

O concurso aparente de normas, o efeito de bloqueio do Direito Alemão e sua aplicação no Direito Brasileiro

Cláudio Chequer

No Direito Penal Brasileiro, quando um fato criminoso é, a princípio, tratado por duas ou mais normas penais incriminadoras, tem-se o fenômeno do conflito (ou concurso) aparente de normas penais.

À guisa de exemplificação, salienta-se o seguinte: um sujeito que entra numa casa alheia com a intenção de furtar objetos existentes nesta residência. Apesar de a unidade de fato criminoso, a situação se enquadra em dois artigos do CPB: no art. 150 (violação de domicílio) e no art. 155 (furto), sendo que o primeiro delito (crime consunto) acaba sendo absorvido (princípio da consunção) pelo crime de furto (denominado de crime consuntivo). O crime de violação de domicílio é absorvido pelo crime de furto, em razão de esse ser considerado como um meio necessário ou normal fase de execução do crime de furto. O mesmo raciocínio se aplica também aos casos em que envolvem o porte de arma precedido do homicídio, a ameaça que antecede o homicídio, o porte de arma para o roubo, o crime de falsidade para a prática do estelionato, entre outras diversas situações.

Daí se afirmar que, apesar de não encontrar previsão legal para o fenômeno, a doutrina, de maneira quase que unânime, admite que tal solução não seja capaz de ferir o princípio da legalidade, tendo em vista, especialmente, que se trata de um regime *favore reum*, e não *contra reum*, posto que a alternativa ao regime punitivo do concurso aparente de normas encontra-se no concurso de crimes, de efeitos muito mais severos para o réu.

Interessante questão a trazermos à baila para nossa reflexão, a respeito do tema ora tratado, é a reconhecida pela doutrina alemã como *efeito de bloqueio*, tornado-se necessário questionar se tal tratativa deveria ou não ser aplicada no Direito Penal Brasileiro.

A doutrina alemã, ao estudar os efeitos do princípio da consunção, considera o denominado *efeito de bloqueio* ou *cláusula impeditiva da norma afastada*, conhecida entre os alemães por *Sperrwirkung des milderer Gesetzes* (em tradução livre: “efeito de bloqueio da lei mais suave”), como uma importante consequência para o caso analisado.

No caso concreto narrado acima, ao aplicarmos apenas o crime de furto, a norma que descreve o delito de violação de domicílio seria afastada. Neste caso, boa parte da doutrina entende que a norma afastada ressurgiria em hipóteses como a da prescrição da pretensão punitiva, anistia ou até mesmo no caso de ausência de provas em relação ao crime previsto pela norma prevalente (o crime consuntivo – o furto). Ou seja, no caso concreto incidiria apenas o furto, mas com o afastamento da ocorrência do furto, por exemplo, por falta de provas, o crime de violação de domicílio, antes absorvido, ressurgiria e necessitaria de aplicação.

O *efeito de bloqueio* ou *cláusula impeditiva da norma afastada* consistiria na consequência que esta norma teria ao determinar a pena mínima aplicável no caso em que essa pena fosse maior do que a pena mínima prevista para o crime prevalente (consuntivo). No intento de elucidar a questão em apreço, veja-se a exemplificação: considerando, em um determinado caso concreto, que o estelionato (art. 171 do CP) seja capaz de absorver o crime de falsificação de documento público (art. 297), sendo a pena cominada para o delito de falsificação de 2 a 6 anos e a pena prevista para o estelionato de 1 a 5 anos, no caso de condenação pelo crime de estelionato (crime consuntivo) o *efeito de bloqueio* impediria que em relação a este crime (o estelionato) fosse fixada uma pena mínima inferior a 2 anos, ou seja, a pena mínima fixada pelo crime absorvido.

O regime de aplicação da maior entre as penas mínimas de todas as normas envolvidas no concurso aparente de normas encontra previsão expressa no Código Penal Alemão (§ 52), para o concurso formal de crimes, defendendo parte da doutrina e da jurisprudência alemãs a aplicação do mesmo instituto ao concurso aparente de normas penais.

A existência desse instituto criado principalmente pela doutrina alemã, transpondo regras aplicáveis ao concurso formal para o conflito aparente de normas, entretanto, justifica-se porque, na Alemanha, não existe diferença significativa entre o concurso formal de crimes e o concurso aparente de normas penais.

