

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS**

JOÃO PEDRO FRANKE CASTRO

“PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO”

Análise doutrinária e jurisprudencial sobre conceito, requisitos e hipóteses de aplicação.

Porto Alegre
2018

JOÃO PEDRO FRANKE CASTRO

“PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO”

Análise doutrinária e jurisprudencial sobre conceito, requisitos e hipóteses de aplicação.

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientadora (o): Professora Doutora Vanessa Chiari Gonçalves

Porto Alegre
2018

JOÃO PEDRO FRANKE CASTRO

“PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO”

Análise doutrinária e jurisprudencial sobre conceito, requisitos e hipóteses de aplicação.

Trabalho de Conclusão de curso apresentado como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito, junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovado em: 16 de janeiro de 2018.

BANCA EXAMINADORA:

Prof.^a Dr.^a Vanessa Chiari Gonçalves
Orientadora

Prof. Dr. Ângelo Roberto Ilha da Silva

Prof. Dr. Pablo Rodrigo Alflen da Silva

“Acho que a inteligência é uma coisa que exige esforço para se conseguir [...] não é simplesmente um dom [...]. A maioria das crianças não se oferece para responder a uma pergunta se não tiver certeza da resposta. Mas eu geralmente levanto minha mão para responder, porque, se estiver errada, meu erro será corrigido. Ou então levanto a mão e pergunto: “Como posso resolver esse problema?”, ou “Não entendi bem. Você pode me ajudar?”. Fazendo isso, estou aumentando minha inteligência.”

Carol S. Dweck

AGRADECIMENTOS

A todos que de alguma forma participaram desta jornada. Não existem conquistas individuais. Sem vocês, nada seria possível. Muito obrigado.

RESUMO

O presente trabalho é pautado na atual controvérsia jurisprudencial versando o Princípio da Consunção, um dos princípios resolutivos dos conflitos aparentes de normas, sobre a possibilidade de sua aplicação nos casos em que o crime-meio possui maior gravidade do que o crime-fim. A partir dela, surgiram outras dúvidas, ainda não pacíficas na doutrina e na jurisprudência, referentes à matéria: Qual o conceito mais adequado de conflito aparente de normas? Quais e quantos são os princípios resolutivos dessa espécie de conflito? Como se diferenciam entre si? Para responder a estes questionamentos, foi realizada uma pesquisa doutrinária e contrastada com a jurisprudência. No primeiro capítulo, foram analisados os conceitos de conflito aparente de normas e de seus princípios resolutivos, à exceção do Princípio da Consunção. Concluiu-se neste capítulo, além de conceituado os conflitos aparentes de normas, que o critério para determinação dos princípios é pautado na autonomia e defendido que são três princípios resolutivos: especialidade, subsidiariedade e consunção, ficando excluído o princípio da alternatividade. No segundo capítulo, foram explorados o princípio da consunção e suas hipóteses de sua aplicação: de imperfeição para perfeição, de auxílio à conduta direta, de *minus* para *plus*, de meio para fim e de parte para o todo. Concluiu-se que a hipótese de crimes complexos (meio para fim) não é solucionada pelo princípio da consunção, e sim pelos princípios da especialidade e da subsidiariedade. Por fim, foi analisada a dissidência jurisprudencial, concluindo que é possível que o crime-meio seja de menor gravidade nos casos que dependam da relação de continência.

Palavras-chave: Direito Penal. Conflito Aparente de Normas. Princípio da Consunção.

RESUMEN

El presente trabajo es pautado en la actual controversia jurisprudencial versando el Principio de Consunción, uno de los principios resueltos de los conflictos aparentes de normas, sobre la posibilidad de su aplicación en los casos en que el crimen-medio tiene mayor gravedad que el crimen fin. A partir de ella, surgieron otras preguntas, aún no pacíficas en la doctrina y en la jurisprudencia, referentes a la materia: ¿Cuál es el concepto más adecuado de conflicto aparente de normas? ¿Cuántos son los principios resueltos de esta especie de conflicto? ¿Cómo se diferencian entre sí? Para responder a estos cuestionamientos, se realizó una investigación doctrinal y contrastada con la jurisprudencia. En el primer capítulo, se analizaron los conceptos de conflicto aparente de normas y de sus principios resolutivos, a excepción del principio de consunción. Se concluye en este capítulo que el criterio para la determinación de los principios es pautado en la autonomía y defendido que son tres principios: especialidad, subsidiariedad y consunción, quedando excluido el principio de la alternatividad. En el segundo capítulo, se exploró el principio de la consunción y los casos de su aplicación que aparecen en la doctrina: de imperfección para perfección, de auxilio a conducta directa, de minus a plus, de medio a fin y de parte a todo. Se llegó a la conclusión que la hipótesis de delitos complejos (medio a fin) no se resuelve por el principio de consunción, sino por los principios de la especialidad y de la subsidiariedad. Por último, se analizó la disidencia jurisprudencial, concluyendo que es posible que el delito-medio sea más grave en los casos que dependen de relación de continencia.

Palabras clave: Derecho Penal. Conflicto Aparente de Disposiciones Penales. Principio de Consunción.

ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CP	Código Penal
CPM	Código Penal Militar
DBA	Declaração de Bagagem Acompanhada
HC	Habeas Corpus
TJ/DF	Tribunal de Justiça do Distrito Federal
TJ/RS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STM	Superior Tribunal Militar

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 CONFLITO APARENTE DE NORMAS E SEUS PRINCÍPIOS RESOLUTIVOS	14
1.1.1 Conflito aparente de Normas	14
1.2 Os princípios resolutivos dos conflitos aparentes de normas	17
1.2.1 Princípio da Especialidade	20
1.2.2 Princípio da Subsidiariedade	24
1.2.3 Princípio da Alternatividade	31
2 PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO: CRIME PROGRESSIVO, CRIME COMPLEXO E PROGRESSÃO CRIMINOSA.	35
2.1 O conceito de princípio da consunção	35
2.2 Princípio da Consunção e o Crime Progressivo.....	37
2.3 Princípio da Consunção e o Crime Complexo	38
2.4 Princípio da Consunção e a Progressão Criminosa.....	41
2.5 Pendente controvérsia na Jurisprudência: O crime-meio como o crime de maior gravidade.	44
CONCLUSÃO	49
REFERÊNCIAS	52

INTRODUÇÃO

O princípio da consunção, cerne deste trabalho de conclusão de curso, compõe, juntamente com os princípios da especialidade e da subsidiariedade (e, para alguns autores brasileiros, o princípio da alternatividade¹), os princípios aplicáveis aos casos de *conflitos aparentes de normas*: situações nas quais a uma conduta ou a um fato podem ser aplicadas, aparentemente, mais de uma norma penal.²

Entretanto, sua importância não se restringe somente aos casos acima. Bitencourt ressalta que a aplicação desse princípio é mais abrangente do que comumente reconhecida, pois não só soluciona os casos de conflito aparente de normas, como também pode atingir a pluralidade de fatos, sendo aplicável aos denominados *antefato e pós-fato impuníveis*.³

Fica claro que o princípio tem importante e vasta utilidade, sendo apontado pela doutrina, além de como princípio resolutivo dos conflitos aparentes, como o princípio incidente aos casos que envolvam *Crime Progressivo, Crime Complexo e Progressão Criminosa*.

Assim, pela existência de diversas situações de incidência do princípio da consunção, não causa espanto que sua aplicação seja bastante comum nos Tribunais, sendo uma de suas hipóteses, inclusive, objeto da Súmula 17 do Superior Tribunal de Justiça.⁴

Entretanto, talvez por seu vasto campo de aparecimento, e a despeito da súmula sobrescrita, ainda existem dissidências na doutrina e na jurisprudência sobre o referido princípio. Não há certezas sobre diversas nuances de sua aplicação. Quais seriam os limites de aplicação do princípio da consunção? Como ele se diferencia do princípio da subsidiariedade na forma tácita? Além desses questionamentos o trabalho pretende responder de modo especial se o princípio da

¹ Não existe consenso doutrinário sobre o número de princípios que resolvem os conflitos aparentes de normas. Há autores que colocam o princípio da alternatividade como princípio resolutivo de conflito aparente de normas e autores que reduzem para somente o dois: o da consunção e o da especialidade.

² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: Parte Geral – vol. 1. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 264.

³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: Parte Geral – vol. 1. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 268.

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 17: QUANDO O FALSO SE EXAURE NO ESTELIONATO, SEM MAIS POTENCIALIDADE LESIVA, É POR ESTE ABSORVIDO. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf>. Acesso em: 19. nov. 2017.

consunção pode ser aplicado nos casos em que o crime-meio (crime absorvido) seja mais grave, ou seja, possuir pena em abstrato maior, que o crime-fim (crime que absorve).

É importante ressaltar que as dúvidas sobre a temática não se limitam somente ao princípio da consunção e suas hipóteses de aplicação. Em relação aos conflitos aparentes de normas, a doutrina ainda não é uníssona sobre o conceito destes conflitos, qual é sua terminologia correta, quantos princípios resolutivos de conflitos aparentes de fato existem, bem como sobre quais os critérios devem ser utilizados para classificá-los.

A relevância do tema abordado no presente trabalho, desta forma, assenta-se nessas persistentes dissidências sobre os conflitos aparentes de normas e o princípio da consunção, sendo o último objeto de discordância recente.

Em 2016, o STJ sedimentou, em julgamento na sistemática de recursos repetitivos, o entendimento de ser possível a aplicação do princípio da consunção nos casos em que o crime-meio fosse mais grave que o crime-fim.⁵

Entretanto, a Quinta Turma do referido tribunal superior, no mesmo ano, fixou precedente que discordava do julgado acima, quando alegou a impossibilidade de aplicação do princípio da consunção quando este enseja a absorção de um crime por uma contravenção penal.⁶

Trata-se de dois precedentes contrários, uma vez que não há diferença de natureza entre crimes e contravenções, como leciona Bitencourt:

Ontologicamente não há diferença entre *crime* e *contravenção*. As contravenções, que por vezes são chamadas de *crimes-anões*, são condutas que apresentam menor gravidade em relação aos crimes, por isso sofrem sanções mais brandas. O fundamento da distinção é puramente *político-criminal* e o critério é simplesmente formal.⁷

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.378.053 - PR. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Elizabeth Silva Menezes Rios, Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Brasília, 10 de agosto de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=59166078&num_registro=201301291260&data=20160815&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 29 nov. 2017.

⁶ Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial nº 836.595-DF. Agravante: Rogério Antonio do Prado Junio. Agravado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 16 ago. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1529531&num_registro=201600078759&data=20160826&formato=PDF>. Acesso em 14 dez. 2017.

⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: Parte Geral – vol. 1. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 290.

Com base nesse critério meramente formal, não haveria impedimento à aplicação do princípio da consunção no segundo caso pelo fato do crime-fim ser uma contravenção penal.

Desta forma, pode-se concluir que não se trata de diferentes institutos jurídicos, e sim de teses contrárias sobre o mesmo instituto, em específico sobre os requisitos para aplicação do princípio da consunção.

