

DA APLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO CONFLITO APARENTE DE NORMAS PENAIS

Dábya Samilla Silva¹

Fábio Lasserre Sousa Borges²

RESUMO

Com fulcro no presente estudo tem-se por objetivo propor soluções a determinados casos em que nosso ordenamento jurídico se depara com duas ou mais normas destinadas aparentemente a regular um só fato criminoso, no qual o legislador ou até mesmo o mero acadêmico de Direito não vê fundamento solúvel ao fato. Nesta via, apresentar-se-á possibilidade da aplicação de princípios utilizados majoritariamente na intenção de nortear tal conflito aparente de normas penais. Fomenta-se então a incidência e manifestação de quatro principais princípios abordados por renomados doutrinadores como Nucci, Masson, Damásio e Luiz Flávio Gomes, visando impedir a ocorrência do conflito normativo, e caso aparentemente exista, busque solucioná-los mediante aplicação dos princípios mencionados. Neste rol, tem-se os seguintes: princípio da especialidade, no qual a norma especial derroga a norma geral; princípio da subsidiariedade, que advém da aplicação da norma subsidiária somente nos casos que a norma primária não solucionar o conflito inicial; princípio da consunção decorrente da lei penal mais ampla, chamada de crime fim abrangendo a menos ampla, conhecida por crime meio, sendo assim meio de absorção, aplicável nos casos práticos; e por fim, princípio da alternatividade onde nos tipos penais alternativos aplicar-se-á apenas um verbo que já dirá respeito aquele fato típico. A função, de modo geral, da aplicabilidade dos princípios supracitados é afastar a possibilidade do *bis in idem*, bem como solucionar o conflito de norma aparente que pode vir a existir no presente ordenamento.

Palavras-chave: Princípios. *Bis in idem*. Conflito de normas.

¹ Acadêmica de Direito, pela Universidade de Rio Verde, Campus Caiapônia, GO.

² Orientador, Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento. Professor da Universidade de Rio Verde Campus Caiapônia.

1 INTRODUÇÃO

Por intermédio do presente estudo estabelece-se como escopo abordar a aplicabilidade de princípios norteadores do concurso aparente de normas penais.

No que tange à aplicação do Direito Penal, é notório o fato de que este subsiste desde os primórdios. Embora não houvesse métodos tão evoluídos quanto os atuais, sabe-se que já no início das civilizações via-se a necessidade de regras que viabilizassem o cumprimento de sanções àqueles que cometiam determinadas infrações. Séculos depois, trazendo a ideia para o contexto brasileiro o qual é fonte do presente estudo, observou-se a necessidade de penalizações próprias para indivíduos específicos que cometessem delitos previstos no código vigente.

No âmbito jurídico, é notável que estas normas precisam ser aplicadas e ordenadas simetricamente, assim como, sabe-se também que algumas delas são complementares e outras independem-se, de modo a serem integradas ou excluídas mutuamente. Partindo deste pressuposto apresenta-se a indagação de como proceder quando surgirem casos em que aparentemente duas ou mais normas se destinem a regular um mesmo fato.

Nesta via, algumas hipóteses foram elencadas: a) Considerando o complexo conjunto de leis que compõe o ordenamento jurídico configura-se como possibilidade latente a colisão de normas com o fulcro de elucidar violação ao bem do povo; b) Havendo conflito de normas revela-se necessário medidas como exclusão da aplicação de duas ou mais normas em razão do ferimento do princípio do *non bis in idem*; c) Observância de requisitos dos quais sem estes não há conflito aparente de normas, mas sim concurso real. O concurso de crimes e o conflito de leis penais no tempo extinguem a possibilidade do conflito aparente; d) Vislumbra-se a relevância dos princípios como ponto de partida e forma passível de solucionar o conflito aparente das normas penais.

A predileção do presente tema se desencadeou a partir da premissa de que há situações no rol de aplicação das leis em que o magistrado, doutrinador ou mero acadêmico de direito se vê diante de um conflito, haja vista que em razão de competência normativa, ao analisar determinados casos parece haver duas ou mais normas que regem determinado assunto, fato que pode ensejar má interpretação jurídica acarretando complicações, contradições, anomias e mesmo dosimetria inadequada no que concerne à sanção do réu.

A lacuna ou ausência de normas, consiste em problema recorrente e arcaico no nosso ordenamento jurídico o que enseja a aplicabilidade de princípios, doutrinas, analogias e jurisprudências sobre determinados temas. Entretanto, o núcleo do problema não se restringe nos casos de omissão normativa, se estendendo a complicações naquelas situações em que aparentemente há quantidade excessiva de normas para regular tais casos.

Partindo desta premissa, verifica-se a importância de se avaliar o conflito aparente de normas penais, o qual é conhecido pela doutrina majoritária por concurso aparente. Preliminarmente, infere-se que o referido tema não é aludido com tanta ênfase nas academias de direito podendo então vir a ocasionar certa imprecisão no entendimento, fator que pode ser exigido em situações práticas e cotidianas para o aplicador do direito penal, bem como nas famigeradas provas e exames existentes no universo jurídico.

Destarte, sem pormenorizar, compreende-se sumariamente que o tema a ser explanado contém perfil educativo, informativo e social ao passo que propicia auxílio ao operador do direito como reagir nas situações em que encontra aparentemente mais de uma norma destinada a regular assunto semelhante, não se tratando de concurso aparente, poderíamos estar diante do concurso real onde o agente encontraria sujeito a égide de variadas normas. De outro modo, infere-se que referido tema é de suma importância visando evitar a ocorrência de *bis in idem*, bem como penalidades diversas das que deveriam ser aplicadas, tanto se tratando de redução quanto aumento.

