agente perquirido, sua defesa técnica e inclusive o órgão acusador devem imperiosamente ter a exata noção das técnicas a serem engendradas quando da prestação jurisdicional criminal. O espaço para decisionismo cumpre seja extirpado. Mas, pelo que podemos observar, não é o que vem ocorrendo.

O fato de estarmos diante de comportamentos bastante similares, tais quais aqueles que trazemos na análise jurisprudencial, e de estes terem um julgamento diametralmente oposto entre si nos incute uma ideia de injustiça e ausência de definição de critérios de judicialidade. Não pode o julgador, ao seu bel prazer, impor o enquadramento legal quando em concorrência potencial mais de uma norma a ser definido em desfavor do agente. As garantias devem ser respeitadas. E somente assim o será quando estivermos diante de uma afixação de critérios para esta definição da moldura penal nas hipóteses objeto do presente trabalho.

E que critérios seriam estes? Ora, consoante expusemos ao longo do desate textual, sobretudo na quarta parte, entendemos ser ainda de grande valia a aplicação, em um momento preliminar, do critério formal-subsuntivo. Após, devidamente verificadas as normas que, de uma maneira abstrata, pudessem ser aplicadas ao fato, deve ser levada a efeito, pelo julgador, uma análise concreta do comportamento global do agente e os sentidos autônomos que desencadeiam a violação valorativa-penal, segundo o critério do Doutor Figueiredo Dias.

Por último, ainda que a própria autora que suscita tal critério proponha um abandono destes mecanismos mais tradicionais e procura estabelecer um critério dogmático-material pessoal, em cada caso concreto – o que educadamente discordamos – deve ser verificado, em concreto e derradeiramente, pelo juízo, o valor negado pelo resultado do fato praticado pelo agente a partir do conceito do ilícito, para que assim tenhamos uma atribuição fixa e bem definida de critérios que se complementam, não sendo, portanto, excludentes



entre si (como aponta a maioria da doutrina). O fato de advirem de prismas ou de nascerem de critérios distintos não retira suas vocações mais corretas, somente impõe que, na interpretação a ser efetuada, cumpra sejam as incompatibilidades flexibilizadas, sendo definida a tipificação da conduta com uma maior justeza e respeito aos ditames do direito penal constitucional.

Assim, temos que a figura da consunção não pode se manter dando margem ao decisionismo – por isso é que negamos, em parte, a tese da festejada Doutora Líbano Monteiro –, porém, de igual sorte, não deve ser excluída ou relegada, assim como toda a dogmática do concurso em direito penal. A relação consuntiva é concretamente verificada em muitas das hipóteses que se manifestam na vida humana e que o direito, ao ter de apontar adequada solução, não pode se esquivar, simplesmente jogando o problema para uma dogmática geral, exterminando uma categoria conceitual por ser deveras controversa em muitos aspectos.

Em verdade, e assim concluímos, o que devemos observar é cada vez mais o aprofundamento deste estudo, a fundo e com gosto. Daí porque, eventualmente, em um futuro momento, vislumbramos a possibilidade de ceifarmos algumas dúvidas pessoais que, em que pese o dedicado estudo, remanescem, em um doutoramento. O que, por óbvio, não é para agora.

Enfim, entendemos, o direito penal é um ramo que lida com a liberdade e com condutas que violam valores muito caros à humanidade. Daí porque, em qualquer de suas manifestações, deve sempre respeitar o mais sério e dedicado estudo. Quanto mais em estarmos tratando de uma categoria que carrega ou enverga muito debate e que, quando vai ser aplicada, acarreta uma gritante diferença quando da definição da sanção a ser cominada, a depender do reconhecimento ou não da relação consuntiva. Razão pela qual temos, em nosso humilde sentir, que algum contributo resulta do presente trabalho e pelo que, com alegria, concluímos.

## **BIBLIOGRAFIA.**

ALBERO, Ramón García. “Non bis in idem” material y concurso de leyes penales. Cedecs editorial S.L. Barcelona: 1995

ANDRADE, João da Costa. Da unidade e pluralidade de crimes. Doutrina geral e crimes tributários. Coimbra Editora. 1ª Edição. Outubro de 2010.

ANTOLISEI, Francesco. Manuale di diritto penale, parte generali. Doot. A. Giuffrè Editore. Milano:1994.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Penal I. Sumários, Lisboa: ed. AAFDL, 1997.