O STF, no julgamento do HC 121.652 (precedente citado pela Quinta Turma no julgamento do Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso especial 836.595/DF – julgamento acima referido), também foi de encontro ao entendimento fixado pelo STJ na sistemática dos recursos repetitivos e entendeu que o princípio da consunção não incide quando o crime-meio tiver maior gravidade.⁸

Fica a clara a incerteza jurisprudencial quanto ao tema, o que gera um problema jurídico relevante, pois o princípio da consunção é bastante aplicado na prática. Conforme dados do site JusBrasil, o tema foi objeto de análise pelo STJ, somente no último ano, mais de 6.000 vezes.⁹

Portanto, as digressões sobre os conflitos aparentes de normas e o princípio da consunção ainda se mostram atuais, motivo pelo qual o presente trabalho pretende um estudo aprofundado sobre a temática, com o enfoque de responder alguns questionamentos, dentre eles:

1. Qual seria o conceito e a terminologia correta para definir os conflitos aparentes de normas? Quais princípios os resolvem?
2. Qual o conceito mais adequado de Princípio da Consunção? Como ele se diferencia dos demais princípios utilizados na resolução de conflitos aparentes de normas?
3. Quais são os requisitos para a aplicação do princípio da consunção? Pode o crime-meio ter maior gravidade que o crime-fim?

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 121.652/SC. Paciente: Roberto Alexandre da Cunha. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 22 abr. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6016378>>. Acesso em 14 dez. 2017.

⁹ JUS BRASIL. Pesquisa Jurisprudencial. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=princ%C3%ADpio+da+consun%C3%A7%C3%A3o&l=365d%C3%ADas>>. Acesso em 14 dez. 2017

Para responder a esses questionamentos, o presente estudo será dividido em dois capítulos. No primeiro, serão explorados os conflitos aparentes de normas e seus princípios resolutivos (à exceção do princípio da consunção, que será analisado separadamente no segundo capítulo). O objetivo do capítulo será conceituar tais conflitos, bem como elencar, conceituar e exemplificar seus princípios resolutivos, exemplificando-os com análises jurisprudenciais.

No segundo capítulo, será abordado em específico o princípio da consunção, com enfoque em seu conceito e suas aplicações recorrentes. As hipóteses teóricas serão contrastadas com análise jurisprudencial de casos nos quais foi reconhecida a relação consuntiva.

Ainda, no segundo capítulo, será analisada a dissidência jurisprudencial quanto à possibilidade de aplicação do princípio nos casos em que o crime absorvido for mais grave.

O objetivo do trabalho é, conforme o explicado, apontar os principais conceitos relativos à matéria e compará-los com a realidade prática dos tribunais, a fim de tornar-se um material interessante de pesquisa quanto ao tema.

Ainda, o desenvolvimento da monografia permite ao aluno a revisão e obtenção de conhecimentos adquiridos ao longo da faculdade, que são objetivos indiretos pretendidos no desenvolvimento do presente trabalho.

1 CONFLITO APARENTE DE NORMAS E SEUS PRINCÍPIOS RESOLUTIVOS

Como referido na introdução, neste capítulo serão abordados os conceitos de conflito aparente de normas e de seus princípios resolutivos, à exceção do Princípio da Consunção, que terá seu conceito analisado no segundo capítulo. Por fim, serão estudados alguns casos de aplicação destes princípios na prática, através de revisão jurisprudencial.

1.1.1 Conflito Aparente de Normas

Não precisam ser realizadas análises muito profundas sobre o sistema jurídico penal para notar sua ordem e harmonia: as leis por vezes são independentes entre si, e outras vezes se coordenam, resultando em exclusões ou integrações normativas¹⁰. Nesse tipo de sistema, é impossível duas leis serem aplicáveis ao mesmo caso, sob pena de ele não possuir mais essas características.¹¹

Entretanto, por vezes, em matéria penal, é comum que mais de uma norma pareça ser aplicável em um caso concreto. Nesses momentos, o intérprete deve verificar qual norma se aplica ao fato, utilizando algum critério teórico que fundamente sua tomada de decisão. Damásio de Jesus exemplifica uma destas situações:

A mata B para furtar seus valores. Em que norma incriminadora se ajusta a conduta?

Em princípio, o fato submete-se à norma do art. 121, §2º, V, 1ª figura (homicídio qualificado pela conexão teleológica), que reza:

“Se o homicídio é cometido:

.....
V – para assegurar a execução... de outro crime.

Pena – reclusão, de doze a trinta anos.”

O agente pratica o homicídio para assegurar a execução da subtração patrimonial.

De ver-se, porém, que o mesmo fato se amolda à figura típica do latrocínio, prevista no §3º, última figura do art. 157. O caput do artigo reza: “Subtrair

¹⁰ ASUA, Luiz Jiménez de. **Tratado del Derecho Penal**, TOMO II: Filosofía y Ley Penal. 5. ed. Buenos Aires: Losada, 1992, p. 532. e JESUS, Damásio de. **Direto Penal**, volume 1: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 147,148.

¹¹ HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**, v. 1, t.1: arts. 1º ao 10. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 144/145.

coisa móvel alheia para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência”. O §3.º determina: “Se da violência resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão, de sete a quinze anos, além de multa; se resulta morte, a reclusão é de vinte a trinta anos, sem prejuízo de multa”.

O agente que subtrai coisa alheia móvel, para si ou para outrem, mediante violência, de que resulta morte, pratica latrocínio. Como se nota, em princípio há duas normas incriminadoras descrevendo o mesmo fato. Qual delas é aplicável?¹²

São nesses casos que surgem os chamados conflitos aparentes de normas. Neles, a conduta descrita pode ser aparentemente enquadrada em mais de uma norma penal¹³, o que por óbvio não acontece, uma vez que, como já referido, o sistema jurídico penal apresenta harmonia e coordenação, sendo uma norma preferida em detrimento da outra.

Assim, o conflito aparente de normas pode ser definido como situação na qual um princípio de aplicação da lei penal determina a incidência de uma norma a um fato, em detrimento de outra que também define como delito o mesmo fato, criando-se, por meio dessa sistemática, aparente conflito entre as normas.¹⁴

A nomenclatura deste instituto é de grande polêmica na doutrina¹⁵, o qual já foi denominado *concurso aparente de normas*, *concurso aparente de normas coexistentes*, *conflito aparente de disposições penais*, *concurso fictício de leis*, *concorrência imprópria*, *concurso ideal impróprio* e *concurso impróprio de normas*.¹⁶

Entretanto, essas terminologias, que referem à existência de um concurso de crimes, são incorretas, pois não existe realmente concorrência ou concurso de disposições penais, mas sim exclusividade na aplicação de uma norma ao fato, ficando afastada a outra que também se enquadraria¹⁷.

Oscar Stevenson relaciona as falhas referentes ao estudo do tema à falta de investigação doutrinária própria. Ressalta que alguns autores não consideraram a temática de grande importância, mas que tal radicalismo não é procedente, uma vez

¹² JESUS, Damásio de. **Direito Penal, volume 1**: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 148.

¹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: Parte Geral – vol. 1. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 264.

¹⁴ STEVENSON, Oscar. Concurso aparente de normas penais. In: **Estudo de Direito e Processo Penal em Homenagem a Néelson Hungria**. 1. ed. Rio de Janeiro - São Paulo: Forense. p. 28.

¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: Parte Geral – vol. 1. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 264.

¹⁶ JESUS, Damásio de. **Direito Penal, volume 1**: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 148.

¹⁷ JESUS, Damásio de. **Direito Penal, volume 1**: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 415.

que o estudo não possui somente utilização acadêmica, mas de interesse prático também.¹⁸

Para que houvesse, de fato, concurso de crimes, as duas normas deveriam poder ser aplicadas ao caso, mas isso incorreria num sistema não harmônico e ordenado. “Diz-se *aparente* porque só seria *real* se a ordem jurídica não resolvesse a questão”¹⁹.

Há autores ainda, como Mirabete e Fabrini, que posicionam o estudo referente ao conflito aparente de normas como pertencente ao estudo da tipicidade²⁰. Entretanto, parece mais acertado o posicionamento anteriormente exposto, visto que o que verdadeiramente está se versando é sobre normas vigentes que aparentemente se sobrepõem.

Assim, fica claro que a matéria não pertence ao gênero de estudo do concurso de crimes (como sustenta Noronha²¹), nem ao da tipicidade (como sustentam Mirabete e Fabrini). Trata-se, na realidade, de problema referente à “aplicação da lei penal, embora a maioria dos autores situe no campo do concurso de crimes, mais por motivos de natureza prática do que sistemática”.²²

Quanto aos requisitos dos conflitos aparentes, a doutrina aponta unissonamente para dois pressupostos, que são: (a) a unidade de fato e (b) a pluralidade de normas que (aparentemente) identificam o mesmo fato delituoso.²³

Importante ressaltar que a unidade de fato apresentada como requisito pode ser de unidade simples ou complexa de comportamento.²⁴ Entretanto, é da unidade de fato complexa (consistente na “aglutinação de comportamentos distintos que a lei disciplina como um só comportamento”²⁵) que surgem algumas das formas mais

¹⁸ STEVENSON, Oscar. Concurso aparente de normas penais. In: **Estudo de Direito e Processo Penal em Homenagem a Néilson Hungria**. 1. ed. Rio de Janeiro - São Paulo: Forense. p. 28-29.

¹⁹ JESUS, Damásio de. **Direito Penal, volume 1: parte geral**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 149.

²⁰ MIRABETE, Julio Fabrini; FABRINI, Renato M. **Manual de direito penal**, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 104.

²¹ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal, volume 1: Introdução e Parte Geral**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 278.

²² JESUS, Damásio de. **Direito Penal, volume 1: parte geral**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 148.

²³ MIRABETE, Julio Fabrini; FABRINI, Renato M. **Manual de direito penal**, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 104.

²⁴ STEVENSON, Oscar. Concurso aparente de normas penais. In: **Estudo de Direito e Processo Penal em Homenagem a Néilson Hungria**. 1. ed. Rio de Janeiro - São Paulo: Forense. p. 31.

²⁵ STEVENSON, Oscar. Concurso aparente de normas penais. In: **Estudo de Direito e Processo Penal em Homenagem a Néilson Hungria**. 1. ed. Rio de Janeiro - São Paulo: Forense. p. 31.

interessantes de conflitos aparentes de normas: os casos de crimes complexos, crimes progressivos e progressão criminosa.²⁶

Além desses pressupostos, a configuração de um problema de aplicação de lei como um conflito de normas depende ainda da verificação, liminarmente, da existência de sucessão temporal entre as normas²⁷. Caso exista sucessão, exclui-se a possibilidade de um conflito aparente de normas, pois, nesses casos, se está diante de um conflito intertemporal, a ser resolvido pelo princípio *Lex posterior derogat priori* (lei posterior derroga lei anterior).²⁸

Inexistindo sucessão temporal e presentes os requisitos (unidade de fato e pluralidade aparente de normas), estaria configurado um conflito aparente de leis penais. Deve-se analisar, então, a forma como as normas se relacionam e qual tipo penal excluirá a aplicação dos demais, o que soluciona o conflito e o prova aparente.

