

O conceito, as características e os princípios de tratamento do concurso das normas

*Zhao Guoqiang**

O concurso das normas refere-se a uma situação das infracções e ocorre frequentemente, seja na produção legislativa, seja na prática, e isso também acontece em Macau. Na produção legislativa, sobretudo, o legislador utiliza em grande quantidade a técnica legislativa de concurso das normas; por isso, no Direito Penal de Macau, o concurso das normas acontece com frequência. O autor sempre considera que devido ao facto de o Direito Penal de Macau ter a sua origem na teoria penal do sistema do continente europeu, se não se compreende ou não se domina aquela teoria, não se pode conhecer bem e interpretar correctamente o Direito Penal de Macau, e isso é muito importante. Assim, o presente artigo pretende falar sobre alguns pontos de vista na doutrina respeitante à teoria geral do concurso das normas no sistema do continente europeu, bem como sobre a produção legislativa e as práticas em Macau, no sentido de compreender e dominar, por mais pessoas, o conceito, as características e os respectivos princípios de tratamento do concurso das normas.

I. O conceito e as características do concurso das normas

1. O conceito e as características do concurso das normas

Teoricamente, o concurso das normas refere-se a uma situação em que uma conduta infringe simultaneamente várias normas, mas, devido à existência de uma relação especial entre essas normas, só pode ser aplicada uma das normas e cometido apenas um crime único. Assim, há estudiosos que consideram que o conceito tradicional de “concurso das normas” é enganoso, a sua essência deve ser “norma única”, nomeadamente, “concurso não verdadeiro”¹.

Não é difícil descobrir o conceito de concurso das normas acima referido. Para que haja concurso das normas, são necessárias duas características básicas. Primeira, a existência de uma conduta que infrinja simulta-

* Professor da Universidade de Macau.

¹ Cfr. *Lições do Direito Penal da Alemanha (Teoria Geral)*, traduzido por Xu Jiu Sheng, Editora Sistema Legal da China, 2001, p.892, 893.

neamente duas ou mais normas; que preencha, simultaneamente os tipos legais de várias normas. Essa é a característica da aparência do concurso das normas. Segunda, a existência de uma relação especial entre várias normas. Essa é a característica da essência que distingue o concurso das normas de outros tipos relativos a outras situações de crimes, como o concurso ideal. Como aponta um estudioso japonês, o concurso das normas, “embora apresente apenas uma aparência que preenche tipos plurais, existe uma relação lógica, inclusive entre esses tipos legais, mas na prática, não passa de resultado da valoração de um dos tipos legais”². Portanto, teoricamente, a questão de fundo para o conhecimento do concurso das normas não é a sua aparência, mas sim a sua essência, nomeadamente, compreensão correcta das várias relações do concurso das normas.

2. As relações especiais intrínsecas do concurso das normas

Na teoria do direito penal do sistema do continente europeu, o conhecimento e a interpretação das relações especiais entre as normas em concurso não são unânimos. Há estudiosos que consideram que essas relações especiais são três, ao passo que há quem considere a existência de quatro relações.

1) Teoria das três relações: há estudiosos que consideram que as relações especiais do concurso das normas contêm a relação de especialidade, a relação de subsidiariedade e a relação de consunção. Este ponto de vista domina as teorias do Direito Penal da Alemanha³.

A chamada relação de especialidade refere-se a uma situação em que “um preceito penal contém todos os elementos de outro preceito e só se distingue deste através de outros elementos que entendem os factos do caso de um ponto de vista especial”⁴. Simplesmente, a relação de especialidade refere-se a uma situação em que entre várias normas existe a relação de norma geral e norma especial, entre elas existe só uma relação de incluir e incluído, nomeadamente, se o legislador não dispuser espe-

² Cfr *Teoria Geral do Direito Penal*, traduzido por He Li, revisto por Deng You Tian, Editora Direito, 2001, p. 448.

³ Cfr *Lições do Direito Penal da Alemanha (Teoria Geral)*, traduzido por Xu Jiu Sheng, Editora Sistema Legal da China, 2001, p. 894.

⁴ Idem.

cialmente sobre a norma especial; na realidade, os elementos constitutivos do preceito da norma especial podem ser totalmente incluídos nos elementos constitutivos do preceito da norma geral. Por exemplo, o crime de “homicídio” previsto no artigo 199.º e o crime de “parricídio” previsto no artigo 200.º do Código Penal do Japão constituem relação de especialidade do concurso das normas, sendo o primeiro previsto na norma geral e o último previsto na norma especial. Aqui a norma especial utiliza o objecto da conduta do homicídio como “outro elemento” para se distinguir da norma geral.

Na chamada relação de subsidiariedade, há estudiosos que consideram que se refere a uma conduta que “simultaneamente preenche os elementos constitutivos do tipo da norma fundamental e os elementos constitutivos do tipo da norma subsidiária”⁵. Aqui a relação entre “norma fundamental” e “norma subsidiária”, refere-se a uma relação em que em alguns casos, os respectivos conteúdos dos elementos constitutivos dos tipos previstos em várias normas que protegem o mesmo bem jurídico ou o mesmo tipo de bem jurídico são parcialmente coincidentes. Como apontam os estudiosos da Alemanha, a base essencial da relação de subsidiariedade reside em “várias normas protegem o mesmo bem jurídico através de meios diferentes”; a sua estrutura lógica não é a de hierarquia, mas sim parcialmente coincidente⁶. Por exemplo, o crime de “rapto e extorsão” previsto no artigo 239.º e o crime de “tomada de reféns” previsto no artigo 239.ºb do Código Penal da Alemanha, em algumas situações podem constituir relação de subsidiariedade do concurso das normas⁷. O crime de “burla” previsto no artigo 266.º e o crime de “disfarce de trabalhador de entidade do Estado para defraudação” previsto no artigo 279.º do Código Penal da República Popular da China também constituem relação de subsidiariedade do concurso das normas em alguns casos⁸.