2 PERSPECTIVA GERAL DO CONFLITO APARENTE DE NORMAS PENAIS: CONCEITO, NOMENCLATURA E CONTEXTO HISTÓRICO

No ordenamento jurídico brasileiro, dadas as inúmeras situações que podem existir em casos concretos, incorre a possibilidade de incidir duas ou mais condutas normativas, ou seja a aplicação prática de uma variedade de leis penais, para um só fato gerador. Em outras palavras conforme dito *ab initio*, é manifesto o referido conflito quando se tem um só crime previsto em duas ou mais normas aparentemente capazes de solucioná-lo. Na tentativa de que se evite a ocorrência do *bis in idem*, procura-se aqui formas de solucionar tal problema no que tange a sua aplicação prática.

Incorre-se que as principais modalidades de concursos são formais e materiais, direcionando enfoque nestes e por consequência ofuscando o concurso aparente, criando

lacunas em determinadas situações fáticas. A fim de sanar dúvida sobre estes, traz-se aqui a transcrição literal do Código Penal, que conceitua em seus artigos 69 e 70, o referido concurso material e o formal, respectivamente:

Art. 69 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Art. 70 - Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Sabendo não se tratar do concurso formal sequer material, dá-se seguimento ao estudo analisando que embora a problemática seja antiga, a discussão da materialização deste conflito revela-se recente. Referida afirmação se comprova ao passo, que ainda existem divergências doutrinárias quanto ao tema bem como discordância dos autores no que se refere a nomenclatura a ser aplicada não vislumbrando hodiernamente equidade quanto ao nome dado ao instituto no nosso ordenamento, sequer no direito alienígena.

Deve-se levar em consideração o fato de que, se mal nomeado, logo, mal interpretado e assim mal solucionado. Desta forma, com o afincado de evitar o alastramento de uma má interpretação acadêmica bem como errônea classificação, necessita-se para dar-lhe a correta terminologia, compreender sua real identidade. É mister se atentar aos dizeres doutrinários sobre o tema, tais como BITENCOURT (2004, p. 176), de onde se extrai:

A definição ou conceituação do conflito aparente de normas é altamente polêmica, a começar por sua denominação, que alguns pensadores também tratam por concurso aparente de normas ou de leis. Jescheck considera a terminologia tradicional "concurso de leis" uma expressão equivocada, preferindo substituí-la por "unidade de lei", uma vez que se aplica somente uma das leis em questão, a que chama de lei primária, e a lei deslocada que não aparece no julgamento. 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. No entanto, ao contrário do que faz com o concurso de crimes, a lei não regula as situações de concurso aparente de normas, devendo a solução ser encontrada através da interpretação, pressupondo, porém, a unidade de conduta ou de fato, pluralidade de normas coexistentes e relação de hierarquia ou de dependência entre essas normas (BITENCOURT, 2004, p.176).

Necessário atentar ao que dispõe os demais autores acerca do referido tema. Neste sentido, Frederico Horta, em sua obra, rejeita a terminologia “colisão de normas” abordado por outros doutrinadores ao afirmar que não é viável sua aplicação haja vista não se tratar de mera contradição ou afrontamento da norma, mas mera dúvida de como deveria ser sua efetiva aplicabilidade. Assim, ele vem dispor:

Produce a equivocada sugestão de incompatibilidade, por contradição, entre normas de que se fala. Tal situação, à qual a teoria geral do direito também se refere por antinomia, não se confunde com a relação de coordenação entre normas penais que têm apenas a aplicabilidade condicionada à *aplicabilidade ou não-aplicabilidade das outras* (HORTA, 2007, p. 29).

Além deste, surge também termos como “conflito”, “concurso” e “concorrência”. O primeiro termo, se analisado com afinco poderia ser descartado haja visto que seu significado imerge a ideia de divergência, ou melhor, de choque. Desta maneira, não mostraria a real identidade deste instituto que é justamente mostrar determinadas normas que se reúnem para solucionar um só fato e não se colidam.

Na sequência, considerando que o termo “conflito” e “colisão” são usados por certos doutrinadores, aborda-se também a concepção de “concurso”. O verbete dá a ideia de concordância, cooperar simultaneamente, o que leva a entender que qualquer dos termos precisaria ser acompanhado do termo “aparente” para que, *in casu*, demonstre a ideia de pluralidade de normas a ser aplicada numa dada ação humana. Seguidamente, sendo os termos “concorrência” e “concurso” sinônimos, ambos também são utilizados pelos doutrinadores pátrios.

Nesta via, a divergência quanto ao termo “lei” e “norma” também é abordada. Para tal, doutrinadores como Raó vem afirmar que “a palavra lei se apresenta como um, amplo, compreensivo de toda a norma geral de conduta que define e disciplina as relações de fato incidentes no direito, como são as normas legislativas, as costumeiras e as demais” (RAO, 1991, p. 243). Assim, sistematizando com o Hans Kelsen dispõe sobre norma, conclui-se que a terminologia mais adequada para tal seria “norma”, tendo em vista que esta possui sentido e significado mais fixo, englobando toda e qualquer regra passível de aplicação.

Alhures, como já mencionado, é mister destacar que não há concordância quanto a nomenclatura, posto que, autores embora acordem quanto a essência do instituto, discordam quanto sua terminologia. Sem pormenorizar, o termo “conflito aparente de leis penais” é utilizado por Luiz Flávio Gomes. Já “conflito aparente de normas” é adotado por renomados autores como Cezar Roberto Bitencourt, Damásio, e Guilherme de Souza Nucci. Julio Fabbrini

Mirabete por sua vez se utiliza da terminologia “concurso aparente de normas”. Baseando-se nas obras dos renomados autores supracitados, faz-se jus a aplicabilidade para o estudo em caso do termo “conflito aparente de normas penais”, levando em consideração os fatos mencionados e entendendo ser o mais viável para o fim que se espera.