Em suma, pode-se dizer que os conflitos aparentes de normas surgem quando “a prática delituosa única se amolda a várias normas repressivas, mas estas possuem relação de hierarquia ou dependência, de forma que somente uma é aplicável”.²⁹

1.2 Os princípios resolutivos dos conflitos aparentes de normas

Como bem ensina Bitencourt, ao contrário do que ocorre com o concurso de crimes, a lei brasileira não trata sobre as ocorrências de conflito aparente de normas³⁰. Resta, assim, a resolução de tais casos ao intérprete, por meio da aplicação de princípios para sua resolução.

Cabe ressaltar que não só quanto à importância da temática se veem discussões doutrinárias. Como suscitado por Stevenson, a discussão também recai sobre quais seriam os princípios de fato aplicáveis nos casos de conflito aparente.

²⁶ ROCHA, Lincoln Magalhães. Princípios Fundamentais do “concursum normarum”. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade Federal de Minas Gerais, n. 5, 1965. p. 89.

²⁷ HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**, v. 1, t.1: arts. 1º ao 10. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 145.

²⁸ JESUS, Damásio de. **Direito Penal, volume 1**: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 149.

²⁹ JESUS, Damásio de. **Direito Penal, volume 1**: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 150.

³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte Geral – vol. 1**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 264.

Frosali reduz as regras a duas: a da especialidade e a da subsidiariedade. Haffer, às da especialidade e consumação. Sauer tem por supérflua a da alternatividade. Soler distingue três modos de relacionarem as figuras penais em presença, isto é, por subsidiariedade, especialidade e exclusividade, ocorrendo esta via alternativa ou consuntiva. Essas opiniões permitem aquilatar as divergências que ao propósito reina entre os penalistas. É que, no tema, sem embargo dos estudos e debates, ainda não se chegou a postulados pacíficos e indubitáveis.³¹

Essa retomada histórica feita pelo autor demonstra a incerteza da doutrina clássica em relação tema, a qual Stevenson atribui à falta de um estudo aprofundado e à data recente de estudo do tema.³²

Ásua também ressalta o problema doutrinário e elenca algumas posições contrastantes dos autores clássicos, apontando que parte da doutrina estudou o tema a partir da relação lógica entre os tipos penas, mas entende que este talvez não seja o modelo mais desembaraçado.³³

Assim, o autor prefere afastar-se das relações lógicas entre as leis e focar nos efeitos das normas. Este critério, como bem apontado pelo próprio autor, não é uníssono na doutrina. “Nem todos os autores concordam em receber tantos princípios como listaremos mais adiante, ou para adotar os critérios dos efeitos que produzem”.³⁴

O autor incide, por este ponto de vista, em quatro princípios: alternatividade, especialidade, subsidiariedade e consunção.³⁵ Entretanto, embora este rol de princípios seja o mais difundido na doutrina brasileira atual, talvez seja impossível afastar-se das relações lógicas entre as normas. O autor, inclusive, utiliza-se dos cânones romanos, que descrevem a derrogação de uma norma por outra, ao analisar todos os princípios. É justamente da relação de hierarquia e dependência entre as normas que se solucionam os conflitos aparentes de normas.

Por outro lado, Oscar Stevenson, que também sustenta este rol de princípios resolutivos, entende que esses “plenamente se justificam, pela especificidade e

³¹ STEVENSON, Oscar. Concurso aparente de normas penais. In: **Estudo de Direito e Processo Penal em Homenagem a Néelson Hungria**. 1. ed. Rio de Janeiro - São Paulo: Forense. p. 37.

³² STEVENSON, Oscar. Concurso aparente de normas penais. In: **Estudo de Direito e Processo Penal em Homenagem a Néelson Hungria**. 1. ed. Rio de Janeiro - São Paulo: Forense. *passim*.

³³ ASUA, Luiz Jiménez de. **Tratado del Derecho Penal**, TOMO II: Filosofía y Ley Penal. 5. ed. Buenos Aires: Losada, 1992. p. 537.

³⁴ “no todos lós autores están de acuerdo em recibir cuantos principios enumeraremos luego, ni en adoptar el critério de los efectos que producen.” (Tradução Nossa). ASUA, Luiz Jiménez de. **Tratado del Derecho Penal**, TOMO II: Filosofía y Ley Penal. 5. ed. Buenos Aires: Losada, 1992. p. 535.

³⁵ ASUA, Luiz Jiménez de. **Tratado del Derecho Penal**, TOMO II: Filosofía y Ley Penal. 5. ed. Buenos Aires: Losada, 1992. p. 537.

autonomia de cada qual”, ou seja, cada princípio se sustenta como tal por ter aplicação diversa e autônoma dos demais, classificando-os como tal por sua aplicação e por seus requisitos únicos.³⁶

O critério de autonomia mostra-se, de fato, apropriado para classificar os princípios resolutivos. Não é prudente amalgamar princípios que se diferenciam e regulam diferentes coordenações legais. A boa caracterização e observação destes princípios afasta, como bem suscita Nelson Hungria, a intolerável solução de questões concretas pela forma do *ne bis in idem*.³⁷

Têm-se, então, a partir do trabalho deste autor, o critério para a determinação dos princípios resolutivos, de especificidade e autonomia, que determina que existindo aplicabilidade e utilização diferenciada do princípio, pode-se considerá-lo como tal.

Importa ressaltar que a parte da doutrina que apresenta um número menor de princípios normalmente o faz por unir princípios que outros autores consideram autônomos. Isso pode mostrar-se um erro, pois cada princípio possui um conceito diferenciado, e, mais importante, possui requisitos diversos.

Atualmente, a doutrina brasileira divide-se em quem aponta três princípios para resolução dos casos nos quais haja conflito aparente de norma, sendo eles: especialidade, subsidiariedade e consunção; e quem defende, que além desses, há ainda o princípio da alternatividade. Continua-se, de certa forma, ainda que parcialmente pela exclusão do princípio da alternatividade, aplicando o rol defendido por Oscar Stevenson e Luis Jimenez Ásua.

Pode-se concluir, então, a existência indiscutível dos princípios da especialidade, subsidiariedade e consunção como aplicáveis aos conflitos aparentes de normas, restando dúvida sobre o princípio da alternatividade. Bitencourt argumenta que não o inclui no rol porque esse, a rigor, não soluciona conflitos aparentes.³⁸

Passa-se, com base nesse rol, à análise dos princípios e à abordagem do debate existente sobre se o princípio da alternatividade é de fato um princípio

36 STEVENSON, Oscar. Concurso aparente de normas penais. In: **Estudo de Direito e Processo Penal em Homenagem a Nelson Hungria**. 1. ed. Rio de Janeiro - São Paulo: Forense. p. 37.

37 HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**, v. 1, t.1: arts. 1º ao 10. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 145.

38 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte Geral** – vol. 1. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 265.

aplicável ao conflito aparente de normas, com base nos critérios de efeitos e autonomia.

1.2.1 Princípio da Especialidade

Trazido por Oscar Stevenson como o mais importante princípio resolutivo do conflito aparente de normas³⁹, o princípio da especialidade, como explica Ásua, determina que nos casos em que uma mesma matéria seja regulada por mais de uma lei ou disposição legal, a lei ou disposição legal de caráter especial seja aplicada em detrimento da geral.⁴⁰

Esse princípio tem fundamento no antigo cânon romano “Lex specialis derogat generali; semper specialia generalibus insunt; generi per speciem derogatur.”⁴¹ Está ideia pode ser sintetizada nos curtos termos trazidos por Fabrini e Mirabete: “o princípio da especialidade consiste na derrogação da lei geral pela especial.”⁴²

Uma norma é especial em relação à outra, explica Damásio de Jesus, quando sua definição legal possui todos os elementos típicos da norma geral, e, além desses, outros elementos, denominados *especializantes*⁴³, que podem ser de natureza objetiva ou subjetiva.

“O art. 302 do Código de Transito brasileiro – Lei 9.503/97 –, por exemplo (homicídio na direção de veículo automotor), é especial em relação ao art. 121, §3º, do CP (homicídio culposo geral). No caso de morte em razão de acidente automobilístico com veículo automotor aplica-se o art. 302 (especial), e não o 121, §3º (que é geral). Por quê? Porque *lex specialis derogat lex generalis*.”⁴⁴

Esses tipos penais (disposições legais) podem estar contidos na mesma lei ou em leis diferentes, bem como podem ter sido promulgados em épocas iguais ou

³⁹ STEVENSON, Oscar. Concurso aparente de normas penais. In: **Estudo de Direito e Processo Penal em Homenagem a Néelson Hungria**. 1. ed. Rio de Janeiro - São Paulo: Forense. p. 37.

⁴⁰ ASUA, Luiz Jiménez de. **Tratado del Derecho Penal**, TOMO II: Filosofía y Ley Penal. 5. ed. Buenos Aires: Losada, 1992 p. 543.

⁴¹ STEVENSON, Oscar. Concurso aparente de normas penais. In: **Estudo de Direito e Processo Penal em Homenagem a Néelson Hungria**. 1. ed. Rio de Janeiro - São Paulo: Forense. p. 37.

⁴² MIRABETE, Julio Fabrini; FABRINI, Renato M. **Manual de direito penal**, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 105.

⁴³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: Parte Geral – vol. 1. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 265.

⁴⁴ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito Penal**: parte geral, vol. 2. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009. p. 56.

diversas, independentemente de qual anteceder a qual. É necessário, entretanto, que ambas sejam vigentes contemporaneamente quando de sua aplicação. Caso contrário, está-se diante de um problema de aplicação da lei penal no tempo, e não de conflito aparente de normas.⁴⁵

Ainda, o princípio da especialidade diferencia-se dos demais princípios por poder ter os critérios de diferenciação estabelecidos em abstrato, enquanto os restantes exigem as comparações em concreto das leis que definem o mesmo fato.⁴⁶ (Essa distinção tem importância significativa para a resolução de um conflito doutrinário sobre o crime complexo, ponto que será abordado no segundo capítulo deste trabalho).

Ou seja, a norma especial, aquela que traz elemento diferenciador, chamado de *especializante*, prefere à geral, em abstrato, na aplicação a fato que ambas regulem. Tal norma especial contém a totalidade dos elementos que caracterizam a norma geral e traz acrescidos elementos que a distinguem. Essa relação de totalidade, porém, não é reciprocamente verdadeira⁴⁷.

Assim, o *typus specialis*, que contém um “crime específico”, caracterizado pelos elementos da norma especial, acima descritos, prefere ao *typus generalis*, que descreve um “crime genérico”.⁴⁸

Uma das aplicações mais recorrentes deste princípio é o afastamento da norma geral por seu tipo penal derivado – privilegiado ou qualificado – na qual a existência de circunstância específica, que pode ser tanto objetiva como subjetiva, afasta a aplicação do tipo geral ao caso. Por exemplo, o furto simples é afastado pelo furto privilegiado.⁴⁹

Para essas derivações penais por privilégio ou qualificação, não importa se o crime especial é de maior pena em abstrato ou não. Em concreto, está se analisando a existência de elementos específicos abarcados por outro tipo penal, e não critério de maior ou menor punibilidade. Assim, bem explicam Molina e Gomes,

⁴⁵ ASUA, Luiz Jiménez de. **Tratado del Derecho Penal**, TOMO II: Filosofía y Ley Penal. 5. ed. Buenos Aires: Losada, 1992 p. 543.