A chamada relação de consunção refere-se, na prática, à relação global e parcial no processo de concretização do acto, como um estudioso aponta que a relação de consunção no concurso das normas refere-se a

⁵ Cfr *Introdução ao Direito Penal (Teoria Geral)*, traduzido por Fong Jun, Editora Universidade do Povo da China, 2003, p. 419.

⁶ Cfr *Lições do Direito Penal da Alemanha (Teoria Geral)*, traduzido por Xu Jiu Sheng, Editora Sistema Legal da China, 2001, p. 895.

⁷ V.g., o agente tenta usar os meios de homicídio ou ofensa grave à integridade física da vítima para extorquir dinheiro a terceiro.

⁸ V.g., disfarce de trabalhador do Estado para defraudação de dinheiro ou coisa.

“uma situação em que uma conduta preenche elementos constitutivos plurais da relação entre norma global e norma parcial”⁹. Esta relação de consunção pode incluir quatro situações: primeira, os factos anteriores ao crime, os actos preparatórios ou as tentativas do agente são absorvidos pelo crime consumado; segunda, os factos posteriores ao crime, depois do cometimento do primeiro crime, os actos do agente praticados para assegurar os interesses obtidos ilegalmente; por exemplo, a posse do objecto furtado não constitui autonomamente o crime de apropriação; terceira, os meios usados, nomeadamente, os meios usados pela conduta já foram incluídos nos elementos constitutivos essenciais; por exemplo, o roubo com violência ou as ameaças de violência, não constituem autonomamente crime de violência ou crime de coação; quarta, os factos acompanhadores, o acto que preenche um tipo legal normalmente é um acto acessório que preenche outro tipo legal; por exemplo, o dano na roupa da vítima no processo de homicídio não constitui autonomamente o crime de dano, a ofensa à integridade física no processo de homicídio não constitui autonomamente o crime de ofensa à integridade física. Normalmente, a relação de consunção manifesta-se na inclusão da negação parcial dos valores na negação global dos valores do acto; por isso, há estudiosos que consideram que este tipo de relação não pertence ao concurso das normas.

2) Teoria de quatro relações: significa que além da relação de especialidade, relação de subsidiariedade e relação de consunção, a relação especial do concurso das normas contém mais uma relação de alternativa. A chamada relação de alternativa significa que um acto preenche simultaneamente vários tipos legais, e esses tipos legais não são compatíveis, a aplicação de um vai excluir a aplicação de outros. Por exemplo, no direito penal de alguns países, o crime de subtração de menores e o crime de rapto com fins lucrativos constituem este tipo de relação, quando o agente raptar menores com fins lucrativos, só é possível cometer um crime¹⁰. Há estudiosos que consideram que a relação de alternativa, “na prática, não passa de uma questão de qualificação dos factos, e não é concurso propriamente dito das normas; por isso, não deve ser considerada relação de concurso das normas”¹¹.

⁹ Cfr. *Teoria Geral do Direito Penal*, traduzido por He Li, revisado por Deng You Tian, Editora Direito, 2001, p. 449.

¹⁰ Cfr. Zhang Ming Jie, *Compêndio do Direito Penal Estrangeiro*, editora Universidade Qing Hua, 1999, p.345.

¹¹ Cfr. *Introdução ao Direito Penal (Teoria Geral)*, traduzido por Fong Jun, Editora Univer-

3. Comentários

O autor considera que objectivamente as relações especiais acima referidas do concurso das normas podem distinguir-se em duas situações:

Primeira situação: concurso na produção legislativa. Os elementos constitutivos dos preceitos de várias normas constituem relação de coincidência no momento da produção legislativa, designadamente coincidência inclusiva e coincidência parcial. A relação de coincidência inclusiva é como a relação de especialidade acima referida, nomeadamente, os elementos constitutivos do tipo da norma geral podem incluir totalmente os elementos constitutivos da norma especial; apenas por causa de certas considerações do legislador, alguns elementos incluídos no tipo da norma geral foram extraídos e previstos especialmente, resultando assim a norma especial, e esta constitui uma relação de coincidência inclusiva com norma geral. Por exemplo, no crime de “homicídio” e no crime de “parricídio”, se o legislador não regular especialmente o elemento especial de vítima ser ascendente consagrado no crime de “parricídio”, então a conduta de homicídio do descendente está já incluída no crime de “homicídio”; a qualidade especial da vítima só pode ser uma circunstância modificativa na decisão da pena. Como a relação de coincidência parcial é como a relação de subsidiariedade e a relação de alternativa entre diversas normas acima referidas, embora não exista relação de coincidência inclusiva entre os elementos constitutivos dos preceitos de diversas normas, em certa circunstância, constituem relação de coincidência parcial. Por exemplo, no crime de subtracção de menores e no crime de rapto com fins lucrativos, aquele crime não exige o requisito de fim lucrativo, mas sim o da idade da vítima, ao passo que o último crime exige o requisito de fim lucrativo mas sem a exigência do requisito da idade da vítima; assim, não existe a relação inclusiva entre os dois crimes, mas se o agente raptar com fim lucrativo e a vítima também for menor, os elementos constitutivos dos preceitos dos dois crimes vão constituir uma relação de coincidência parcial.

Segunda situação: concurso na valoração. Este tipo de concurso não tem nada a ver com a produção legislativa, o concurso tem a ver directamente com a valoração da conduta. Por exemplo, o concurso resultante da relação de consunção de normas diferentes acima referidas é uma

relação de concurso de valoração. Sejam factos anteriores, sejam factos posteriores, sejam meios usados ou factos acompanhadores, a essência de concurso reflecte a relação de global e parcial no processo de execução do acto, não há relação directa com a produção legislativa. A determinação da pena da conduta deve ser feita principalmente segundo a valoração global da conduta, por isso constitui uma relação de concurso em que a valoração parcial da conduta é absorvida pela valoração global.