Advindos de precedentes doutrinários itálicos e alemães, em que pese a temática em comento ter análise em tempo remoto, somente fora tratado como instituto próprio dentro do direito penal recentemente, considerado assim estudo contemporâneo e variável. Quanto ao tema e dúvidas que decorrem deste, o doutrinador José Frederico Marques dispõe:

O estudo do concurso aparente de normas só aflorou na ciência jurídico penal em tempo relativamente recente. Como assinala EDUARDO CORREIA, "a doutrina só tarde se debruçou sobre ele". Basta dizer que, na Itália, ALIMENA não tinha da "questão sequer uma intuição vaga". O mesmo se verifica na Alemanha, onde, só a partir de ADOLF MERKL, "se começaram a fazer progressos na sua análise". No Brasil, ao que sabemos, o que primeiro abordou o problema, embora de maneira sumária, foi COSTA e SILVA, e na vigência do Código de 1940, NELSON HUNGRIA e posteriormente BASILEU GARCIA (MARQUES, 2002, p. 395-396).

No que tange ao direito alienígena, o alemão Adolph Markel previu o instituto pela primeira vez na história ao fim do século XIX, de modo a solucioná-lo. Subsequente a esta ideia, aborda-se o renomado doutrinador e jurista penal Roberto Lyra como precursor da sistematização do concurso em questão no nosso ordenamento pátrio, em meados da década de 40, o que nos remete a ideia de não serem longínquos os estudos pertinentes ao tema. Não se pode deixar de analisar a inspiração advinda do Código Penal Espanhol, que com base no ordenamento alemão, passou a dispor segundo expressa Luis Régis Prado:

Os fatos suscetíveis de serem enquadrados em dois ou mais preceitos deste Código, e não compreendidos nos artigos 73 a 77, serão punidos com observâncias das seguintes regras: 1. O preceito especial será aplicado com preferência ao geral. 2. o preceito subsidiário será aplicado na falta do principal, seja a subsidiariedade expressamente declarada, seja tacitamente dedutível. 3. o preceito penal mais amplo ou complexo absorverá aos que punam as infrações nele consumidas. 4. na falta dos critérios anteriores, o preceito penal excluirá aos que punam o fato com menor pena (PRADO, 2005, p. 230).

Numa análise técnica, verifica-se a presença em momento remoto do concurso aparente de normas penais, advindo para nosso país. Todavia, o método resolutivo deste encontra-se disseminado por nosso ordenamento jurídico, demonstrando assim quais critérios a serem aderidos, haja vista ser cada vez mais importante, posto que, quanto mais se aumenta a população, mais numerosa se tornam as normas e conseqüentemente mais propicia o referido

conflito. Tal fator também se efetiva ao passo que há variadas doutrinas esparsas dando abertura ao tema, porém não o consolidando, gerando assim certa imprecisão, como já citado, quando a qual doutrinador seguir, haja vista não haver precedente fixado sobre o referido tema.

No que tange a sua inserção no âmbito do direito penal, autores como José Frederico Marques destaca a proposta de inserir o concurso aparente de normas penais em conjunto com concurso de crimes, porém não confundindo-lhes por se tratarem de institutos diversos, sendo este, meio facilitador para compreensão de quem o estuda. Neste sentido aduz que:

[...] mas a pluralidade de crimes pode derivar da incidência de diversas normas incriminadoras sôbre um único comportamento humano, visto que este pode ser integrado por condutas que se aglutinam, mas que, separadamente constituiriam, cada uma de per si, um delito autônomo. Ou então, nessa conduta há um “quid pluris” que a transforma em crime diverso daquele que existiria sem o elemento que ali se acresce. Liga-se, desta forma, à teoria do concurso de crimes, o problema do concurso de normas que se referem a um só comportamento humano. É que, em tais casos, surge a primeira dúvida a respeito do assunto, visto que deve ficar esclarecido se uma “realidade jurídica eminentemente complexa” deve ser “interpretada como unidade ou, ao contrário, como pluralidade de crimes”. É por isso, que alguns escritores tratam do problema do concurso aparente de normas – que deveria localizar-se no estudo da norma penal – no capítulo do concurso de crimes (MARQUES, 1965, p. 335 et 336).

Ex positis, aproxima-se de tornar-se pacífica a posição defendida de que o concurso aparente de normas penais está inserido no rol de aplicação da lei penal, famigeradamente conhecida como teoria da lei penal. Contudo, frisa-se que não deve ser comparado, ou melhor, confundido com o concurso de crimes, onde há pluralidade na conduta tipificada como ilícita assim como concurso de agentes, onde há pluralidade no número de sujeitos que praticaram tal ato delituoso. Assim, deve sim ser analisado no rol da aplicação penal, porém como mero erro interpretativo, de onde advém o termo “aparente”, haja vista que poderá ser solucionado posteriormente se bem analisado.

3 FORMAÇÃO DO CONFLITO APARENTE DE NORMAS PENAIS

3.1 Requisitos e pressupostos do concurso aparente de normas penais

Conforme supracitado, o presente estudo relaciona-se e fundamenta-se em construções teóricas de renomados doutrinadores da área tais como, Luiz Flávio Gomes e Damásio, assim sendo aborda-se a teoria binária a qual afirma que este “conflito” de normas advém de dois

requisitos: unidade de fato bem como pluralidade de normas aparentemente aplicáveis. *In casu*, versa sobre ambos elementos. Embora outros autores fundamentam que seria necessário mais que dois requisitos para tal, acrescentando assim aos já citados, a aparente aplicação de todas as normas ao fato e a efetiva aplicação de uma delas, como defendido por Fernando Capez. Porém, quando se insere/aplica aos casos concretos, vê-se que os dois primeiros pressupostos de automático englobam estes dois últimos, fazendo com que a aplicação deles sejam suficientes para suprir e solucionar a temática elencada. Nesta via, tem-se os conceitos abaixo.