BELEZA, Teresa Pizarro. Direito Penal. A.A.F.D.L. Lisboa: 1980.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal. Vol 1. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRITO, José de Sousa e. Sentido e valor da análise do crime. In: Direito e justiça. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Manuel Gonçalves Cavaleiro de Ferreira.

CAEIRO, Pedro e SANTOS, Cláudia. Negligência inconsciente e pluralidade de eventos: tipo de ilícito negligente: unidade criminosa e concurso de crimes: princípio da culpa: Acórdão da relação de Coimbra de 6 de abril de 1995. In: Revista Portuguesa de ciência criminal. Ano 6, fsc. 1: 1996.

CAEIRO, Pedro. A consunção do branqueamento pelo facto precedente. In: Manuel da Costa Andrade / Maria João Antunes / Susana Aires de Sousa (org.), Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, vol. III, 2010, p. 187-

222. Disponível na WWW. em:  
<[https://dl.dropboxusercontent.com/u/15047982/digital\\_A%20consun%C3%A7%C3%A3o%20do%20branqueamento%20pelo%20facto%20precedente\\_com%20pag204.pdf](https://dl.dropboxusercontent.com/u/15047982/digital_A%20consun%C3%A7%C3%A3o%20do%20branqueamento%20pelo%20facto%20precedente_com%20pag204.pdf)>

CONDE, Muñoz. e ÁRAN, Mercedes Garcia. Derecho penal, parte general. Tirant lo blanch. Valencia:2004.

CORREIA, Eduardo Henrique da Silva. A teoria do concurso em direito criminal. 2º Reimpressão. Coimbra: Almedina, 1996.

COSTA, José de Faria. «Formas do crime». In: CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS - Jornadas de Direito Criminal. O Novo Código Penal Português e legislação complementar. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1983.

COSTA, José de Faria. Noções fundamentais de direito penal: fragmenta iuris. Parte geral. Porto: 1999.

COSTA, Pedro Jorge. A consunção no direito penal brasileiro. Editora Sérgio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 2012.

D'ALMEIDA, Luis Duarte. O “concurso de normas” em direito penal. Coimbra. Almedina: 2004.

DE FRANCESCO, Giovannangelo. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali. Giuffrè. Milano: 1980.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal Parte Geral. Questões fundamentais a doutrina geral do crime. Tomo I. 2ª edição. Coimbra Editora, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. A teoria do garantismo penal*. Ed Revista dos Tribunais. São Paulo: 2010. Tradutores: Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Concurso de normas penais*. Coleção Scientia iuridica. Braga, 1980.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Lições de direito penal, parte geral, I*. Editorial Verbo, 1992.

FIANDACA, Giovanni. *Casi e questioni di diritto penale: parte generale: 450 domande e risposte*. Giuffrè. Milano: 1996.

FIGO, Tiago. *A teoria do Concurso nos crimes de burla e falsificação: do concurso real ao concurso aparente*. Coimbra: 2011.

JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas. *Tratado del derecho penal, parte general*. Tradución de Miguel Olmedo Cardenete. 5ª ed: Comares editorial.

LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*. Traduzido por: José Hygino Duarte Pereira, Rio de Janeiro: 1899 [s/n]. Disponível na WWW em: <<http://livros01.livrosgratis.com.br/bd000147.pdf>>

MACHADO, Miguel Pedrosa. *Formas do crime: textos diversos*. Principia. Cascais: 1998.

MAGUETA, Teresa Vitória Freire. *A mediação penal e as questões do concurso de crimes, da pluralidade de ofendidos e de arguidos*. p. 91.

MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale, parte generale*. Cedam. Firenze: 2011.

MENDES, Ana Raquel Soares. Crime continuado e concurso de crimes: a relevância jurídico-penal da culpa e da liberdade na legitimação do discurso criminalizador da continuação criminosa. Coimbra: 2013.

MONIZ, Helena. Burla e falsificação de documentos: concurso real ou aparente? In: Revista portuguesa de ciência criminal. Coimbra Editora. Coimbra: 2000.

MONTEIRO, Cristina Líbano. A pena unitária do concurso de crimes. Acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de julho de 2005. In: Revista Portuguesa de ciência criminal. Ano 16. Nº 1. Coimbra: Janeiro-março de 2006.

MONTEIRO, Cristina Líbano. Do concurso de crimes ao <concurso de ilícitos> em direito penal (teses de doutoramento). Edições Almedina, Setembro de 2015.