Resumindo o acima mencionado, o autor considera que o concurso das normas pode abranger concurso das normas em sentido estrito e concurso das normas em sentido lato. O concurso das normas em sentido estrito inclui apenas o concurso na produção legislativa e não deve incluir concurso na valoração, ao passo que o concurso das normas em sentido lato abrange o concurso na produção legislativa, também o concurso na valoração. Do ponto de vista dos princípios de tratamento do concurso das normas, o concurso na produção legislativa tem a ver directamente com os respectivos princípios de tratamento. Por isso é um tipo de concurso puro das normas, enquanto que no concurso na valoração, na realidade, não existe princípio de tratamento correspondente, sendo um tipo de concurso de normas impuro.

II. A natureza e os princípios de tratamento do concurso das normas

1. A natureza do concurso das normas

Na teoria do direito penal, os estudiosos consideram unanimemente que o concurso das normas vai identificar um crime único na aplicação das normas. Este consenso quer dizer que concurso puro das normas é também concurso impuro das normas, a sua natureza é a de crime único e não pluralidade de crime. Ou seja, embora no concurso das normas, na aparência, haja uma conduta que preenche vários tipos de preceitos, afinal é apenas cometido um crime único. Por isso, no processo de confirmação do concurso das normas, é necessário prestar atenção à distinção entre o concurso das normas e outras figuras afins de infracções.

1) Distinção entre concurso das normas e concurso ideal. O chamado concurso ideal refere-se a uma conduta que infringe várias normas, que preenche os elementos constitutivos do tipo legal de várias normas. Na verdade, entre concurso ideal e concurso das normas não há diferença

na aparência; em ambos há uma conduta que infringe várias normas; a distinção essencial está na relação entre várias normas. Como acima referido, para constituir concurso das normas, tem de existir uma relação especial entre várias normas, abrangendo relação de coincidência inclusiva, relação de coincidência parcial e relação de consunção. Se não existir este tipo de relação especial entre várias normas, não pode ser constituído concurso das normas e não pode ser considerado cometido um crime único, só deve ser considerado constituído concurso ideal e devem ser considerados cometidos vários crimes. Por exemplo, A tentou matar B pondo fogo à sua casa, causou não só a morte de B, mas também a destruição da casa vizinha pelo fogo. Neste caso, evidentemente, a conduta de fogo posto de A infringiu as normas de homicídio e fogo posto, mas não existe relação especial de concurso das normas; portanto, estas normas constituem concurso ideal, e o caso deve ser tratado como tendo sido cometidos vários crimes¹².

2) Distinção entre concurso das normas e delito implicado. O chamado delito implicado refere-se a uma situação em que o agente, no processo de cometimento de um crime, por causa do acto praticado pelo meio usado ou do acto conducente ao resultado, comete simultaneamente outro crime; assim, o delito implicado abrange os casos de delito implicado entre o acto praticado pelo meio usado e a conduta intencional, e delito implicado entre a conduta intencional e o acto conducente ao resultado. A distinção entre delito implicado e concurso das normas manifesta-se não apenas na diferença de relação entre várias normas; nomeadamente, as normas respeitantes ao delito implicado não têm relação especial, também ambas têm aparências diferentes. No caso de delito implicado, há necessariamente dois ou mais de dois actos, ao passo que só há um acto no concurso das normas. Por exemplo, A esconde a joia furtada em casa, porque o crime de furto inclui já a apropriação ilegal de objecto; na realidade, há apenas um acto de furto e a norma de crime de furto absorve a norma de apropriação ilegal, por isso, constitui o concurso das normas (factos posteriores ao crime na relação de consunção). Mas, se A furtou uma mala, e descobriu que houve dinheiro e droga lá dentro, decidiu esconder o dinheiro e a droga em casa. Assim, é constituída a situação de delito implicado entre a conduta intencional e o acto

¹² A natureza do concurso ideal é a pluralidade de crimes, mas se estes são punidos cumulativamente depende da lei ou da respectiva teoria.

conducente ao resultado, porque quem possuir droga comete um crime independente que não pode ser absorvido por acto de furto; assim, a situação deve ser tratada como vários crimes cometidos¹³.

3) Distinção entre o concurso das normas e o delito absorvido. O chamado delito absorvido refere-se a uma situação em que entre várias condutas, segundo a teoria geral, uma conduta pode absorver outras. Por isso, o ponto comum de concurso das normas e delito absorvido reside em ambos terem uma relação de absorção, a sua distinção principal reside em natureza diferente de absorção. Em caso de concurso das normas, só há uma conduta, a natureza da absorção reside na absorção da norma que pune uma parte da conduta pela norma que pune a totalidade da conduta; por isso é a absorção pura entre normas. Em caso de delito absorvido, é necessário existir várias condutas, segundo a observação do desenvolvimento e da função de várias condutas, a sua natureza de absorção reside na absorção de conduta secundária pela conduta primária, ou seja, é a absorção entre condutas. Por exemplo, A arromba a porta da casa de B e introduz-se nela. Porque o arrobamento da porta e a intromissão na casa de B são na realidade, fases diferentes da conduta de violação da casa de B, tal constitui concurso das normas (factos acompanhadores da relação de consunção). Se A arromba a porta da casa de B e se introduz nela e pratica a conduta de homicídio, então, existem duas condutas de intromissão na casa alheia e de homicídio que não podem constituir concurso das normas. Mas existem vínculos inseparáveis entre a intromissão em casa alheia e o homicídio; assim, estas constituem uma situação de cometimento do delito absorvido, a conduta de homicídio absorve a conduta de intromissão na casa alheia.

2. Os princípios de tratamento do concurso das normas

Os chamados princípios de tratamento do concurso das normas referem-se a princípios que indicam quando existe o concurso das normas e qual das normas deve ser aplicada. Como acima referido, para o concurso ímpuro das normas, a essência da relação de absorção entre as normas é a relação de global e parcial, é necessária e legítima a absorção da norma que pune uma parte da conduta pela norma que pune a totalidade da

¹³ A natureza do crime implicado também é pluralidade de crimes, mas se estes são punidos cumulativamente depende da lei ou da respectiva teoria.

conduta; assim, este tipo de concurso é apenas um concurso de valoração, em certo sentido, não existindo o princípio de aplicar qual das normas para a condenação. Neste caso, a única coisa a considerar é o significado da norma absorvida, ou excluída para a determinação da medida da pena no processo de condenação. Como aponta um estudioso “a norma excluída ainda vai influenciar a medida da pena da norma aplicada. Por isso, é necessário considerar o limite mínimo mais alto da pena, e é admitido ao tribunal aplicar a pena acessória e a medida de segurança da norma excluída”¹⁴.