3.2 Unidade de fato e pluralidade de normas

Conforme aludido inicialmente, o concurso aparente de normas penais se estende aos casos em que para apenas uma ação, possui duas normas ou mais aparentemente disponíveis para aplicação. Assim, a unidade de fato impera nos casos em que a conduta recai sobre uma só infração penal, apenas um ilícito. A problemática que se levanta quanto a qual aplicar-ação ou fato- é facilmente solucionada com o devido enfoque nas palavras de Frederico Gomes de Almeida Horta, aqui já mencionado. Assim temos:

A legislação italiana, por sua vez, experimentou a sucessão das duas diferentes fórmulas na definição do concurso ideal, já que o Código Zanardelli, em vez de se referir à violação de diversas disposições de lei por “uma só ação ou omissão”, como a atual, previa em seu art. 78 essa modalidade de concorrência de infrações em decorrência de “um mesmo fato” (*medesimo fatto*). Entre outros doutrinadores italianos, todavia, Bettioli insiste na distinção e considera inadequada a expressão utilizada no velho Código. Afinal, o concurso ideal importa numa pluralidade de eventos lesivos, razão pela qual não se pode considerá-lo uma “unidade de fato”. Citando exemplo de Delitala, considera que realiza uma única ação, mas por meio dela dois eventos distintos, quem com um tiro de fuzil mata duas pessoas. Dada a pluralidade de eventos, também os fatos são plúrimos, já que cada evento é elemento de um fato que segundo ele, se distingue dos demais. Reconhece, pois, “fato” um conceito mais amplo que a “ação” ou a “omissão”. Enquanto estes se referem apenas ao processo executivo, ao comportamento lesivo, aquela abarca também a própria ofensa - resultado – causada pelo comportamento. (HORTA, 2007, p.123).

Já no que concerne a pluralidade de normas o próprio termo direciona e sugere a existência de duas ou mais normas que queiram tipificar aquela mesma conduta. Necessita-se desta ideia plúrima de normas, ou seja, leis penais aparentemente aplicáveis, haja vista que se fosse algumas ou várias delas realmente passíveis de aplicação não haveria concurso aparente, dando lugar ao concurso formal. E assim, mais uma vez coaduna a ideia do *non bis in idem* para

tipificar o presente instituto, tendo em vista que a situação aparente é ilusória e consequentemente resolvida.

Partindo desta premissa, após análise dos requisitos, “havendo possibilidade de que duas normas penais incriminadoras venham tentar solucionar um só fato, o que é ocluso pelo princípio *non bis in idem*, faz-se necessário verificar qual delas se aplica ao caso concreto”, conforme preconiza Julio Fabbrini Mirabete (p. 109, 2006). À vista disso, ensinamentos de Nucci sobre o referido tema:

O concurso de crimes é, efetivamente, a concorrência de várias leis, aplicáveis a diversos fatos tipicamente relevantes, como ocorre na prática de inúmeros roubos, passíveis de gerar o concurso material (soma das penas) ou o crime continuado (aplicação da pena de um só deles, com um acréscimo). Quando, através de uma ação, o agente comete dois ou mais delitos, ainda assim aplica-se o concurso formal, que é a fixação da pena de um só deles, com uma exasperação. Portanto, como se vê, não há conflito algum de leis penais, mas a aplicação conjunta e uniforme de todas as cabíveis ao fato (ou fatos). No cenário do conflito aparente de normas, existe uma ilusória ideia de que duas ou mais leis podem ser aplicadas ao mesmo fato, o que não é verdade, necessitando-se conhecer os critérios para a correta aplicação da lei penal (NUCCI, 2005, p. 104).

Notoriamente o idôneo aplicador e/ou analista do direito penal deverá observar que o concurso é apenas aparente, de modo que se desvie a punibilidade dupla a fim de evitar o descumprimento do princípio *non bis in idem*. Nesta via, por não se tratar de real conflito de norma, seria passível a solução por meio da aplicação de princípios presentes no ordenamento jurídico cuja metodologia varia desde a aplicação cronológica, específica, absorviva e até alternativa, tendo em conta que após aplicada ensejará no solvência do que é imaginário e/ou aparente e subsistirá o que é devidamente aplicável ao caso em questão.

4 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO CONFLITO APARENTE DE NORMAS PENAS

Hodiernamente, conforme disposto na legislação vigente, encontram-se princípios que visam solucionar o conflito aparente das normas em questão. Há divergência doutrinária quanto ao tema, sendo por uns adotada a teoria monista, enquanto outros seguem a teoria pluralista da abordagem principiológica. Neste diapasão, José Frederico Marques leciona que:

As dúvidas que a matéria suscita e alimenta começam na fixação e número de tais princípios. Soler fala em princípios da especialidade, subsidiariedade, de que são categorias tributárias os princípios da alternatividade e da consunção. Mezger se cinge aos princípios da “especialidade” e a “progressividade” solucionam as questões que possam surgir, acaba por tornar mais reduzido o número de princípios, para admitir que o preceito *lex specialis derogat legem generalem* resolve todos os problemas (MARQUES, 1965, p.337).

Assim sendo, a teoria monista aborda a necessidade de aplicação de somente um princípio para a resolução do conflito sendo este o da especialidade, sob a ótica de que apenas este seria suficiente para solucionar o conflito normativo e descartar qualquer ideia ilusória de choque das normas, tendo em mente que toda e qualquer norma de caráter especial se sobrepõe, afastando assim, a norma geral. Em outras palavras, para os doutrinadores monistas, tal princípio é suficiente na resolução conflituosa.