Dessa forma, mister se faz questionar se tal raciocínio poderia/deveria ser aplicado no Brasil, país que não trata o concurso formal de crimes da mesma forma que regulamenta o concurso aparente de normas penais.

Em Portugal, por exemplo, que também não aborda tais institutos de maneira idêntica, tem-se admitido o *efeito de bloqueio*, em razão de se considerar tal

alternativa, mesmo que não encontre previsão legal, favorável ao réu se comparado com o regime de concurso de crimes.

Carlos Henrique Borlido Haddad, no Brasil, defende a aplicação do *efeito de bloqueio*. Por sua vez, José Lobo Moutinho entende que essa aplicação seria capaz de violar o princípio da legalidade, não se sustentando em nosso ordenamento jurídico

Luis Duarte d'Almeida também considera que esse efeito de bloqueio, no Brasil, “nunca poderia dar-se sem consagração da lei”.

Para Pedro Jorge Costa, em livro que contempla exclusivamente o princípio da consunção, o *efeito de bloqueio* não se aplica no Brasil, em virtude de a imposição da pena mínima prevista para a norma afastada provavelmente violar a vedação do *bis in idem*. Se a norma afastada prevê a pena mínima para o crime considerado no seu todo, sua aplicação supõe todos os seus elementos e, inclusive, eventuais elementos já valorados pela norma prevalente. Assim, se, no final do procedimento hermenêutico do concurso aparente de normas, for reconhecido que a norma afastada não teve todos os seus requisitos preenchidos, ela não pode gerar efeitos como tal, nem mesmo em relação à fixação da pena mínima.

Em nossa opinião, o efeito de bloqueio pode/deve ser aplicado no Direito Penal Brasileiro, tendo por base de seu fundamento o princípio da proporcionalidade, que, no Direito Penal, é capaz de, por um lado, proibir os excessos e, por outro, proibir a atuação insuficiente do Estado.

Afastar a incidência do *efeito de bloqueio* no Direito Penal Brasileiro é uma ação capaz de beneficiar o agente que comete dois crimes, quando comparado àquele que pratica apenas um desses delitos (o primeiro crime). Se o sujeito praticou o crime de estelionato (crime fim), não pode ter uma pena mínima aplicada inferior à pena prevista para o crime de falsidade de documento público se este crime foi praticado como crime meio em relação ao estelionato. Caso contrário, o ordenamento jurídico estaria incentivando o agente criminoso a prosseguir em sua atividade delituosa, o que é impensável. Seria como se dissesse: já cometeu a falsidade do documento público, agora (vamos lá!) prossiga e pratique também o estelionato.

Assim, para se assegurar a observância deste *efeito de bloqueio* e, por conseguinte, afastar a possibilidade de uma atuação insuficiente do Estado, garantindo-se a observância do princípio da proporcionalidade, basta apenas que o

juiz, no caso concreto, leve em consideração a circunstância judicial que faz previsão a respeito das “circunstâncias do crime” (o *modus operandi* empregado na prática do crime), garantindo, com o reconhecimento dessa circunstância judicial em desfavor do criminoso (art. 59 do CP), a pena mínima maior, entre as previstas, para o caso concreto.

Não há, pois, ofensa ao princípio da legalidade no raciocínio exposto, sendo considerado o *efeito de bloqueio* apenas como uma forma objetiva e razoável de fundamentar a fixação de um determinado *quantum* de aumento para essa circunstância judicial, ante a inexistência de qualquer parâmetro legal à valoração, tornando-se necessário destacar que esse entendimento encontra-se em perfeita harmonia com a posição aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ para as circunstâncias legais, ao afirmar que “(...) *para a estipulação do quantum do acréscimo pela circunstância agravante (ou atenuante), é imperioso a sua correlação com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (...).*” (STJ, HC 33697/MS, Rel. Min. Paulo Medina, 6 T, j. em 11.04.2006, DJ de 01.08.2006, p. 549).

Mediante o exposto, não se pode deixar de destacar que esse raciocínio beneficiaria o acusado, se comparado ao entendimento que afirma que, no caso em que a falsidade de documento público é praticada como meio para a realização do estelionato, há concurso de crimes (material ou formal perfeito) ou o crime de falsidade é capaz de absorver o estelionato em razão de sua pena maior.