Para o concurso puro das normas, os princípios de tratamento são os dois seguintes:

1) Norma especial prevalece sobre norma geral. Este princípio aplica-se apenas à relação de coincidência inclusiva no concurso das normas, nomeadamente, à relação de especialidade entre as normas no concurso das normas, pois, neste tipo de concurso, as normas são divididas em norma geral e norma especial. Do ponto de vista da *ratio legis*, devido a algumas considerações do legislador, algumas situações foram abstraídas das situações abrangidas pela norma geral e reguladas especialmente, constituindo assim normas especiais. Assim, quando uma conduta preenche o tipo da norma especial, esta preenche necessariamente o tipo fundamental da norma geral. Nesta situação, excluindo a aplicação da norma geral e aplicando-se a norma especial, obviamente, corresponde à *ratio legis*. Por exemplo, o “homicídio por negligência” é uma norma geral, mas considerando que em certas circunstâncias, as situações de homicídio por negligência acontecem frequentemente, e para prevenir tais situações, o legislador incrimina o homicídio por negligência em determinadas circunstâncias incriminando especialmente, assim, o “acidente com responsabilidade considerável”, “responsabilidade médica por erros dos profissionais de saúde”, “responsabilidade por acidente de viação” nas normas especiais. Para este tipo de conduta que causa a morte por negligência, deve ser determinada a pena segundo o crime previsto na norma especial, de acordo com o princípio de que norma especial prevalece sobre norma geral.

O princípio da prevalência da norma especial sobre a norma geral abrange duas situações: primeira, a norma especial prevalece sobre a nor-

¹⁴ Cfr *Lições do Direito Penal da Alemanha*, traduzido por Xu Jiu Sheng, Editora Sistema Legal da China, 2001, p. 900.

ma geral, como o caso do “crime de homicídio” e o caso do “crime de parricídio”; segunda entre leis diferentes: o Direito Penal Especial prevalece sobre Direito Penal Geral.

2) Princípio da norma mais grave prevalece sobre a norma menos grave. Este princípio de tratamento aplica-se apenas à relação de coincidência parcial do concurso das normas, nomeadamente à relação de subsidiariedade e à relação de alternativa do concurso das normas. Porque nesta situação de concurso das normas, aparece coincidência parcial entre várias normas, não há relação de norma geral e especial. Quando uma conduta preenche o tipo de várias normas, dado que a situação não pode ser considerada como de cometimento de vários crimes, objectivamente, deixa à autoridade uma margem de escolha. Assim, segundo o princípio da correspondência entre a medida da culpa e a medida da pena, deve ser aplicada a norma mais grave e excluída a norma mais leve. Por exemplo, o rapto de menor com fim lucrativo, acima referido, preenche o tipo do crime de subtração de menores e também preenche o tipo de rapto com fim lucrativo, constituindo coincidência parcial entre as normas; assim, em relação ao concurso das normas de tipo de coincidência parcial, na prática, não há dois crimes, só pode haver um crime, e deve ser determinada a pena segundo a norma mais grave. Se as duas normas têm penas iguais, deve ser analisado o caso e punir-se segundo a norma que pode aplicar a pena mais grave.

III. Características do concurso das normas na produção legislativa no Direito Penal de Macau

Como acontece no Direito Penal de outros países ou regiões de sistema do continente europeu, o Direito Penal de Macau está cheio de situações de concurso das normas. Do ponto de vista da produção legislativa, o concurso das normas no Direito Penal de Macau reveste-se de duas características evidentes:

1.^a O uso em grande quantidade da técnica legislativa do concurso das normas de tipo de coincidência inclusiva na mesma lei

Esta característica é mais evidente no Código Penal de Macau. Segundo estatísticas iniciais, há treze relações de especialidade do concurso

das normas mais evidentes, como se segue: a) norma geral “homicídio” (128)¹⁵ e norma especial “homicídio qualificado” (129), “homicídio privilegiado” (130), “infanticídio” (131), “homicídio a pedido da vítima” (132); b) norma geral “ofensa simples à integridade física” (137), “ofensa grave à integridade física” (138) e norma especial “ofensa qualificada à integridade física” (140), “ofensa privilegiada à integridade física” (141); c) norma geral “coação” (148) e norma especial “coação grave” (149); d) norma geral “lenocínio” (163) e norma especial “lenocínio agravado” (164); e) norma geral “furto” (197) e norma especial “furto qualificado” (198); f) norma geral “dano” (206) e norma especial “dano qualificado” (207), “dano com violência” (208); g) norma geral “burla” (211) e norma especial “burla relativa a seguros e para obtenção de alimentos” (212), “burla informática” (213), “emissão de cheque sem provisão” (214); h) norma geral “falsificação de documento” (244) e norma especial “falsificação de documento de especial valor” (245), “falsificação praticada por funcionário” (246); i) norma geral “homicídio por negligência” (134) e norma especial “incêndios, explosões e outras condutas especialmente perigosas” (264), “energia nuclear” (265), “infracção de regras de construção e perturbação de serviços” (267), “poluição” (268), “corrupção de substâncias alimentares ou medicinais” (269), “propagação de doença, alteração de análise ou de receituário” (270), “atentado à segurança de transporte” (276), “condução perigosa de meio de transporte” (277), “atentado à segurança de transporte rodoviário” (278), “condução perigosa de veículo rodoviário” (279);¹⁶ j) norma geral “associação criminosa” (288) e norma especial “organização terrorista” (289)¹⁷; k) norma geral “participação em motim” (291) e norma especial “participação em motim armado” (292); m) norma geral “favorecimento pessoal” (331) e norma especial “favorecimento pessoal praticado por funcionário” (332); n) norma geral “violação de segredo” (348) e norma especial “violação de segredo de correspondência ou telecomunicações” (349).