Entretanto, a teoria pluralista considera existir no mínimo três princípios necessários para a dissolução do conflito aparente de normas penais, premissa defendida por doutrinadores como Bitencourt e Damásio de Jesus. Insta considerar que, não se vislumbra suficiente a aplicação tão singular de um só princípio para caso tão complexo, haja vista que em situações que não existir norma específica para o caso prático em questão, o dilema se encontraria sem resolução, fato este que resultaria na aplicabilidade de princípios subsequentes a este. Abordar-se-á a última teoria citada e mais, aplicar-se-á os ideais doutrinários do renomado jurista Cleber Masson como forma de arguições, tendo em mente ser esta a corrente majoritária orquestrada e aplicada atualmente.

Alhures, a fim de considerar as palavras dos variados autores já citados, assim como elencar aqui aquilo que mais lhe é eficaz nos casos práticos do nosso ordenamento jurídico, abordamos o que Cleber Masson defende e assim expõe-se que a aplicabilidade dos princípios em questão, tais sejam o da especialidade, subsidiariedade, consunção e alternatividade, por si só poderiam solucionar o conflito aparente, evidenciando assim o modo eficaz de resolver o suposto delito normativo e nesta via, devolver ao ordenamento jurídico sua devida credibilidade.

Precipualemente, o princípio da especialidade gira em torno da ótica de que um tipo penal específico irá prevalecer sobre um tipo penal genérico, tendo em vista que este possui todas as características do genérico, acrescido de elementos que tornam a norma especial, o que lhe é configurado como especializante. A exemplificar, se diante de duas normas que aparentemente solucionam o mesmo caso, dever-se-á atentar àquela com as características especializantes que configurariam o caso concreto. É o que ocorre nos casos de homicídio culposo no trânsito regido

pelo Código de Trânsito Brasileiro em seu artigo 302, se estiver conflitando com o homicídio culposo do artigo 123 do Código Penal. No tocante ao tema em comento, Damásio de Jesus leciona acerca do crime de infanticídio também como meio de exemplificar:

Assim, a norma que define o infanticídio é especial em relação à que descreve o homicídio, que é geral. O tipo do infanticídio contém os elementos da figura típica do homicídio e mais alguns (“sob a influência do estado puerperal”, “o próprio filho”, “durante o parto ou logo após”), que são considerados especializantes (DAMÁSIO, 2010, p. 151).

Não obstante, nítido é que o princípio da especialidade por si não efetiva a todo e qualquer caso que surge no ramo jurídico. Assim, se este não solucionar o conflito, surge então o princípio da subsidiariedade a fim de que a situação seja resolvida. Nesta via, este pode ser aplicado nos casos em que incorra variados graus de ofensa previstos em diferentes normas do ordenamento, porém se referindo ao mesmo bem jurídico. Tal como, é cabível nas situações em que aquele fato encontrado na norma subsidiária também é previsto na norma primária como elemento que constitui o fato.

O princípio da subsidiariedade em questão, é aparentemente vago e abstrato, porém quando elencado no caso concreto, consegue-se vislumbrá-lo corretamente. A fim de exemplificar tal fato, temos uma invasão domiciliar onde o agente arromba a porta na intenção de furtar determinados objetos, analisando rapidamente poderíamos caracterizar como crime de dano e crime de violação domiciliar. Todavia, com a análise correta, concluímos que tais crimes constituem o furto do artigo 155, em seu parágrafo 4º e inciso I. Analisando tal fato, compreende-se que, em razão do resultado obtido constituir todas as características daqueles crimes inicialmente citados, porém configurando hipótese de ofensa mais gravosa ao um mesmo bem jurídico, aplicar-se-á a norma primária, ou seja, a tipificação do crime de furto.

Na sequência, encontra-se exposto na doutrina o princípio da consunção. Este, também chamado de absorção, só virá à tona caso aqueles anteriormente citados não sejam suficientes para solucionar a lide. O princípio em questão é caracterizado quando a ocorrência de um delito se tratar de mero caminho que levará a efetivação de outro crime, sendo este último um mais grave sem o qual não seria possível sem aquele inicial. Em suma, teremos o crime-meio e o crime-fim que irá absorvê-lo, fato este de onde surge o referido termo “princípio da absorção”.

E por fim, mas não menos importante, Masson também traz os ideais do princípio da alternatividade. Como já afirmado pelo insito termo, tal princípio irá insurgir nos casos em que o próprio texto da lei penal estiver prevendo o que é chamado pelos doutrinadores como “mistos

alternativos”, ou seja, encontrar-se-á vários verbos/ núcleos na norma, contudo o fato de haverem sido praticados em um só contexto, irão resultar em apenas um crime. E assim, solucionaria o conflito aparente da norma penal.

5 OBJETIVOS

5.1 OBJETIVO GERAL

Analisar medidas cabíveis e forma de proceder ao surgirem casos em que aparentemente duas ou mais leis se destinem a regular um mesmo fato, mediante conflito aparente de normas penais.

5.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Identificar distinções e definir mecanismos que permitam distinguir conflito “aparente” de normas penais de concurso real;
- Apresentar o concurso de crime e conflito de lei penal no tempo como ferramentas de extinção do conflito aparente de normas;
- Analisar os casos que se encaixem ou amoldem aos requisitos exigidos para configurar conflito aparente de normas penais;
- Solucionar o conflito existente por meio da aplicabilidade dos princípios norteadores do conflito aparente de normas penais.

6 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

A presente pesquisa tem por afimco natureza explicativa visando elucidar e apresentar respostas e resultados acerca da problematização apresentada, cujo método de abordagem foi qualitativo e dedutivo, onde se buscou a confirmação ou não das hipóteses levantadas no projeto bem como expõe as razões das quais os fazem. Nestes termos, embasando-se nos ideais predispostos por doutrinadores do campo, utilizou-se como técnica de coleta de dados a documentação primária e secundária: pesquisa documental e pesquisa bibliográfica (livros, artigos, dissertações, projetos de estudo de curso e sites da internet), através de autores que

diante de suas obras utilizaram a educação como uma ferramenta transformadora, auxiliando assim a predisposição da referida metodologia científica.