⁴⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: Parte Geral – vol. 1. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 265.

⁴⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: Parte Geral – vol. 1. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 265, *apud* Jescheck: “toda a ação que realiza o tipo do delito especial realiza também, necessariamente, ao mesmo, o tipo do geral, enquanto o inverso não é verdadeiro”.

⁴⁸ JESUS, Damásio de. **Direito Penal**, volume 1: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 150.

⁴⁹ JESUS, Damásio de. **Direito Penal**, volume 1: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 151.

ao ressaltarem que “não se trata de uma relação gradativa entre os injustos penais, senão de uma relação comparativo-descritiva *in abstracto*”.⁵⁰

Cabe apontar ainda, sobre o princípio da especialidade, o art. 12 do Código Penal, que embora se refira às regras gerais do Código, de forma a determinar que as regras da lei especial prevaleçam sobre estas, tem fundamento no princípio em tela⁵¹.

Assim, caso a lei especial preceitue fundamentos próprios para a sua aplicação, em contraposição as normas do Código Penal, este conflito será resolvido pelo princípio da especialidade.⁵²

Como exemplo de aplicação prática do princípio da especialidade, traz-se acórdão de julgamento da Apelação nº 105-31.2013.7.03.0103, do STM, assim ementado:

EMENTA. APELAÇÃO. POSSE DE ENTORPECENTE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. INCIDÊNCIA DA LEI Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. ART. 290 DO CPM. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. CONSTITUCIONALIDADE. IMPROCEDÊNCIA DO APELO.

Independentemente da quantidade de droga apreendida, incabível a aplicação, na Justiça Militar, do Princípio da Insignificância, uma vez que a presença de militares sob o efeito de entorpecentes no âmbito da caserna afeta a eficiência das Forças Armadas e viola frontalmente os valores e princípios castrenses basilares.

No que tange ao pedido de aplicação, ao caso concreto, dos dispositivos contidos na Lei nº 11.343/2006, o Princípio da Especialidade informa que deve prevalecer a legislação penal militar, permanecendo inalterada e em pleno vigor a redação contida no art. 290 do CPM, sem que haja ofensa a qualquer princípio constitucional.

Apelo defensivo a que se nega provimento. Unânime.⁵³

Nesse caso, o apelante foi condenado à pena de 01 ano de reclusão pela prática do crime de tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar:

⁵⁰ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito Penal**: parte geral, vol. 2. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009. p. 56.

⁵¹ Código Penal. Art. 12 - As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso.

⁵² JESUS, Damásio de. **Direito Penal**, volume 1: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 152.

⁵³ BRASIL. Superior Tribunal Militar. Apelação nº 105-31.2013.7.03.0103/RS. Apelante: Jeferson de Oliveira Schardosim. Apelada: A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 1ª Auditoria da 3ª CJM, de 15/05/2014. Relator: Min. Álvaro Luiz Pinto. Brasília, 30 out. 2014. Disponível em: <<https://www2.stm.jus.br/pesquisa/acordao/2014/50/10019438/10019438.pdf>> Acesso em: 29 nov. 2017.

Tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar

Art. 290. Receber, preparar, produzir, vender, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ainda que para uso próprio, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, em lugar sujeito à administração militar, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, até cinco anos.⁵⁴

A conduta penalizada foi a posse, pelo apelante, em 22 de setembro de 2013, de um cigarro de maconha no interior do aquartelamento do 19º Batalhão de Infantaria Motorizado, enquanto este estava de guarda.

Em suas razões, o apelante requereu ao Tribunal que a conduta fosse analisada nos termos da Lei 11.343/06, ou que fosse descaracterizada para a prevista no art. 28 da referida lei:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.⁵⁵

O Tribunal entendeu pela aplicação da lei militar em detrimento da lei de drogas, visto a especialidade da primeira, e que o crime previsto no art. 290 do CPM era especial em relação ao do art. 28 da Lei de Drogas, denegando provimento ao recurso.

O elemento especializante, em relação às normas de análise do delito, é a condição de militar do apelante, que nos termos do art. 9º, enseja a aplicação das disposições do CPM:

Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

.....
 II – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados:

⁵⁴ BRASIL. Código Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969). **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001.htm>. Acesso em 14 dez. 2017.

⁵⁵ BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em 14 dez. 2017.

c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil;⁵⁶

Em relação à conduta, nota-se que o delito previsto no Código Penal Militar possui o tipo descrito na Lei de Drogas (trazer consigo), acrescido do elemento específico objetivo de realização da conduta “em lugar sujeito à administração militar”. Em contrapartida, o delito previsto na Lei de Drogas não possui todos os elementos que compõem o crime previsto no CPM, o que demonstra a especialidade deste em relação àquele.

É seguro afirmar que o Tribunal corretamente julgou o apelante como incurso no crime do art. 290, visto que este, por ser especial, derroga o previsto no art. 28 da Lei 11.343/06.

1.2.2 Princípio da Subsidiariedade

O princípio da subsidiariedade é expresso pelo cânon “*Lex primaria derogat legi subsidiariae*”⁵⁷, e consiste no afastamento da norma subsidiária pela norma principal.⁵⁸

Tal princípio incide quando normas tutelam o mesmo bem jurídico, em graus de ofensividade diferentes, de forma que a conduta descrita na norma principal abarque a conduta da norma subsidiária.⁵⁹ Havendo violação suficiente do bem jurídico para configurar a conduta como incurso no tipo principal, esta afasta o delito subsidiário.

O princípio surge da necessidade do direito penal de tutelar um bem jurídico em diferentes níveis e formas, a fim de oferecer maior proteção jurídico-penal ao bem⁶⁰.

⁵⁶ BRASIL. Código Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969). **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001.htm>. Acesso em 14 dez. 2017.

⁵⁷ JESUS, Damásio de. **Direito Penal**, volume 1: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 152.

⁵⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal** – Parte Geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 412.

⁵⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte Geral** – vol. 1. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 265-266.

⁶⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte Geral** – vol. 1. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 266.

Assim, a norma subsidiária, conceituada por Nelson Hungria como um “soldado reserva”, está contida na norma principal. Ela descreve conduta de menor gravidade, prevê maneira de execução diversa da principal, e tem como condição de aplicação a inaplicabilidade da principal ao caso.⁶¹

Por esta condição, a relação de primariedade-substancialidade deve ser aquilatada no caso em concreto, pois não deriva de relação em abstrato entre as normas, mas de juízo de valor do fato em relação a elas, a fim de verificar o grau de ofensa ao bem jurídico cometido.⁶²

Importa ressaltar que alguns autores não diferenciam o princípio da substancialidade do princípio da consunção, e tratam dos dois juntamente sobre a nomenclatura de princípio da absorção.⁶³ Outros, embora não utilizem uma classificação única para os dois princípios, apontam que o princípio da substancialidade mostra-se desnecessário em face da existência do princípio da consunção.

Na eventualidade de que a doutrina não tivesse inventado o princípio da substancialidade, certo é que nenhum prejuízo haveria para a boa aplicação do Direito Penal, porque as situações cuidadas por ele podem ser resolvidas perfeitamente pelo princípio da consunção (ou da absorção), que se funda também na ideia básica de que o crime maior absorve o crime menor (ou: o crime-fim absorve o crime-meio).⁶⁴

Essa posição parece pouca técnica, pois dificulta aquilatar as diversas situações conflitantes de normas. No caso do princípio da consunção, nem sempre estaremos diante de delitos que ofendam, a priori, o mesmo bem jurídico⁶⁵. Também não caberia utilizar o princípio da consunção para caracterizar as normas subsidiárias descritas na lei. Como anteriormente referido, ambos os princípios justificam-se por uma questão de autonomia.⁶⁶

⁶¹ JESUS, Damásio de. **Direito Penal**, volume 1: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 152.

⁶² STEVENSON, Oscar. Concurso aparente de normas penais. In: **Estudo de Direito e Processo Penal em Homenagem a Nelson Hungria**. 1. ed. Rio de Janeiro - São Paulo: Forense. p. 39

⁶³ STEVENSON, Oscar. Concurso aparente de normas penais. In: **Estudo de Direito e Processo Penal em Homenagem a Nelson Hungria**. 1. ed. Rio de Janeiro - São Paulo: Forense.

⁶⁴ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito Penal**: parte geral, vol. 2. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009. p. 57.

⁶⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: Parte Geral – vol. 1. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 266-267.

⁶⁶ STEVENSON, Oscar. Concurso aparente de normas penais. In: **Estudo de Direito e Processo Penal em Homenagem a Nelson Hungria**. 1. ed. Rio de Janeiro - São Paulo: Forense. *passim*.

Ainda, alguns autores conceituam o princípio da subsidiariedade como um princípio contido no princípio da especialidade, por entender que ambos têm o mesmo objetivo:

“o pretendido princípio da subsidiariedade termina por conduzir na prática aos mesmos resultados da regra da especialidade e, por isso, deve considerar-se supérfluo”⁶⁷

Rogério Greco entende que o princípio da subsidiariedade seria inútil, pois aos problemas que por ele são resolvidos caberia a aplicação do princípio da especialidade. O entendimento aqui seria que, se uma norma mais grave encontrasse em relação de especialidade a outra menos grave, esta deixará de ser aplicada; e, por outro lado, a aplicação de uma norma subsidiária no caso concreto decorre de que nenhuma norma mais gravosa poderia ser aplicada, o que não deixaria de ser uma especialidade.⁶⁸

Entretanto, tal raciocínio não se sustenta, uma vez que a relação de especialidade se caracteriza “entre gênero e espécie”, o que não ocorre na relação subsidiária.⁶⁹ Ainda, pelo outro lado, na relação de subsidiariedade, a “norma reserva” sempre apresenta pena menor em abstrato que a norma geral.⁷⁰ Ocorre aqui, novamente, a união doutrinária de princípios independentes que regulam sobre interações diferentes.

A subsidiariedade pode ser expressa (explícita) ou tácita (implícita).⁷¹ Há ainda autores denominam essas espécies de subsidiariedade como formais ou materiais⁷², mas a nomenclatura talvez não seja a mais precisa, pois ambas as formas de subsidiariedade dependem de verificação no caso concreto e ambas estão previstas na lei, como se demonstrará a seguir.

⁶⁷ JESUS, Damásio de. **Direito Penal**, volume 1: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. *apud* Antolisei. p. 154.

⁶⁸ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. p. 31

⁶⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte Geral – vol. 1**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 266.

⁷⁰ JESUS, Damásio de. **Direito Penal**, volume 1: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 154.

⁷¹ JESUS, Damásio de. **Direito Penal**, volume 1: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 154.

⁷² SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral**. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 413.