No Direito Penal de Macau, não há muitos casos de concurso das normas de tipo de coincidência parcial, como “ameaça” (147) e “coação”

¹⁵ O número entre parêntesis significa o número de artigo, também infra.

¹⁶ Nesta situação, para constituir concurso das normas, os crimes previstos nas normas especiais, em primeiro lugar, têm que ser crime por negligência, em segundo lugar, produzirem a agravação pelo resultado, nomeadamente, causa a morte de outrem.

¹⁷ O artigo que prevê o crime de “organização terrorista” foi revogado pela Lei de Prevenção e Repressão dos Crimes de Terrorismo.

(148), “rapto” (154) e “tomada de reféns” (155), “lenocínio” (163) e “lenocínio de menor” (170); sob certas condições, podem constituir concurso das normas de tipo de coincidência parcial.

2.^a Alta probabilidade do concurso das normas entre o Direito Penal Geral e o Direito Penal Especial

Nos países ou territórios de sistema do continente europeu, o direito penal geral refere-se normalmente ao código penal; o direito penal especial refere-se a leis penais avulsas e normas penais nas leis não penais. O concurso das normas entre o direito penal geral e o direito penal especial pode incluir principalmente duas situações: em primeiro lugar, os elementos constitutivos do tipo previstos no direito penal geral pertencem a norma geral e os elementos constitutivos do tipo previstos no direito penal especial pertencem a norma especial, constituindo assim concurso das normas de tipo de coincidência inclusiva; em segundo lugar, o conteúdo dos elementos constitutivos do tipo de crime previsto no direito penal especial constitui coincidência parcial com o do tipo de crime previsto no direito penal geral, constituindo assim concurso das normas do tipo de coincidência parcial. No direito penal de Macau, o concurso das normas entre o direito penal geral e o direito penal especial distingue-se na primeira situação, portanto, fundamentalmente, é do tipo de coincidência inclusiva.

Por exemplo, entre o Código Penal de Macau e a Lei da Criminalidade Organizada, “associação criminosa” do primeiro (288) e “associação ou sociedade secreta” do último (2); “extorsão” do primeiro (215) e “extorsão a pretexto de protecção” do último (3); “ameaça” do primeiro (147), “coação” (148) e “condutas puníveis em locais públicos” do último (9)¹⁸; “violação de segredo de justiça” do primeiro (335) e “violação de segredo de justiça” do último (13); “associação criminosa” do Código Penal de Macau (288) e “associações de delinquentes” do decreto-lei que criminaliza actos de tráfico e consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas e promove medidas de combate à toxic dependência (15); “burla”

¹⁸ Segundo a Lei da Criminalidade Organizada, quem, em locais públicos ou de acesso público, exibir atitude susceptível de provocar justo receio à segurança ou bem estar de alguém, ou reter, exigir ou constringer a entregar, sem justificação, dinheiro ou outros valores, comete este crime.

do Código Penal de Macau (211) e “fraude sobre mercadorias” do regime jurídico das infracções contra a saúde pública e contra a economia (28); entre o Código Penal de Macau e a Lei da Imigração Clandestina, “extorsão” do primeiro (215) e “extorsão e chantagem” do último (10); “falsificação de documento” do primeiro (244) e “falsificação de documentos” do último (11); “falsidade de depoimento de parte ou declaração” do primeiro (323) e “falsas declarações sobre a identidade” do último (12); “uso de documento de identificação alheio” do primeiro (251) e “uso ou posse de documento alheio” do último (13); “usura” do Código Penal de Macau (219) e “usura para jogo” do regime do jogo ilícito (13); “omissão de auxílio” do Código Penal de Macau (194) e “abandono de sinistrados” (62) e “dever de prestação de socorros” do Código da Estrada (63); “homicídio qualificado” do Código Penal de Macau (129) e “homicídio para colheita de órgãos ou tecidos” da Lei que regula a dádiva, a colheita e a transplantação de órgãos e tecidos de origem humana (16).

Além das situações de concurso das normas do tipo de coincidência inclusiva acima referidas, existem também situações de concurso das normas de tipo de coincidência parcial entre o direito penal geral e o direito penal especial, mas não há muitas, como “lenocínio” (163), “lenocínio agravado” (164) do Código Penal de Macau e “exploração de prostituição” (8) da Lei da Criminalidade Organizada. Além disso, entre as leis do Direito Penal Especial, existem também as situações de concurso das normas de tipo de coincidência parcial, como “Cartel ilícito para jogo” (11) da Lei da Criminalidade Organizada e “exploração ilícita de jogo” (1), “jogo fraudulento” (6) do Regime do Jogo Ilícito.

3. Comentários

Teoricamente, devido à complexidade e à variedade dos crimes, a técnica legislativa do concurso das normas tem a respectiva necessidade e razoabilidade. Sobretudo, é vantajoso para reflectir o princípio da culpa o concurso das normas de relação de coincidência inclusiva. Porque, embora seja o mesmo tipo de crime, é sempre diferente o grau de prejuízo da conduta com objectos diferentes, meios de execução diferentes, circunstâncias diferentes e resultados diferentes. Por exemplo, o parricídio e o homicídio com a prática de acto de crueldade são ambos homicídios, mas representam um mal subjectivo do agente grande; também a influência social deste mal é grande e, por isso o prejuízo também é grande; pelo

contrário, no caso de homicídio por emoção violenta ou homicídio a pedido de vítima, o mal subjectivo do agente e a influência social é menor e, por isso, o prejuízo é menor. Nesta situação, o uso da técnica legislativa do concurso das normas para prever diferentes crimes de homicídio e punir com penas diferentes pode reflectir completamente o princípio da culpa, e na prática, também é vantajoso para os órgãos judiciais aplicarem as normas unanimemente.

Mas, toda a coisa tem a face e o reverso. O uso razoável do concurso das normas na técnica legislativa, naturalmente, vai ser vantajoso para reflectir o princípio da culpa; mas o uso inadequado da técnica legislativa do concurso das normas pode causar alguns problemas de irrazoabilidade na produção legislativa, por isso devendo chamar a atenção do legislador. No que diz respeito às situações do concurso das normas no direito penal de Macau, vale a pena estudar os problemas nas duas vertentes.