MORAIS, Ana carolina Alçada Tomás de. A desistência da tentativa em situações de concurso de crimes.

MORAN, Angel Jose Sanz. El concurso de delitos, aspectos de política legislativa. Gráficas Andrés Martin, S.A. Valladolid: 1986.

MOUTINHO, José Lobo. Da unidade à pluralidade de crimes no direito penal português. Universidade Católica Editora. Lisboa:2005.

NASCIMENTO, Antônio Baião do. Do concurso de normas. Lisboa: 1971.

NEVES, A. Castanheira. O actual problema metodológico da interpretação jurídica I. Coimbra Editora. Coimbra: 2003

NICÁS, Nuria Castelló. El concurso de normas penales. Editorial Comares. Granada:2000.

OLIVEIRA, Tânia Patrícia Martins. O concurso de crimes e a pluralidade de agentes ofendidos no sistema de mediação penal português.

PORTUGAL. Ministério da Justiça. Comissão revisora do Código penal. Actas das sessões da Comissão Revisora do Código Penal : parte geral. Lisboa : Ministério da Justiça, 1965.

PORTUGAL. Decreto Lei 15/93 de 22 de Janeiro. Disponível na W.W.W. em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=181&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=181&tabela=leis)>

PUIG, Santiago Mir. Derecho penal, parte general. 9ª edición. Editorial Reppertor. Barcelona: 2011.

RADBRUCH, Gustav. Filosofia do direito, 4ª ed., Coimbra, 1961, Vol. II, p. 97. APUD: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Teoria da legislação geral e teoria da legislação penal. Coimbra: 1988.

RAGIONE, Luca Della. Il concorso aparente di norme tra teoria e prassi. 2011-2012. Disponível na WWW: <[http://www.fedoa.unina.it/8580/1/DELLA\\_RAGIONE.pdf](http://www.fedoa.unina.it/8580/1/DELLA_RAGIONE.pdf)>

RAMOS, Enrique Peñaranda. Concurso de leyes, error y participación en el delito. Cuadernos Civitas. Madrid: 1991

SCHMIDT, Andrei Zenkner. Concurso aparente de normas penais. Revista brasileira de ciências criminais. Revista dos tribunais. São Paulo: 2001.

SILVA, Germano Marques da. Direito penal português (teoria do crime). Lisboa: Universidade Católica Editora: 2012.

SILVA, Márcia Jacqueline Mendes. A pluralidade de arguidos e o concurso de crimes na mediação penal. Coimbra: 2009.

STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal, parte general, I. El hecho punible. Traducción: Manuel Cancio Meliá e de Marcelo A. Sancinetti. Navarra: Aranzadi, 2005.

VELOSO, José António. Concurso e conflito de normas. Direito e Justiça: Revista da faculdade de direito da universidade católica portuguesa. Lisboa: 2003.

VINAGRE, Nuno. Da reforma dogmática do concurso de crimes. Coimbra. Coimbra Editora: 2011.

WELZEL, Hans. Derecho penal, parte general. Traducción: Carlos Fontán Balestra. Roque de Palma Editor. Buenos Aires: 1956.

ZAFFARONI, Eugénio Raúl, SLOKAR, Alejandro e ALAGIA, Alejandro. Manual de derecho penal - Parte general. Sociedad anonima editora. Buenos Aires: 2002.

## **JURISPRUDÊNCIA.**

Processo número: 03P1880, disponível na W.W.W. em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/325b042ad7d6710780256d670035c662?OpenDocument>>

Processo número: 174/10.2JACBR.C1, disponível na W.W.W. em: <<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/6e91aa8dec4cdc7e80257ba60036a74d?OpenDocument>>

Processo número: 5316/2006-3, disponível na W.W.W. em: <<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/47a9810f986579b5802571b70038f95f?OpenDocument>>

Processo número: 06P4344, disponível na W.W.W. em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/c982f4a1765bd0b480257245003011f6?OpenDocument>>

Processo número: 0545127, disponível na W.W.W. em: <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/d1d5ce625d24df5380257583004ee7d7/0ba4678b74e8e7ee802571b1003825e9?OpenDocument>>

Processo número: 474/09.4PSLSB.L1.S1, disponível na W.W.W. em : <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ba8ffed362818a7080257758002dc052?OpenDocument>>

Processo número: 1659/07.3GTABF.S1, disponível na W.W.W. em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/dc3cdef9061c8d948025796b005218e1?OpenDocument>>