Está-se diante de um caso de subsidiariedade explícita quando a própria norma coloca-se como norma de aplicação secundária, subordinando sua aplicação à ausência de requisitos para a aplicação de outra norma.⁷³

Art. 132 - Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente:

Pena - detenção, de três meses a um ano, **se o fato não constitui crime mais grave.**⁷⁴

No caso do artigo acima, o delito de perigo para a vida ou saúde de outrem traz em seu tipo seu caráter subsidiário a fim de ser aplicável somente aos casos que o fato não configure delito mais grave. Por isso, é um delito de subsidiariedade expressa.⁷⁵

Podem ser citados ainda como exemplos de subsidiariedade explícita o crime de lesão corporal seguida de morte (que depende da ausência de dolo do agente), a contravenção penal de vias de fato (que só é aplicável quando o fato não constituir crime de lesão corporal), entre outros delitos.⁷⁶

Por outro lado, está-se diante de um subsidiariedade tácita quando a norma subsidiária, apesar de não condicionar sua aplicação taxativamente à norma principal, constitui meio prático de execução, majorante ou elemento constitutivo de outra norma mais grave.⁷⁷ O delito subsidiário, desta forma, é um “pedaço” ou parte do delito principal, como por exemplo:

Dano

Art. 163 - Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.⁷⁸

O crime de dano é crime contra patrimônio⁷⁹, cujo objeto jurídico protegido é a propriedade de coisas móveis e imóveis⁸⁰. Entretanto, outros crimes que também

⁷³ JESUS, Damásio de. **Direito Penal**, volume 1: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 153.

⁷⁴ BRASIL. Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940). **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 14 dez. 2017.

Marcação própria.

⁷⁵ JESUS, Damásio de. **Código Penal anotado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 482

⁷⁶ JESUS, Damásio de. **Direito Penal**, volume 1: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁷⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte Geral** – vol. 1. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 266.

⁷⁸ BRASIL. Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940). **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 14 dez. 2017.

versam sobre o mesmo bem jurídico (o patrimônio privado ou propriedade privada), tem o dano ao patrimônio como condição qualificadora do delito, que é o caso do crime de furto qualificado:

Furto

Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

.....
 § 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido:

I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa;⁸¹

A destruição de coisa alheia que consista em obstáculo para a furto é crime subsidiário deste, pois é meio de execução prática do crime principal. No caso, deve ser aplicado o princípio da subsidiariedade, ainda que a condição subsidiária não esteja expressamente na lei.⁸²

Ainda são exemplos de subsidiariedade tácita o crime de ameaça⁸³ em relação ao crime de constrangimento ilegal⁸⁴, o crime de constrangimento ilegal em relação a qualquer delito que tenha como meio de execução a utilização da violência

⁷⁹ BRASIL. Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940). **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 14 dez. 2017.

⁸⁰ JESUS, Damásio de. **Código Penal anotado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 642.

⁸¹ BRASIL. Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940). **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 14 dez. 2017.

⁸² JESUS, Damásio de. **Direto Penal**, volume 1: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 154.

⁸³ BRASIL. Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940). **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 14 dez. 2017. "Art. 147 - Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa."

⁸⁴ BRASIL. Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940). **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 14 dez. 2017. "Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa."

ou grave ameaça para sua concretização, como extorsão⁸⁵ ou estupro⁸⁶, entre outros.⁸⁷

Quanto ao princípio da subsidiariedade, será analisado o acórdão de julgamento da Apelação Criminal nº 20130510117723APR, do TJ/DF. O caso em comento trata-se, com a devida vênia ao Tribunal Julgador, de um exemplo de aplicação errada do princípio da subsidiariedade. O acórdão é ementado nestes termos:

APELAÇÃO CRIMINAL. DISPARO DE ARMA DE FOGO. INTENÇÃO DE PRATICAR OUTRO DELITO. PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. ATIPICIDADE DA CONDUTA. RECURSO PROVIDO.

1. O crime de disparo de arma de fogo, previsto no artigo 15, "caput", da Lei n.º 10.826/03, possui como condição a subsidiariedade em relação a outros delitos, conforme se verifica do próprio texto legal. Portanto, para que ocorra a adequação típica, a conduta não poderá ter como finalidade a prática de outro crime.

2. Em observância aos princípios da legalidade e da interpretação mais favorável ao réu, o termo "outro crime" deve ser compreendido como qualquer infração penal assim definida no ordenamento jurídico, independente da pena que lhe seja cominada.

3. As provas carreadas aos autos são uníssonas ao apontar que os disparos foram perpetrados com a finalidade de praticar o crime de ameaça, o que atrai a incidência da regra de subsidiariedade prevista no texto normativo e exclui a tipicidade quanto ao crime de disparo de arma de fogo.

4. Quanto ao crime de ameaça, o acusado foi absolvido no dispositivo da sentença, absolvição que transitou em julgado ante a inexistência de recurso do Ministério Público. Assim, sob pena de "reformatio in pejus" e violação à coisa julgada, não pode o Tribunal reformar a sentença para condenar o acusado por este crime.

5. Recurso provido.⁸⁸

No caso concreto, o apelante Robervan foi condenado em primeiro grau à pena de dois anos de reclusão, como incurso no delito de disparo de arma de fogo. A sentença de primeiro grau narra que o apelante, após discussão em uma festa

⁸⁵ BRASIL. Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940). **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 14 dez. 2017. "Art. 158 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa: Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa."

⁸⁶ BRASIL. Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940). **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 14 dez. 2017. "Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos."

⁸⁷ JESUS, Damásio de. **Direito Penal**, volume 1: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 154.

⁸⁸ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal 20130510117723APR. Apelante: Robervan das Neves Costa. Apelado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Des. Silvanio Barbosa. Brasília, 24 jul. 2014. Publicado no DJE: 01/08/2014, p. 252.

que ocorrera dias antes, tomou posse da arma de seu pai, que é policial militar, dirigiu-se à casa do desafeto, duas vezes, ameaçando-o indiretamente na primeira, por intermédio da avó do desafeto, e, na segunda, proferindo ofensas e disparando três vezes contra a porta da propriedade.

Na apelação, Robervan requereu ao Tribunal a absolvição por atipicidade da conduta.

No acórdão, o desembargador reconheceu a condição de subsidiário do delito de disparo de arma de fogo, sendo este derogado para a aplicação do crime de ameaça.

De fato, o crime de Disparo de arma de fogo, delito previsto no art. 15, caput, do Estatuto do Desarmamento possui caráter subsidiário explícito:

Disparo de arma de fogo

Art. 15. Disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, **desde que essa conduta não tenha como finalidade a prática de outro crime:**

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.⁸⁹

Entretanto, o reconhecimento da subsidiariedade impende de ofensa escalonada ao mesmo bem jurídico tutelado e que o delito subsidiário não seja, de fato, o delito mais grave.

No caso concreto, o delito foi considerado subsidiário ao delito de ameaça, que consiste em crime contra a liberdade pessoal e tem como objeto jurídico a paz de espírito⁹⁰, que não é bem jurídico tutelado pela criminalização do disparo de arma de fogo e possui pena em abstrato menor que o delito de disparo de arma de fogo:

Ameaça

Art. 147 - Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Parágrafo único - Somente se procede mediante representação.⁹¹

⁸⁹ BRASIL. Lei nº 10.823, de 22 de dezembro de 2003. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826.htm>. Acesso em 14 dez. 2017.

⁹⁰ JESUS, Damásio de. **Código Penal anotado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 536.

⁹¹ BRASIL. Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940). **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 14 dez. 2017.

Em se tratando de delitos que regulem sobre bens jurídicos diferentes, e situação na qual o delito subsidiário é mais grave e não tem relação de inclusão na norma de ameaça, o princípio da subsidiariedade não é aplicável.

Nota-se que o magistrado determinou, na verdade, a absorção do delito de disparo de arma de fogo pelo delito de ameaça, em uma condição de antefato impunível, instituto que é regulado pelo princípio da consunção. Retornar-se-á a este acórdão no segundo capítulo, após a abordagem da temática, para análise do caso sobre a ótica do princípio da consunção.

1.2.3 Princípio da Alternatividade

Sendo o princípio mais questionado por parte da doutrina brasileira na atualidade⁹², o princípio da alternatividade é descrito pelos autores que o defendem de duas formas diversas.

Para a primeira linha, o princípio da alternatividade é o princípio aplicável nos casos em que o delito cometido seja um dos denominados de “crimes de ação múltipla”, que são aqueles com mais de um verbo descrito no tipo penal, como por exemplo, o crime de tráfico de drogas.⁹³

Art. 33. 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 determinação legal ou regulamentar.⁹⁴

O princípio da alternatividade determina que caso o autor importe, prepare e venda a droga, por exemplo, só será punido por uma das modalidades descritas no caput do artigo.⁹⁵

Outros autores, como Oscar Stevenson, definem o princípio da alternatividade como o princípio incidente nos casos em que a “aplicação de uma norma a um fato exclui a aplicabilidade de outra que também o prevê como delito”.⁹⁶

⁹² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: Parte Geral – vol. 1. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 264-265.

⁹³ MIRABETE, Julio Fabrini; FABRINI, Renato M. **Manual de direito penal**, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

⁹⁴ BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm>. Acesso em 14 dez. 2017.

⁹⁵ MIRABETE, Julio Fabrini; FABRINI, Renato M. **Manual de direito penal**, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

Para exemplificar, se pega os crimes de furto e de apropriação indébita.⁹⁷ Ou o autor recebe a posse do bem de forma lícita, ao passo que decide apropriar-se ilicitamente do bem posteriormente (apropriação indébita), ou ele não tem a posse do bem e a obtém furtivamente (furto). Nesse caso, o princípio da alternatividade determina que sendo aplicado um delito, fica excluído o outro de aplicação.⁹⁸

De fato, a polêmica sobre o princípio da alternatividade não se limita ao debate sobre sua autonomia e aplicabilidade aos conflitos aparentes de normas, mas também sobre o seu conceito, dividindo-se nas duas posições apontadas acima.⁹⁹ Entretanto, em nenhuma de suas conceituações, o princípio da alternatividade faz referência a conflitos aparentes de normas.

Adotado o primeiro conceito, relativo aos casos dos crimes de ação múltipla, não há como falar em conflito aparente de normas, pois as condutas descritas se encontram no mesmo dispositivo. Logo, os casos não se enquadram nos conflitos aparentes de normas, cujos requisitos são, como explicado anteriormente, a unidade de fato e a multiplicidade normas aparentemente aplicáveis.

A quebra dos requisitos também ocorre em outros exemplos citados pela doutrina, que são o delito de violação de domicílio e alteração de limites.¹⁰⁰

Violação de domicílio

Art. 150 - Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências:

Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.

Alteração de limites

Art. 161 - Suprimir **ou** deslocar tapume, marco, ou qualquer outro sinal indicativo de linha divisória, para apropriar-se, no todo ou em parte, de coisa imóvel alheia:

Pena - detenção, de um a seis meses, e multa.¹⁰¹

⁹⁶ STEVENSON, Oscar. Concurso aparente de normas penais. In: **Estudo de Direito e Processo Penal em Homenagem a Néelson Hungria**. 1. ed. Rio de Janeiro - São Paulo: Forense. p. 43.

⁹⁷ JESUS, Damásio de. **Direito Penal**, volume 1: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 159.

⁹⁸ JESUS, Damásio de. **Direito Penal**, volume 1: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 159.

⁹⁹ JESUS, Damásio de. **Direito Penal**, volume 1: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 159.

¹⁰⁰ MIRABETE, Julio Fabrini; FABRINI, Renato M. **Manual de direito penal**, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 106.