1) O problema de coordenação entre as normas, como acima referido. O objectivo principal do uso do concurso das normas é reflectir o princípio da culpa; por isso, o legislador deve considerar suficientemente a coordenação entre várias normas no uso da técnica legislativa do concurso das normas. Para quem tiver mais culpa, a pena é relativamente mais pesada; caso contrário, quem tem menos culpa, a pena é mais leve, o que parece não ser razoável. Por exemplo, no crime de “extorsão” (215) do Código Penal de Macau como norma geral, a respectiva pena tem três categorias, a segunda categoria é a pena de três a quinze anos de prisão, as circunstâncias da pena desta categoria incluem: valor da coisa móvel elevado, ou trazendo, no momento do crime, arma aparente ou oculta, ou o agente ser membro de grupo destinado à prática reiterada de crimes contra o património com a colaboração de outro membro, ou o agente produzir perigo para a vida de outra pessoa ou lhe infrinja, pelo menos por negligência, ofensa grave à integridade física. E no crime de “extorsão a pretexto de protecção” (3) da Lei da Criminalidade Organizada, como norma especial, a pena tem apenas uma categoria, dois a dez anos de prisão.

Isso vai gerar uma sensação de não concordância: se os membros de sociedade secreta usarem armas e propuserem a protecção em grupo para extorsão, segundo o princípio da norma especial que prevalece sobre a norma geral, naturalmente, são condenados pelo crime de “extorsão a pretexto de protecção”, com pena de limite máximo de dez anos de prisão. Mas, se o agente que usa a arma para extorsão não for membro de

sociedade secreta, então, o limite máxima da pena é de quinze anos de prisão. Será isso razoável? De facto, será que a circunstância de o “agente ser membro de grupo destinado à prática reiterada de crimes contra o património com a colaboração de outro membro” acima referida se refere essencialmente a um grupo de natureza de sociedade secreta? Porquê a pena que pune, na norma geral, é de quinze anos de prisão, enquanto que a pena que pune, na norma especial é de dez anos de prisão? Será que a sociedade secreta é uma circunstância modificativa atenuante? Situação idêntica acontece também na “extorsão e chantagem” (10) na Lei de Imigração Clandestina, porque este crime é punido com pena de dois a oito anos de prisão, então, se o agente extorquir com arma, e se a pena for determinada segundo a norma especial de “extorsão e chantagem”, vai acontecer a mesma situação irrazoável de aplicar pena mais leve do mesmo crime. Além disso, o crime de “homicídio por negligência” previsto no artigo 134.º e o crime de “condução perigosa de veículo rodoviário” previsto no artigo 279.º do Código Penal de Macau também têm um problema de não concordância de penas¹⁹.

2) O problema da denominação dos crimes. O uso da técnica legislativa do concurso das normas tem que considerar a concisão da denominação dos crimes, especialmente, no tratamento da relação entre o direito penal geral e o direito penal especial; tal problema merece mais atenção. A incriminação de novos tipos de crimes no direito penal especial, uma vez constituir concurso das normas com o direito penal geral, deve considerar a necessidade de incriminação do tipo e a ciência da denominação.

A chamada necessidade de incriminação tem origem no princípio da culpa; no grau de prejuízo social reflectido no crime previsto na norma especial ser mais grave ou mais leve do que na norma geral. Se não há diferença de prejuízo social entre estes, a pena da norma geral já pode abranger a norma especial e então não é necessário incriminar novo tipo de crime, desde que as normas do direito penal especial remetam para as normas do direito penal geral para aplicar as penas. Caso contrário, a incriminação de novo tipo de crime não tem significado prático, e vai causar confusão legislativa. Por exemplo, na Lei de Imigração Clandestina, o legislador incrimina dois novos tipos de crimes, nomeadamente, “falsas declarações sobre a identidade” (12) e “uso ou posse de documento alheio” (13), sendo o limite máximo da pena destes dois crimes três anos

¹⁹ Sobre a não concordância das penas destes dois crimes, vide infra.

de prisão. Mas no Código Penal de Macau, os crimes relativos são "falsidade de depoimento de parte ou declaração" (323) e "uso de documento de identificação alheio" (251), que basicamente podem abranger os dois crimes acima referidos, o limite máximo da pena também é três anos de prisão. Neste caso, não existe o problema de pena mais grave ou menos grave entre a norma geral e a norma especial, por isso, não é necessário incriminar novo tipo de crime através de norma especial. Em segundo lugar, a ciência da denominação dos crimes refere-se à situação em que embora haja necessidade de incriminação dos crimes, a denominação dos crimes punidos na norma especial não pode ser igual à denominação no direito penal geral. Por exemplo, "homicídio" e "homicídio qualificado", "furto" e "furto qualificado", embora sejam tipos essencialmente iguais, têm diferenças na denominação. Caso contrário, denominações completamente idênticas não são científicas. Por exemplo, já existem no Código Penal de Macau os crimes de "falsificação de documento" (244) e de "violação de segredo de justiça" (335), mas as normas que constituem concurso com as normas que punem este dois crimes na Lei da Imigração Clandestina e na Lei da Criminalidade Organizada também punem os crimes de "falsificação de documentos" (11) e de "violação de segredo de justiça" (13). Ora isso vai causar confusão desnecessária de denominações dos crimes.

IV. Teoria e práticas jurisprudenciais do concurso das normas

A compreensão correcta e a dominação da teoria básica do concurso das normas têm significados práticos que não se podem negligenciar nas práticas judiciais para decidir as medidas das penas. Certamente, para as questões práticas, não é estranho que exista divergência entre a teoria e a prática, mas isso tem que ser encarado com estudo profundo. Este tipo de estudo tem que ser feito localmente e baseado em teoria ou prática do direito de todos os países do mundo, especialmente, dos países do sistema do continente europeu. Considerando isso, o autor vai falar sobre o problema de decisão da medida das penas respeitantes a perigo ou dano causado por casos de acidentes de viação de que tomou conhecimento aqui em Macau.