Partindo desta abordagem, compreende-se então a importância da pesquisa documental bem como bibliográfica como fontes seguras de dados que posteriormente serão utilizados no rol explicativo do referido trabalho. Seguindo este contexto, em uma mais ampla escala, vê-se necessário também a conceituação pertinente ao que vem a ser metodologia científica supracitada, na qual se refere “ao método científico compreende basicamente um conjunto de dados iniciais e um sistema de operações ordenadas adequado para a formulação de conclusões, de acordo com certos objetivos predeterminados” (OLIVEIRA, 2015, p. 2-3). E assim, a partir da metodologia escolhida, traça-se o caminho a ser percorrido de modo seguro e confortável a respeito do objeto, dando liberdade ao longo do percurso, porém restringindo possíveis margens de erro.

7 RESULTADOS E DISCUSSÃO

Com o afincado de expor os resultados e discussões obtidos a partir da presente pesquisa, levando em conta todo e qualquer entendimento esparso tangível ao presente tema, conclui-se que o conflito aparente de normas penais como já citado, trata-se de mera situação onde duas normas são aparentemente solúveis a resolver um só fato típico, ilícito e culpável.

Alhures, analisando doutrinas majoritárias, compreende-se que o princípio da especialidade conforme supracitado é o principal deles. Contudo, não é sempre que sua prontidão se torna eficaz, fazendo com que na ausência de solução por meio deste, princípios como subsidiariedade, consunção e alternatividade sejam instantaneamente analisados quanto à eficácia de aplicações práticas. Com a obtenção de maior entendimento no ramo, expõe-se cada um dos citados princípios, tendo em vista que no presente contexto foi adotada a teoria pluralista, não só por ser majoritária, como também por se fazer mais eficaz, como mencionado em outros momentos.

Iniciando com o princípio da especialidade, conforme já citado, este diz respeito a um dos mais importantes princípios e apresenta-se como mecanismo sistemático de resolver o concurso em questão, tanto é que alguns doutrinadores o consideram autossuficiente. E, independentemente se o aplicador defende a corrente monista ou pluralista, referido princípio se faz presente, haja vista que tanto estes quanto aqueles possuem comum acordo ao informar ser esse o ponto de partida para obter resolução do conflito em questão.

De modo geral, pormenorizadamente, o desenlace do concurso se dá neste princípio na proporção que a norma específica afasta a aplicabilidade de uma norma que possui caráter geral, o qual igualmente poderia ser aplicável ao fato. Nomina-se conforme brocardo jurídico romano *lex specialis derogat legi generali*.

Tal princípio fundamenta sua ideia ao afirmar que lei especial necessita obter prevalência sobre a lei geral. Partindo dessa premissa, faz-se necessário informar que a lei especial, conhecida também como lei específica, possui todos os atributos/aspectos da lei geral, porém acrescidos de elementos cuja natureza seja subjetiva ou objetiva que confere maiores restrições. A estes acréscimos que tornam a lei especial, dá-se o nome de *especializantes*, que por fim resultaria num crime específico descrevendo e englobando um genérico.

Outro fator que diferencia este dos demais princípios está ligado às definições abstratas que subentendem nas normas, visto que os outros exigem conflito concreto, fixo, das leis que descrevem o mesmo fato o qual geraria lide aparente de leis. Em outras palavras, compreende-se que há uma relação de gênero e espécie da qual não precisaria estar baseado em casos concretos, podendo este ser abstrato (*in abstracto*).

Em suma, quando aplicado o princípio da especialidade, aquilo no qual a lei geral não ditar como preceitos de sua aplicação, a lei especial o tomará para si, incriminando certos fatos e até mesmo levando em conta certas figuras típicas numa ótica diferente do que é estabelecido pela parte geral do Código, solucionando assim o conflito de normas aparentemente. Todavia, se de alguma maneira não for suficiente sua aplicação singular, subscreve assim os demais princípios.

Diante da ineficácia do princípio anterior, tem-se a aplicação do princípio da subsidiariedade. O referido preceito surge como forma acessória para resolver o conflito aparente de normas penais. Conforme o próprio termo indica, os dispositivos penais preveem a aplicação desta forma de lei apenas naqueles casos em que a norma primária não pode ser aplicada, ou seja, subsidiariamente.

É necessário compreender que este tem sua base fixada na: *Lex primaria derogat legi subsidiariae*. A lei primária permanecerá sobre a lei subsidiária, ou seja, aplicar-se-á lei subsidiária somente nos casos concretos dos quais a norma em seu próprio texto domina a sua aplicação e não aplicação da lei maior. Referida lei subsidiária está intrinsecamente relacionada a avaliação do caso concreto em que se aplica penas das mais graves para as mais brandas. Para entendimento prático, *in exempli*, tem-se a aplicação exemplificada no Código Penal de 1940,

em seu artigo 132, que remete ao fato de “expor a vida ou a saúde de alguém a perigo direto e iminente. Pena- detenção, de três meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave.”

Com fulcro no exemplo citado e relacionando-o ao conceito acima descrito, sabemos que o preceito primário se refere ao crime de perigo a vida ou saúde de outrem, enquanto o preceito secundário impõe pena de detenção caso o fato não constituir crime mais grave, isto é, caso não haja tentativa de homicídio, abandono de incapaz e etc., no qual se refere a maior gravidade, aplicando-se norma própria.

Também chamado de absorção, a aplicação de tal princípio leva em conta o teor de certa norma ser absolvido por outra que é mais abrangente e assim aplica somente este a fim de que se solucione o conflito aparente das normas.

Noutros termos, este princípio se baseia na premissa de que a lei penal mais ampla, que se refere ao crime fim, irá ingerir uma lei penal menos ampla, que diz respeito ao crime meio. Subentende-se que irá haver absorção quando o caso estipulado por uma norma que seja incriminadora, for meio normal ou necessário para que ocorra não só a preparação como também a execução de outro crime.