¹⁰¹ BRASIL. Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940). **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 14 dez. 2017.

Do mesmo modo, adotado o segundo conceito de princípio da alternatividade, no sentido de que este seria aplicável quando as normas excluem-se mutuamente, também haveria dificuldade em encontrar o conflito aparente de normas. Uma vez que as condutas descritas excluem-se mutuamente de aplicação por serem opostas, a qualidade do conflito de normas, que é a coincidência parcial, o fator de incerteza, fica afastada também.¹⁰²

Assim, para Bitencourt, esse princípio seria desnecessário, pois, ou não há de fato conflito aparente, e sim fatos múltiplos que se excluem mutuamente, ou há fatos que se enquadram nos critérios da especialidade ou subsidiariedade.¹⁰³

Nessa linha, é possível determinar a exclusão do princípio da alternatividade como um princípio aplicável aos conflitos aparentes de normas, uma vez que, independentemente do conceito adotado, os casos por ele solucionados não envolvem conflitos aparentes de normas, pela ausência dos requisitos inerentes a natureza desse instituto.

Em que pese o posicionamento aqui tomado, na linha doutrinária de Bitencourt e Damásio de Jesus, entre outros, de que o princípio da alternatividade não seria um dos princípios resolutivos, cabe à análise jurisprudencial de sua aplicação em casos concretos.

Isso porque, embora a doutrina divirja sobre a existência do princípio da alternatividade, ele é amplamente utilizado nos tribunais. Como exemplo, traz-se acórdão do TJ/RS, assim ementado:

APELAÇÃO-CRIME. INTERROGATÓRIO. CITAÇÃO. INOBSERVÂNCIA DA ANTECEDÊNCIA MÍNIMA. NULIDADE.

RECEPTAÇÃO, POSSE E SUPRESSÃO DE NUMERAÇÃO EM ARMA DE FOGO.

- Em se tratando de crimes de ação múltipla, a prática de mais de um verbo-nuclear do tipo incriminador, em um mesmo contexto temporal e espacial, caracteriza crime único, por força do *princípio da alternatividade*.

- A posse de mais de um armamento em um mesmo contexto histórico também configura crime único, pois a lesividade da

¹⁰² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: Parte Geral – vol. 1. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. *apud* Jescheck. p. 265.

¹⁰³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: Parte Geral – vol. 1. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 265.

conduta – aquilo que justifica a incidência da tutela penal – não guarda simetria com o número de armas mantidas em guarda, mas sim com o número de vezes que o risco potencial (delito de perigo) é criado pelo agente.

.....
Negaram provimento ao apelo ministerial e proveram parcialmente o defensivo, declarando extinta a punibilidade dos réus condenados, pela prescrição. UNÂNIME.¹⁰⁴

Embora o acórdão seja de conteúdo extenso, cabe, para fins deste trabalho, somente a análise referente à aplicação do princípio da alternatividade que foi reconhecida no caso concreto.

Foi consignado que os crimes de porte de arma, posse de arma e o crime de receptação são delitos de ação múltipla, e que da coincidência de incursões em seus diversos verbos nucleares resultaria em conflito aparente de normas. Assim, não caberia a múltipla condenação por cada incursão, no termos do princípio do ne bis in dem. Em poucos termos, foi reconhecida a existência do princípio da alternatividade, no conceito relacionado com os crimes de ação múltipla.¹⁰⁵

¹⁰⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime 70018892414. Apelante/Apelado: Ministério Público; Vagner Miguel da Silva Souza; Geverton Borges de Oliveira. Apelado: Márcio Brochetto de Castilhos; Maicon Roberto Gervasio de Oliveira; Luis Eduardo Trevisan. Relator: Des. Amilton Bueno de Carvalho. Porto Alegre, 05 set. 2007.

¹⁰⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime 70018892414. Apelante/Apelado: Ministério Público; Vagner Miguel da Silva Souza; Geverton Borges de Oliveira. Apelado: Márcio Brochetto de Castilhos; Maicon Roberto Gervasio de Oliveira; Luis Eduardo Trevisan. Relator: Des. Amilton Bueno de Carvalho. Porto Alegre, 05 set. 2007. *Passim*.

2 PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO: CRIME PROGRESSIVO, CRIME COMPLEXO E PROGRESSÃO CRIMINOSA.

Abordados os possíveis conflitos aparentes de normas e os demais princípios resolutivos no capítulo anterior, pode se ter, por inferência, um inicial conceito do princípio da consunção. Conforme abordado, o princípio da consunção, assim como o princípio da subsidiariedade, tem, em parca análise, como ideia básica a absorção de um “crime menor” por um “crime maior”.¹⁰⁶ Entretanto, a ideia de consunção diverge da ideia de subsidiariedade.

Ademais, visto que as controvérsias que versam sobre o referido princípio são aquelas que indagaram à prolação deste trabalho, e que as aplicações mais referidas na doutrina dizem respeito a ele (crime progressivo, crime complexo e progressão criminosa¹⁰⁷), seu conceito faz jus a ser analisado em separado dos demais.

Nesse capítulo, pois, serão analisados: o conceito de princípio da consunção, as aplicações do princípio referidas na doutrina e as suas respectivas críticas, e, por fim, a controvérsia jurisprudencial versando o princípio da consunção e absorção do crime-meio de maior gravidade.

2.1 O conceito de princípio da consunção

O princípio da consunção vem definido pelo cânon “*lex consumens derogat legi consumptae*”¹⁰⁸ e determina que quando uma norma definidora de um crime atavesse fases que consistam em crimes definidos por outra norma, aquela deve absorver esta.¹⁰⁹

¹⁰⁶ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito Penal**: parte geral, vol. 2. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009. p. 57.

¹⁰⁷ JESUS, Damásio de. **Direito Penal**, volume 1: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.155.

¹⁰⁸ HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**, v. 1, t.1: arts. 1º ao 10. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 145.

STEVENSON, Oscar. Concurso aparente de normas penais. In: **Estudo de Direito e Processo Penal em Homenagem a Nélson Hungria**. 1. ed. Rio de Janeiro - São Paulo: Forense. p. 40.

Assim, pode-se dizer que uma norma é consunta em relação à outra (chamada nesta relação de norma consuntiva) quando desta constitui meio necessário ou fase normal de preparação ou execução.¹¹⁰

O delito descrito na norma consuntiva é de unidade fática complexa, pois o tipo penal encerra ou subentende, estruturalmente, espécies delituosas autônomas, ou seja, abarca ações que analisadas em separado, também seriam delitos, excluindo-lhe a concretização.¹¹¹

Ocorre a relação consuntiva, ou de absorção, quando um fato definido por uma norma incriminadora é meio necessário ou normal fase de preparação ou execução de outro crime, bem como quando constitui conduta anterior ou posterior do agente, cometida com a mesma finalidade prática atinente àquele crime.¹¹²

Como bem ressalta Ásua, na consunção, a relação das normas não é de equivalência como na alternatividade, nem auxiliar de uma para a outra, mas sim de superioridade, que pode vir pela maior amplitude da ofensa ao bem jurídico tutelado, quando é o mesmo para ambas, ou da natureza dos meios adotados ou efeitos produzidos pela conduta.¹¹³

Desta forma, para o autor, pode se ter uma consunção quando a relação das disposições é de imperfeição para perfeição (tentativa – consumação), de auxílio à conduta direta (partícipe – autor), de *minus* para *plus* (crimes progressivos, chamados por Ásua de infrações progressivas), de meio para fim (crimes complexos) e de parte para o todo (antefato e pós-fato impuníveis).¹¹⁴

As duas primeiras hipóteses (tentativa – consumação e partícipe – autor), por sua maior simplicidade, inclusive, não encontram muitas dissidências na doutrina. A tentativa que pode ser punida por si só, caso não haja sua consumação, fica afastada de aplicação quando a tentativa é frutífera, sendo punido o autor pelo crime consumado. Em consonância, o partícipe, que possuía menor participação no

¹¹⁰BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: Parte Geral – vol. 1. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 266-267.

¹¹¹ STEVENSON, Oscar. Concurso aparente de normas penais. In: **Estudo de Direito e Processo Penal em Homenagem a Néelson Hungria**. 1. ed. Rio de Janeiro - São Paulo: Forense. p. 40.

¹¹² JESUS, Damásio de. **Direto Penal**, volume 1: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.155.

¹¹³ ASUA, Luiz Jiménez de. **Tratado del Derecho Penal**, TOMO II: Filosofía y Ley Penal. 5. ed. Buenos Aires: Losada, 1992.p.558.

¹¹⁴ ASUA, Luiz Jiménez de. **Tratado del Derecho Penal**, TOMO II: Filosofía y Ley Penal. 5. ed. Buenos Aires: Losada, 1992; JESUS, Damásio de. **Direto Penal**, volume 1: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

crime e fazia jus à aplicação do disposto no art. 29, §1º, do CP¹¹⁵, quando passa a participar de forma mais veemente, será punido somente pela condição de coautor¹¹⁶, sendo afastada a forma reduzida, que é absorvida pela mais gravosa.¹¹⁷

As demais hipóteses apresentadas por Ásua (crimes progressivos, crimes complexos e antefato e pós-fato impuníveis – aqui abarcados pelo conceito de progressão criminosa), visto que mais controversas, e algumas criticáveis, serão analisadas na sequência.

2.2 Princípio da Consunção e o Crime Progressivo

Para análise desta aplicação, cabem, anteriormente, algumas considerações a respeito do Crime Progressivo, bem como sobre qual teoria será adotada para tal.

Consiste em Crime Progressivo conduta na qual o autor, para alcançar um delito posterior, passa por delito inicial de menor gravidade que aquele. O autor sucessivamente comete condutas que, caso fossem analisadas individualmente, constituiriam um delito.¹¹⁸

Consiste o crime progressivo, ou de passagem, na comissão de atos de gravidade crescente contra o mesmo bem jurídico, transitando-se de uma espécie menos grave para outra mais grave de delito. Por essa progressão gradual, a prática do delito maior envolve necessariamente a do delito menor, compreendido naquele.¹¹⁹

Assim, o crime progressivo consiste numa gradual ofensa ao mesmo bem jurídico, em estágios diferentes de ofensividade. Mas embora a ofensa seja gradual, os crimes progressivos consistem em crimes unitários, pois o comportamento

¹¹⁵ BRASIL. Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940). **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 14 dez. 2017. “Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. § 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.”

¹¹⁶ JESUS, Damásio de. **Código Penal anotado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 156.

¹¹⁷ JESUS, Damásio de. **Direito Penal**, volume 1: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 156.

¹¹⁸ JESUS, Damásio de. **Direito Penal**, volume 1: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 156.

¹¹⁹ STEVENSON, Oscar. Concurso aparente de normas penais. In: **Estudo de Direito e Processo Penal em Homenagem a Néelson Hungria**. 1. ed. Rio de Janeiro - São Paulo: Forense. p.33.

complexo que os gera concretiza-se em somente uma ofensa de valor constitutivo.¹²⁰

Há, no crime progressivo, a relação de minus e plus, apontada por Ásua como uma das hipóteses de aplicação do princípio da consunção¹²¹, pois o delito menor, que iniciou a relação progressiva, deve ser abrangido pelo delito maior, que termina a relação.