Em 29 de Dezembro de 2004, o Jornal Ou Mun publicou três casos envolvendo acidente de viação. No primeiro caso, o arguido conduzia um

automóvel ligeiro à saída da ponte Sai Van; tendo mudou da faixa direita para a faixa esquerda em alta velocidade, bateu contra um moto que seguia nesta faixa, ferindo o motorista gravemente, que caiu no chão e feriu a cabeça, morrendo depois de tratamento de urgência. O procurador do caso considerou que o arguido violou as regras de trânsito e o Código da Estrada, causou a morte de outrem em circunstâncias graves; por isso, acusou-o de crime de “homicídio por negligência” (134). No segundo caso, o arguido conduzia um automóvel ligeiro; por não conduzir com cautela, não moderou a velocidade na aproximação da passagem para peões, violou as regras de trânsito e o Código da Estrada, bateu contra um peão que atravessava a passagem, ferindo-o. A vítima partiu o quinto dedo do pé esquerdo, só ficou curada após cinco meses, por isso, o procurador do caso acusou-o de crime de “ofensa grave à integridade física por negligência” (142). No terceiro caso, o arguido conduzia um moto sem estar legalmente habilitado para o efeito; para escapar à perseguição da polícia, conduziu duas vezes em sentido oposto ao legalmente estabelecido, chocou com um automóvel ligeiro e fugiu à responsabilidade. O procurador do caso considerou que a conduta do arguido causou grande perigo à vida e à propriedade de outros condutores, tendo-se posto em fuga depois do acidente; por isso acusou-o do crime de “condução perigosa de veículo rodoviário” (279). Analizemos teoricamente os três casos de uma forma simples:

1. Primeiro caso

Obviamente, este caso tem a ver com o problema de concurso das normas, sendo da relação de especialidade do tipo de coincidência inclusiva. O crime de “homicídio por negligência” previsto no artigo 134.º do Código Penal de Macau é norma geral, o crime de “condução perigosa de veículo rodoviário” previsto no artigo 279.º do Código Penal de Macau é norma especial. Normalmente, segundo o princípio da norma especial, este prevalece sobre a norma geral, o arguido deve ser acusado do crime de “condução perigosa de veículo rodoviário”. Porquê sai um resultado contrário? Segundo a compreensão do autor, três razões principais conduzem a esse resultado: primeira, este tipo de caso em Macau foi assim tratado anteriormente; segunda, o crime de “condução perigosa de veículo rodoviário” pertence ao crime de perigo e o crime de “homicídio por negligência” é um crime de resultado, não constituem os dois concurso das normas; terceira, o limite máximo da pena do crime de “homicídio

por negligência” é de cinco anos de prisão, ao passo que o limite máximo do crime de “condução perigosa de veículo rodoviário”, embora agravado, é de apenas quatro anos de prisão. O autor considera que entre as três razões, a primeira não vale a pena ser refutada e as outras não são convincentes.

Em primeiro lugar, o chamado crime de resultado inclui duas situações: primeira, só se dá a consumação do crime se a conduta produzir o resultado previsto na lei, por exemplo, para o homicídio premeditado, só é consumado o homicídio se se verificar a morte da vítima; segunda, só há crime se se verificar o resultado previsto na lei, por exemplo, no cometimento do crime de homicídio por negligência tem de resultar a morte de outrem por uma conduta negligente, caso contrário não há crime. No chamado crime de perigo, só há crime consumado quando causar estado de perigosidade previsto na lei, por isso os crimes contra a segurança pública pertencem, na sua maioria, a crime de perigo; por exemplo, a conduta de fogo posto é crime quando rebenta o incêndio. Mas o perigo não é igual a dano, o crime de perigo pode continuar a produzir danos; e o acontecimento de danos não vai influenciar a consumação do crime, mas vai influenciar a medida da pena e agravar a pena para o agente. Se a lei tiver previsto esta situação de agravação da pena, uma vez acontecido o resultado de danos de crime de perigo, é cometido um crime agravado pelo resultado; por exemplo, o homicídio ou o prejuízo patrimonial de valor elevado causado pelo fogo posto é crime de fogo posto agravado pelo resultado. Por isso, o crime agravado pelo resultado não altera o crime original; não altera o conteúdo dos elementos constitutivos do tipo legal, acrescenta-se a agravação legal com base nos elementos constitutivos originais.

A teoria básica do crime agravado pelo resultado representa a questão de fundo de o crime de resultado e o crime de perigo poderem ou não constituir concurso das normas e reside em o crime de perigo pertencer ou não a crime agravado pelo resultado na produção legislativa. Se for crime agravado pelo resultado, então, uma vez acontecida a agravação pelo resultado, teoricamente já não existe qualquer obstáculo na constituição do concurso das normas entre o crime de perigo e o crime de resultado, seja na teoria, seja na prática, não causando este ponto divergência de opiniões. Segundo a disposição do artigo 281º do Código Penal de Macau, o crime de “condução perigosa de veículo rodoviário” é exactamente um crime agravado pelo resultado, porque, de acordo com o disposto

naquele artigo, se se conduzir perigosamente veículo rodoviário ocorrer morte ou ofensa grave à integridade física, a pena original é agravada de um terço nos limites mínimos e máximos; nomeadamente, quando acontece o resultado de agravação legalmente estipulado, a pena máxima do crime de “condução perigosa de veículo rodoviário” é de quatro anos de prisão. Daí o crime de “condução perigosa de veículo rodoviário” ser um crime de perigo e recusar-se reconhecer a possibilidade de concurso com o crime de resultado de “homicídio por negligência”, por não existir fundamento.