Parafraseando a expressão: *Lex consumens derogat legi consumptae*, o crime/delito mais grave irá absorver o menos grave, o mais brando. Em que pese as teorias propostas por Cleber Masson, é fatídico que haja divergência com as demais doutrinas quanto as hipóteses de aplicação deste princípio. Assim sendo, segue exposto recurso que argumentaria tal ideia, gerando assim um precedente aplicável a demais casos no STF:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIMES CONTRA A FÉ PÚBLICA. FALSIFICAÇÃO DE PAPÉIS PÚBLICOS. SELO DE IPI. CONTRABANDO-DESCAMINHO. CRIMES MEIO E FIM. ABSORÇÃO. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 83/STJ. POTENCIALIDADE LESIVA DO FALSO. DEMONSTRAÇÃO. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICA. A jurisprudência desta Corte admite que um crime de maior gravidade, assim considerado pela pena abstratamente cominada, possa ser absorvido, por força do princípio da consunção, por crime menos grave, quando utilizado como mero instrumento para consecução deste último, sem mais potencialidade lesiva. Inteligência da Súmula 17 (STJ, AgRg. No REsp. 12 1428 1/PR, Rel^a. Min^a Maria Thereza de Assis Moura, 6^a T., Dje 26 /3/ 20 13).

Em suma, aplicar-se-á o princípio da consunção nos crimes progressivos, crimes complexos, progressão criminosa e atos puníveis, sabendo que este se aplicará como já dito nas hipóteses onde a norma que se faz constituir o crime seja apenas o meio/caminho para a execução de outro crime, no qual por ser mais abrangente irá absolver aquele inicialmente

cometido, a fim não só de evitar a incidência do instituto do *no bis in idem*, mas também se tornando um facilitador no momento de aplicação do Código Penal.

Embora alguns doutrinadores não vejam a necessidade/importância deste, o princípio da alternatividade por sua vez será analisado em *ultima ratio* para a solução do concurso aparente de normas penais, porém no que tange ao seu tipo penal expresso. Destarte, sua aplicação será tão somente, conforme afirma Masson, em crimes conhecidos como tipos mistos, dos quais possuem mais de um núcleo, em que escolher-se-á o preponderante. Em outras palavras, mesmo que lei ou norma esteja prevista para vários fatos que possuem variedades de um mesmo crime, será aplicada somente uma vez. Tal fato justifica-se nos crimes intitulados como de ação múltipla ou conteúdo variado conforme disposto na legislação:

Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar (Lei 11.343/2006, Lei de Drogas, art. 33, *caput*).

Certamente, não há que se falar em conflito de normas, porém, vislumbra-se conflito dentro da própria norma em questão devido sua pluralidade de ações remetendo ao fato de que não seria aplicado o princípio da alternatividade e sim da consunção. É justo considerar que há aplicação minoritária de tal princípio por parte dos doutrinadores. Porém, Luis Flávio Gomes em contraponto afirma que:

O princípio da alternatividade tem validade e aplicação prática nos chamados crimes de conteúdo múltiplo ou variado, que são os que contam com vários verbos como núcleos do tipo (cf. art. 12 da Lei de Tóxicos – Lei 6.368/76, art. 10 da Lei das Armas de Fogo – Lei 9.437/97 etc) 216. Seu significado prático: quando o sujeito, no mesmo contexto fático, realiza condutas correspondentes a vários verbos, comete um só crime, não vários. É que os verbos nucleares do delito, quando estamos diante de um único contexto fático, devem ser entendidos como alternativos (o tipo, portanto, é alternativo). Exemplo: quem importa um quilo de cocaína e depois a armazena, tem consigo, guarda, distribui, vende, cede etc., só responde por um crime de tráfico de entorpecentes, porque se trata de um contexto fático único. Não interessa se se trata de uma única droga ou de várias: pode o agente importar um quilo de cocaína e um de maconha e realizar vários verbos em relação a essas drogas. Contexto fático único, crime único. Outra situação: o sujeito importou e distribuiu um quilo de cocaína no carnaval; depois, na Semana Santa, repetiu a conduta. Os contextos fáticos são distintos. Logo, não se trata de crime único (há concurso material ou crime continuado, conforme a situação concreta) (GOMES, 2004, p. 205 et 207).

A alternatividade, como visto então, será aplicada a crimes onde dispõe de ações múltiplas das quais cada um dos núcleos corresponde a uma conduta a parte, mas dentro de um

só contexto fático fazendo com que o aparente conflito dos núcleos seja excluído, podendo ser absorvido pelo princípio da consunção. Todavia, se tratando de ações separadas e sem o mesmo contexto de execução, poderá sim o agente responder por cada uma delas individualmente. Todavia, há concordância de que neste caso não haveria nenhum conflito normativo, simplesmente condutas que se encaixam na posição de delitos.

Frisa-se por fim que ao efetivar a aplicação de qualquer dos quatro princípios elencados respectivamente, exclui-se a ideia imaginária de concurso da norma e assim ter-se-á a solução pertinente ao conflito aparente de normas penais que, embora já citado não existir comum acordo doutrinário quanto ao tema, soluciona-se com base nos ideais majoritários do ordenamento jurídico, como já supracitado.

8 CONCLUSÃO

Conforme se observa em todo exposto supracitado, o tema em questão visa contribuir ao aplicador bem como estudioso da lei, formas de elucidar o presente caso, haja vista que ao efetivar a aplicação de um destes quatro princípios, ter-se-á a solução pertinente ao concurso aparente de normas penais que, embora citado, não haver comum acordo doutrinário quanto ao tema, soluciona-se com base nos ideais majoritários, dentre os quais contribuem autores como Nucci, Masson, Damásio e Gomes.