Assim, no crime progressivo é de suma importância a aplicação do princípio da consunção, que exclui a incidência nestes casos da norma que iniciou a progressão, de menor gravidade, pela qual o agente passou anteriormente até concretizar a ação.¹²²

Usa-se de exemplo o caso de crime de homicídio¹²³, que pressupõe a existência de uma lesão anterior que ocasionou a morte do indivíduo. Entretanto, o autor não responde concomitantemente pelo delito de lesão corporal¹²⁴. Responderá somente pelo crime final, mais grave, que concretizou a lesão ao bem jurídico, que absorve o menos grave: no presente caso, o homicídio.¹²⁵

2.3 Princípio da Consunção e o Crime Complexo

Para parte da doutrina, os casos referentes aos crimes complexos são solucionados pelo princípio da consunção.¹²⁶

Pode-se definir o crime complexo como o delito formado pela junção de dois ou mais tipos penais, que ocorre em duas hipóteses: quando dois ou mais delitos

¹²⁰ STEVENSON, Oscar. Concurso aparente de normas penais. In: **Estudo de Direito e Processo Penal em Homenagem a Néelson Hungria**. 1. ed. Rio de Janeiro - São Paulo: Forense. p. 35

¹²¹ ASUA, Luiz Jiménez de. **Tratado del Derecho Penal**, TOMO II: Filosofía y Ley Penal. 5. ed. Buenos Aires: Losada, 1992.

¹²² JESUS, Damásio de. **Direto Penal**, volume 1: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 156.

¹²³ BRASIL. Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940). **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 14 dez. 2017. "Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos".

¹²⁴ BRASIL. Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940). **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 14 dez. 2017.

¹²⁵ JESUS, Damásio de. **Direto Penal**, volume 1: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 156.

¹²⁶ ASUA, Luiz Jiménez de. **Tratado del Derecho Penal**, TOMO II: Filosofía y Ley Penal. 5. ed. Buenos Aires: Losada, 1992. p. 558

constituem outro, como características elementares; ou quando um delito integra o outro como circunstância qualificadora.¹²⁷

Importante ressaltar que aqui se está, por esta definição, rechaçando a existência de delito complexo *lato sensu*, adotando-se somente como crime complexo o que os autores que aceitam as duas formas chamam de crime complexo em sentido estrito. O delito complexo em sentido amplo constituir-se-ia quando a um delito comum se acrescentam elementos que por si só não são considerados delitos. Assim, a existência de um delito complexo amplo não necessitaria de dois delitos para configurá-la, bastando um crime simples acrescido de condições que agravem o injusto. Seria o caso de denúncia caluniosa¹²⁸, que consiste no crime de calúnia¹²⁹ acrescido da denúncia, esta que não constitui crime por si só.¹³⁰

A definição de delito complexo em sentido amplo não se mostra relevante, até por que decorreria da simples relação de subsidiariedade entre normas, e na necessidade do direito penal de tutelar o bem em diferentes níveis de ofensa. Assim, adota-se para esse trabalho, a existência do delito complexo somente na forma trazida no art. 101 do CP, ou seja, somente na forma referida por alguns autores como crime complexo em sentido estrito.

A ação penal no crime complexo

Art. 101 - Quando a lei considera como elemento ou circunstâncias do tipo legal fatos que, por si mesmos, constituem crimes, cabe ação pública em relação àquele, desde que, em relação a qualquer destes, se deva proceder por iniciativa do Ministério Público.¹³¹

¹²⁷ JESUS, Damásio de. **Direito Penal**, volume 1: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 236-237.

¹²⁸ BRASIL. Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940). **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 17 dez. 2017. “Art. 339. Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente: Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa.”

¹²⁹ BRASIL. Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940). **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 14 dez. 2017. “ Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.”

¹³⁰ JESUS, Damásio de. **Direito Penal**, volume 1: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 236-237.

¹³¹ BRASIL. Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940). **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 17 dez. 2017.

Por esse conceito, só haverá delito complexo nas duas hipóteses apresentadas acima. Sobre a primeira, consistente na soma de delitos para formação de outro, tem-se como exemplo a extorsão mediante sequestro:

Extorsão mediante sequestro

Art. 159 - Seqüestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate:

Pena - reclusão, de oito a quinze anos.¹³²

O delito, que é crime hediondo, nos termos da Lei nº 8.072¹³³, consiste na soma dos delitos de extorsão e de sequestro e cárcere privado, ao passo que afronta em mesmo tempo, os dois bens jurídicos protegidos por estes, o patrimônio e a liberdade pessoal:¹³⁴

Extorsão

Art. 158 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa:

Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

Seqüestro e cárcere privado

Art. 148 - Privar alguém de sua liberdade, mediante seqüestro ou cárcere privado:

Pena - reclusão, de um a três anos.¹³⁵

Em análise dos delitos, nota-se que o delito de sequestro é meio de execução que qualifica a extorsão para um tipo penal mais grave, se enquadrando em uma relação de subsidiariedade tácita. De outro lado, a extorsão mediante sequestro, em face da extorsão, tem relação de especialidade, pois possui

¹³² BRASIL. Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940). **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 17 dez. 2017.

¹³³ Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072compilada.htm>. Acesso em 17. Dez 2017. “Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: [...] III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º);”

¹³⁴ JESUS, Damásio de. **Código Penal anotado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 631.

¹³⁵ BRASIL. Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940). **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 17 dez. 2017.

características *especializantes* em face deste, consistente no meio utilizado que é o sequestro.

Nessa senda, em que pese o posicionamento de grandes autores quanto o tema, os delitos complexos, como bem leciona Damásio de Jesus, adotados no sentido estrito, são solucionáveis pelo princípio da subsidiariedade e pelo princípio da especialidade, não pelo princípio da consunção.¹³⁶

Ressalta-se que caso adotado o conceito mais amplo de crime complexo ainda se estaria diante das mesmas relações, pois decorreria também do acréscimo de elementos especializantes ou modo de execução.

2.4 Princípio da Consunção e a Progressão Criminosa

Inicialmente, cabe ressaltar que alguns autores não tratam de diferenciar progressão criminosa e crime progressivo, por entender que a figura da progressão não se diferencia do delito progressivo, sendo este o modo pela qual aquela se configura.¹³⁷

Oscar Stevenson analisa ambos os institutos conjuntamente, nos termos trazidos por Sabatini, afirmando que a consunção desta forma aplica-se aos fatos conjugados, anteriormente categorizados no crime progressivo, e os antefatos e pós-fatos impuníveis. Entretanto, o autor, embora saliente que se trata do mesmo instituto, aborda em separado a questão, pois inicialmente analisa os casos de transgressão gradual, e depois passa a análise dos antefatos e pós-fatos.¹³⁸

Adotada a divisão entre crime progressivo e progressão criminosa, esta pode ser conceituada pela lição de Ranieri, que sustenta que há progressão criminosa quando um tipo, já realizado, se concretiza através da prática de outros delitos. Assim, a progressão criminosa possui conceito mais amplo que o do crime progressivo.¹³⁹

A separação entre crime progressivo e progressão criminosa auxilia no estudo sobre a aplicação do princípio da consunção, pois como bem conceitua

¹³⁶ JESUS, Damásio de. **Direito Penal**, volume 1: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 157.

¹³⁷ JESUS, Damásio de. **Direito Penal**, volume 1: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 157.

¹³⁸ STEVENSON, Oscar. Concurso aparente de normas penais. In: **Estudo de Direito e Processo Penal em Homenagem a Néelson Hungria**. 1. ed. Rio de Janeiro - São Paulo: Forense. p. 28-46.

¹³⁹ JESUS, Damásio de. **Direito Penal**, volume 1: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 157.

Ásua, a relação nos casos de progressão criminosa (que o autor aponta como casos de antefato e pós-fato, visto que não separa progressão criminosa de crime progressivo) é de parte para o todo, ao passo que nos casos de crime progressivo é de *minus* para *plus*.¹⁴⁰

O conceito de progressão criminosa pressupõe, diferentemente do que ocorre no crime progressivo, a pluralidade de fatos.¹⁴¹ Por isso, Bitencourt separa aplicação do princípio da consunção aos casos de progressão criminosa do conflito aparente de normas, pois entende que nesses casos não há unidade de fato, que é condição necessária para a existência destes conflitos.

O princípio da consunção tem abrangência maior do que aquela tradicionalmente reconhecida, como simples “conflito aparente de normas”, podendo atingir, inclusive, a pluralidade de fatos, adotando critérios valorativos.¹⁴²

Entretanto, parece mais acertada a posição adotada por Damásio de Jesus, que busca o conceito de fato complexo trazido por Oscar Stevenson para solucionar tal questão.¹⁴³

Desta forma, a progressão criminosa, em referência ao antefato e ao pós-fato, não vem da atribuição valorativa da pluralidade de fatos, como ressalta Bitencourt, mas da consideração da progressão como unidade de fato complexional¹⁴⁴, a qual só é aplicável uma norma, pelas características de unidade e harmonia do direito penal. Esta derrogação da norma que aparentemente incidiria sobre os demais atos é, sem sombra de dúvidas, um conflito aparente de normas.

Os casos de aplicação do princípio da consunção, quanto aos casos de progressão criminosa são:

1. Progressão Criminosa em sentido estrito.
2. Antefato impunível.

¹⁴⁰ ASUA, Luiz Jiménez de. **Tratado del Derecho Penal**, TOMO II: Filosofía y Ley Penal. 5. ed. Buenos Aires: Losada, 1992. p. 558.

¹⁴¹ JESUS, Damásio de. **Direto Penal**, volume 1: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 158.

¹⁴² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte Geral – vol. 1**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 268.

¹⁴³ JESUS, Damásio de. **Direto Penal**, volume 1: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 158.

¹⁴⁴ STEVENSON, Oscar. Concurso aparente de normas penais. In: **Estudo de Direito e Processo Penal em Homenagem a Néilson Hungria**. 1. ed. Rio de Janeiro - São Paulo: Forense. p. 35-36.

3. Pós-fato impunível.¹⁴⁵

A progressão em sentido estrito ocorre nos casos de crime progressivo onde há separadas decisões pelo autor de agravar a incidência do delito. O autor tem a intenção de cometer o crime mais brando e após este concretizado, decide cometer o próximo delito. Diferencia-se do crime progressivo pela intenção.

Quanto ao antefato impunível, consiste em delito que é meio necessário ou de normal realização da conduta final, que a absorverá, tornando o primeiro crime um indiferente penal. O pós-fato impunível, por sua vez, consiste quando um crime posterior é cometido em face de delito anterior, para deste tirar proveito, e sem causar nova ofensa.¹⁴⁶

Para Damásio de Jesus, são condições necessárias do antefato e do pós-fato impuníveis a maior gravidade do delito e, nos termos trazidos por Grispigni, o mesmo bem jurídico tutelado e o mesmo sujeito.¹⁴⁷

Entretanto, à exceção da necessidade do mesmo autor (até por se falar em unidade de fato complexo), as demais exigências não se mostram necessárias quando se fala nestas aplicações do princípio da consunção. Como bem suscita Oscar Stevenson, o que se vê, nos casos de antefatos e pós-fatos, é a dependência de motivo e resultado do ato complexo. Assim, o que está em apreço não é a gravidade das penas em abstrato, mas sim a relação concreta de única qualidade.¹⁴⁸

Como bem referido, o único dos princípios resolutivos que se qualifica em abstrato é o da especialidade. O princípio da consunção, por sua vez, necessita de análise em concreto de continência. Por essa lógica, não se sustenta a necessidade que os crimes participantes da relação consuntiva ofendam o mesmo bem jurídico, nem que o crime-meio seja o de menor gravidade em abstrato.¹⁴⁹

¹⁴⁵ JESUS, Damásio de. **Direito Penal**, volume 1: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 157.