Em segundo lugar, do ponto de vista da medida das penas, o limite máximo da pena no crime de “homicídio por negligência” é cinco anos de prisão, ao passo que o limite máximo da pena no crime de “condução perigosa de veículo rodoviária” é quatro anos de prisão; isto reflecte a irrazoabilidade na produção legislativa. A razão de o legislador punir a conduta de homicídio por negligência durante a condução de veículo e dispor uma norma especial no processo legislativo, é porque este tipo de homicídio por negligência acontece com alta propabilidade, e normalmente o agente tem a intenção de violar as regras, uma vez ocorrida a situação de homicídio por negligência, devendo o limite máximo da pena ser superior ao do homicídio por negligência punido na norma geral. Este ponto reflecte que alguns crimes de perigo são crimes contra a segurança pública causando a morte de outrem por negligência. Por exemplo, quem provoca “incêndios, explosões e outras condutas especialmente perigosas” por negligência, destas condutas resultando a morte de outrem, a pena máxima pode atingir dez anos e oito meses de prisão. Mas, será que aqui o problema é o da não razoabilidade na produção legislativa poder ou não ser fundamento de violação do princípio fundamental de tratamento do concurso das normas? Obviamente, não pode. A não razoabilidade na produção legislativa é da responsabilizada do legislador e deve ser alterada o mais rápido possível. O aplicador da lei não pode conhecer o caso contra o senso comum por causa da não razoabilidade na produção legislativa. Caso contrário, sem ter em conta a teoria básica e as regras gerais, conhecendo o caso arbitrariamente, tal vai certamente perturbar o sistema legal. Por exemplo, hoje pune-se o homicídio por negligência causado pela conduta de “condução perigosa de veículo rodoviário” segundo a norma geral do “homicídio por negligência”. E amanhã, em face de homicídio por negligência resultado de “conduta de fogo posto, explosão ou outros actos especialmente perigosos”, como se deve decidir a pena? Se se decidir

a pena segundo a norma geral de "homicídio por negligência", será isso razoável? Se se decidir a pena segundo a norma especial, porque é que não se aplica a lei da mesma maneira em situações idênticas?

Enfim, o que é necessário apontar é que a decisão da medida da pena do crime de "condução perigosa de veículo rodoviário" agravada pelo resultado segundo a pena do crime de "homicídio por negligência" previsto na norma geral também não corresponde a *ratio legis*. A razão é muito simples, o legislador, quando regula a situação da agravação pelo resultado no crime de "condução perigosa de veículo rodoviário", assume já ter considerado essa situação (embora não seja razoável a medida da pena). Neste tipo de situação, se decidirmos a medida da pena de acordo com a norma geral de "homicídio por negligência", então, será que o disposto feito pelo legislador neste crime agravado pelo resultado saiu vão? Terá assim qualquer significado prático?

Resumido o acima referido, o autor considera que o crime de "condução perigosa de veículo rodoviário" quando causa o resultado de morte de outrem, constitui um concurso típico das normas onde o "homicídio por negligência" é norma geral e a "condução perigosa de veículo rodoviário" é uma norma especial. Segundo o princípio da norma especial, esta prevalece sobre a norma geral, devendo o agente ser condenado pelo crime de "condução perigosa de veículo rodoviário" e agravada a pena pela disposição prevista no artigo 281.º do Código Penal de Macau.

2. Segundo caso

Este caso é confuso, porque segundo a disposição do artigo 281.º do Código Penal de Macau, a "condução perigosa de veículo rodoviário" só é crime agravado pelo resultado quando resultam duas consequências: primeira, a morte de outrem; segunda, ofensa grave à integridade física de outrem. Se a "condução perigosa de veículo rodoviário" resulta apenas em ofensa simples à integridade física de outrem, não há crime agravado pelo resultado e assim não pode constituir concurso das normas com o crime de "ofensa à integridade física por negligência". Por isso, a questão de fundo de o crime de "condução perigosa de veículo rodoviário" poder ou não constituir concurso das normas com o crime de "ofensa à integridade física por negligência" previsto no n.º 3 do artigo 142.º do Código Penal de Macau é o grau de ferimento de vítima. Se o grau de ferimento for "grave", constitui concurso das normas e o agente deve ser condenado

pelo crime de “condução perigosa de veículo rodoviário”, agravado pelo resultado; se o grau de ferimento for “normal”, não constitui concurso das normas, neste caso, considerando ter resultado prejuízo real, poderá ser mais adequado condenar pelo crime de “ofensa à integridade física por negligência”, e decidir a medida da pena segundo o n.º 1 daquele artigo. Mas, segundo a reportagem deste caso, uma vez que o procurador do caso acusou o arguido de crime de ofensa grave à integridade física por negligência, parece que a ofensa atingiu o grau “grave”; a ter sido assim, não devia ter acusado o arguido pelo crime de “ofensa à integridade física por negligência”, mas sim pelo de “condução perigosa de veículo rodoviário”. As razões são idênticas, às acima referidas.

O que merece mais atenção é que há quem considere que nos casos de concurso das normas, normalmente, os estudiosos portugueses aplicam o princípio da pena mais grave: prevalece sobre a pena menos grave para decidir a medida da pena. Dos crimes envolvidos no segundo caso se pode ver que este ponto de vista é contraditório, para além de não corresponder à *ratio legis* de concurso entre norma geral e norma especial. Porque, do ponto de vista das penas, a pena máxima do crime de “ofensa à integridade física por negligência” prevista no n.º 3 do artigo 142 do Código Penal de Macau é de três anos de prisão, obviamente é inferior à pena máxima do crime de “condução perigosa de veículo rodoviário” agravado pelo resultado. Assim, porque não foi aplicado o princípio da pena mais grave prevalecendo sobre o da pena menos grave? Numa palavra, no que diz respeito ao concurso das normas, a jurisprudência do tribunal de Macau viola completamente a teoria básica do direito penal, é contraditória e não pode de todo autojustificar-se.

3. Terceiro caso

A qualificação deste caso é correcta, porque, objectivamente, o arguido causou apenas um estado de perigosidade, mas sem resultado de ofensas; por isso, o crime cometido não pode constituir concurso com o crime de “homicídio por negligência” ou o crime de “ofensa à integridade física por negligência”. A condenação pelo crime de “condução perigosa de veículo rodoviário” corresponde à disposição da lei.