Assim, após anos de luta para sua inserção e aceitação em nosso ordenamento, seu precursor Nelson Hungria foi feliz em sua inspiração alemã e italiana, porém acrescido de ideais próprios para nosso Código Penal, em inserir o conflito aparente de normas como um instituto que merecia não só atenção, mas reconhecimento em razão da crescente e rápida mudança da sociedade, e como resultado disso, a também ágil criação de novas leis a todo novo caso que constantemente insurge. Pensando assim, tornou-se nítido que haveria momentos dos quais algumas das centenas de normas constituintes do ordenamento jurídico brasileiro viessem aparentemente a se chocar, sejam pela similitude, congruência ou constância destas. E nesta via, surgiu então a necessidade de solução de tal fato, que conforme dito no decorrer da pesquisa, se obteve por meio da aplicabilidade dos princípios norteadores do conflito aparente de normas penais.

Em suma, é tangível que o conflito aparente de leis penais diz respeito ao interposto no qual há uma suposta divergência entre as leis a se aplicar num só crime. Ressalta-se aqui que tal ideia é ilusória e passível de solução quando bem analisada no caso concreto. Desde então,

dever-se-á o agente normativo observar os pressupostos disponíveis, visto que se trata justamente de conflito “aparente” devido ao fato de que, após analisado, esta lide será desfeita. Para tal, é necessário vislumbrar pressupostos como a unidade de fato, onde deve haver apenas uma ação normativa, e a pluralidade de normas, ou seja, a possibilidade de mais de uma norma ser aparentemente aplicável àquele fato delituoso.

Ulteriormente, surgem os princípios dos quais se propõem solucionar o conflito aparente das leis penais, tais sejam: princípio da especialidade, no qual a norma especial derroga a norma geral; princípio da subsidiariedade, que advém da aplicação da norma subsidiária somente nos casos que a norma primária não solucionar o conflito inicial; princípio da consunção decorrente da lei penal mais ampla, chamada de crime fim abrangendo a menos ampla, conhecida por crime meio, sendo assim meio de absorção, aplicável nos casos práticos; e por fim, princípio da alternatividade onde nos tipos penais alternativos aplicar-se-á apenas um verbo que já dirá respeito aquele fato típico.

E nesta via, ao se aplicar um dos princípios supracitados, não por ordem respectiva mas pelo caso concreto, solucionar-se-á o conflito aparente de normais penais, estando assim em conformidade com a legislação penal bem como os apontamento doutrinários, fato este que cumulará valorosamente aos que estiverem desentendidos no que diz respeito a tipificação e resolução de determinadas condutas normativas.

*APPLICABILITY OF THE GUIDING PRINCIPLES OF THE APPEARING
COMPETITION OF CRIMINAL STANDARDS*

ABSTRACT

The present study aims to expose solutions to certain cases in which our legal system is faced with two or more norms apparently intended to regulate a single criminal fact, in which the legislator or even the mere academic of law sees no soluble basis to the fact. In this way, it will be possible to apply principles used mainly in the intention of guiding the apparent competition of criminal rules. Thus, the incidence and manifestation of four main principles addressed by various and renowned indoctrinators such as Nucci, Masson, Damásio and Luiz Flávio Gomes is promoted, in the aim of not allowing competition to exist, and if apparently there is, try to solve them through applicability of the principles mentioned. In this list, there are the following: specialty principle, in which the special standard derogates from the general standard; principle of subsidiarity, which comes from the application of the subsidiary standard only in cases where the primary standard does not resolve the initial conflict; principle of consunção arising from the broader criminal law, called the end crime covering the less wide, known as a crime means, being thus a means of absorption, applicable in practical cases; and finally, the principle of alternativity where in alternative criminal types only one verb will be applied that will already concern that typical fact. The general function of the applicability of the above-mentioned principles is to rule out the possibility of the ens and to resolve the apparent tender that may exist in the present order.

Keywords: Principles. *Bis in idem*. Standards competition.

REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10ª ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1997.
- BRASIL. *Código Penal*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- _____. Lei 11.343/2006, *Lei de Drogas*, art. 33, *caput*, 2006. Disponível em: <www.planalto.gov.br > ccivil_03 > _ato2004-2006 > lei> Acesso em: 18 out. 2019.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 12 1428 1/PR, Reiª. Minª Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., Dje 26 /3/ 20 13. Disponível em: <arquivo.trf1.jus.br>AGText. Acesso em: 04 nov. 2019.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*, arts. 1º a 120. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1, p. 67.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 6ª ed. São Paulo: Max Limond, 1982, v. 1, t.2.
- GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: parte geral*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2004, v. 1.
- HORTA, Frederico Gomes de Almeida. *Do concurso aparente de normas penais*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.
- JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal: parte geral*. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 1.
- JUSTI, J.; VIEIRA, T. P. *Manual para padronização de trabalhos de graduação e pós-graduação lato sensu e stricto sensu*. Rio Verde: Ed. UniRV, 2016.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Fabris, 1986.
- LYRA, Roberto. *Comentários ao código penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, v. 2.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1965, v. II.
- MASSON, Cléber Rogério. *Direito Penal esquematizado – Parte Geral*. v.1. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, v. 1.
- NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal: introdução e parte geral*. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991, v. 1.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2005.

OLIVEIRA, Ana Lúcia Almeida. Textos literários no processo de letramento: reflexões acerca da formação do jovem leitor. *Realize editora*. Campina Grande, Vol. 1 Ed. 4, p. 02-03. Disponível em:

<http://www.editorarealize.com.br/revistas/fiped/trabalhos/TRABALHO_EV050_MD1_SA17_ID139_06102015164637.pdf> Acesso em: 04 nov. 2019.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 3ª ed. São Paulo: RT, 1991, v. 1, p. 243.

SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Cortez, 2007.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ZAFARONNI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 6. ed. São Paulo: RT, 2006.