¹⁴⁶ JESUS, Damásio de. **Direito Penal**, volume 1: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 158-159.

¹⁴⁷ JESUS, Damásio de. **Direito Penal**, volume 1: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 159;

¹⁴⁸ STEVENSON, Oscar. Concurso aparente de normas penais. In: **Estudo de Direito e Processo Penal em Homenagem a Néelson Hungria**. 1. ed. Rio de Janeiro - São Paulo: Forense. p. 42-43.

¹⁴⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: Parte Geral – vol. 1. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 267.

2.5 Pendente controvérsia na Jurisprudência: O crime-meio como o crime de maior gravidade.

Consolidadas as hipóteses de aplicação do princípio da consunção, passa-se à análise da referida controvérsia na doutrina, em relação à possibilidade de aplicação do princípio nos casos em que o crime-meio seja de maior gravidade que o crime-fim.

O primeiro acórdão a ser analisado sobre o tema é o do julgamento do STJ que sedimentou, na sistemática dos recursos repetitivos, a possibilidade de um crime de maior gravidade ser absorvido por um delito de menor gravidade, desde que consista em fase preparatória ou executória deste, e que seja exaurido seu potencial lesivo. O acórdão do STJ aqui referido trouxe a seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. RITO PREVISTO NO ART. 543-C DO CPC. DIREITO PENAL. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. DESCAMINHO. USO DE DOCUMENTO FALSO. CRIME-MEIO. ABSORÇÃO. POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. 1. Recurso especial processado sob o rito do art. 543-C, § 2º, do CPC e da Resolução n. 8/2008 do STJ. 2. O delito de uso de documento falso, cuja pena em abstrato é mais grave, pode ser absorvido pelo crime-fim de descaminho, com menor pena comparativamente cominada, desde que etapa preparatória ou executória deste, onde se exaure sua potencialidade lesiva. Precedentes. **3. Delimitada a tese jurídica para os fins do art. 543-C do CPC, nos seguintes termos: Quando o falso se exaure no descaminho, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido, como crime-fim, condição que não se altera por ser menor a pena a este cominada.** 4. Recurso especial improvido.¹⁵⁰

No caso em comento, a acusada, recorrida no acórdão, foi denunciada pela prática do crime previsto no art. 293, §1º, inciso III, alínea 'a', do CP, por apresentar DBA falsa, com o intuito de importar mercadoria do Paraguai. Ao caso foi reconhecido, pelo tribunal de origem, a aplicação do princípio da consunção, por entender que o delito de falso seria absorvido pela prática de descaminho, ao qual foi aplicado o princípio da insignificância.

Em sede de Recurso Especial, o ministro relator entendeu que a prática do delito de falso teve como único objetivo a consumação do crime de descaminho,

¹⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.378.053 - PR. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Elizabeth Silva Menezes Rios, Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Brasília, 10 de agosto de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=59166078&num_registro=201301291260&data=20160815&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 29 nov. 2017.

tendo se exaurido seu potencial lesivo nele, que constituía meio regular de realização deste.

É um caso claro de antefato impunível, que enseja a aplicação do princípio da consunção. Está-se diante de uma unidade complexa de fato, consistente na falsificação do documento para importação dos produtos, o que, analisadas em conjunto, se materializam na prática do descaminho. Assim, corretamente desvinculada a pena em abstrato da relação em concreto dos fatos, visto que o critério de consunção pauta-se, como bem suscita Ásua, no antefato impunível, pela relação de continência.

Inobstante a este precedente, a Quinta Turma do referido Tribunal entendeu, no julgamento do Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial nº 836.595-DF, que um crime não poderia ser absorvido por uma contravenção penal:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. USO DE MARCA DO PODER PÚBLICO. EXERCÍCIO IRREGULAR DE PROFISSÃO. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. NÃO APLICAÇÃO. PRECEDENTE DO STF. ALEGAÇÃO DE QUE A CONDENAÇÃO ESTÁ FUNDAMENTADA EXCLUSIVAMENTE NA CONFISSÃO. SÚMULA 284. PROVAS PARA CONDENAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. FACULDADE DO JULGADOR. RECURSO DESPROVIDO.1. Na espécie, a aplicabilidade do princípio da consunção na forma pleiteada encontra óbice tanto no fato de o crime de uso de documento falso (art. 304 do CP) praticado pelo paciente não ter sido meio necessário nem fase para consecução da infração de exercício ilegal da profissão (art. 47 do DL nº 3.688/41) quanto na impossibilidade de um crime tipificado no Código Penal ser absorvido por uma infração tipificada na Lei de Contravenções Penais. HC 121652, Relator Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 22/04/2014, processo eletrônico DJe-107, divulgado em 3/6/2014, publicado em 4/6/2014).

.....
5. Agravo regimental improvido.¹⁵¹

No julgamento acima, o Min. Relator Reynaldo Soares da Fonseca reportou-se aos fundamentos da decisão agravada para denegar provimento ao recurso, entendendo que a irresignação do agravante de que o caso comportaria a aplicação do princípio da consunção não seria procedente.

¹⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial nº 836.595-DF. Agravante: Rogério Antonio do Prado Junio. Agravado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 16 ago. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1529531&num_registro=201600078759&data=20160826&formato=PDF>. Acesso em 14 dez. 2017.

Na decisão fustigada, que fundamenta a presente decisão, o Ministro sustentou que embora a conduta do recorrente fosse, de fato, o exercício irregular da profissão, conduta que se enquadra no art. 47 da Lei das Contravenções Penais¹⁵², “o uso da permissão de terceiros poderia ser vertida para outras condutas delituosas, além de ser a contravenção penal menos grave do que qualquer crime, logo, insuscetível de aplicação do princípio da consunção”.¹⁵³

Importa ressaltar que o magistrado não fundamentou essa posição na doutrina, mas na consonância dela com a jurisprudência do STF. O precedente utilizado pelo relator, inclusive colacionado na ementa do julgamento, é de abril de 2014, na qual o STF entendeu pelo afastamento da possibilidade de aplicação do princípio da consunção, com fundamento de que um crime não pode ser absorvido por uma contravenção. A ementa do referido acórdão vem nos seguintes termos:

Habeas corpus. Penal. Princípio da consunção. Alegação de que o crime de falso (art. 304 do CP) constitui meio de execução para a consumação da infração de exercício ilegal da profissão (art. 47 do DL nº 3.688/41). Não ocorrência. Impossibilidade de um tipo penal previsto no Código Penal ser absolvido por uma infração tipificada na Lei de Contravenções Penais. Ordem denegada. **1. O princípio da consunção é aplicável quando um delito de alcance menos abrangente praticado pelo agente for meio necessário ou fase preparatória ou executória para a prática de um delito de alcance mais abrangente. 2. Com base nesse conceito, em regra geral, a consunção acaba por determinar que a conduta mais grave praticada pelo agente (crime-fim) absorve a conduta menos grave (crime-meio).** 3. Na espécie, a aplicabilidade do princípio da consunção na forma pleiteada encontra óbice tanto no fato de o crime de uso de documento falso (art. 304 do CP) praticado pelo paciente não ter sido meio necessário nem fase para consecução da infração de exercício ilegal da profissão (art. 47 do DL nº 3.688/41) quanto na impossibilidade de um crime tipificado no Código Penal ser absorvido por uma infração tipificada na Lei de Contravenções Penais. 4. Habeas corpus denegado.¹⁵⁴

¹⁵² Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941). **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm>. Acesso em 16 dez. 2017. “Art. 47. Exercer profissão ou atividade econômica ou anunciar que a exerce, sem preencher as condições a que por lei está subordinado o seu exercício: Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis.”

¹⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial nº 836.595-DF. Agravante: Rogério Antonio do Prado Junio. Agravado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 16 ago. 2016. p. 4.

¹⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 121.652/SC. Paciente: Roberto Alexandre da Cunha. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 22 abr. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6016378>>. Acesso em 14 dez. 2017.

No caso, foi impetrado HC pela DPU em face da decisão do STJ que denegou agravo para recurso especial em favor de Roberto Alexandre da Cunha. A Defensoria pleiteou a concessão da ordem com base no argumento de que o crime de uso de documento falso foi meio para a consumação da contravenção de exercício ilegal da profissão.

O autor foi inicialmente condenado a pena de 3 anos, 1 mês e 15 dias pela prática do delito de uso de documento público falso, previsto no art. 304 c/c o art. 297, ambos do CP, crime cujo o objeto jurídico tutelado é da fé pública.¹⁵⁵

Uso de documento falso

Art. 304 - Fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302:

Pena - a cominada à falsificação ou à alteração.

Falsificação de documento público

Art. 297 - Falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro:

Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa.¹⁵⁶

O ministro relator entendeu pela impossibilidade da aplicação do princípio da consunção ao caso, com base no entendimento doutrinário de Fernando Capez, que conceitua o princípio da consunção como os casos em que um fato de maior gravidade e mais amplo absorve um caso menos amplo e de menor gravidade que funcione como fase normal, meio de preparação ou execução ou mero exaurimento.¹⁵⁷

Assim, segundo tal entendimento, seria impossível a aplicação do princípio da consunção nos casos em que o crime mais grave fosse o crime-meio, o que se mostra uma simplificação do princípio. Nota-se que a objeção doutrinária, entretanto, não diz respeito à condição do delito ser ou não uma contravenção penal, e sim a gravidade da conduta.

¹⁵⁵ JESUS, Damásio de. **Código Penal anotado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 968.

¹⁵⁶ BRASIL. Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940). **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 14 dez. 2017.

¹⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 121.652/SC. Paciente: Roberto Alexandre da Cunha. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 22 abr. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6016378>>. Acesso em 14 dez. 2017. p. 6-7.

Mostra-se mais acertada a posição trazida pelo STJ na sistemática da repercussão geral, pois considera, para a sua análise a relação de continência, de parte e todo, que é a determinante nos casos de progressão criminosa.

CONCLUSÃO

Ao final do desenvolvimento do trabalho de pesquisa e redação, têm-se como conclusão desta monografia não só uma resposta, mas algumas conclusões relevantes sobre a temática.

Inicialmente, fica clara para qualquer pessoa que se debruçar sobre os estudos de conflitos aparentes de normas feitos pela doutrina brasileira a ausência de profundidade e de pesquisa elucidativa, o que permite concluir que a realidade retratada por Oscar Stevenson, em 1962, de que o tema não foi muito abordado pelos penalistas, não foi muito alterada até o presente momento.

Inclusive, a dificuldade encontrada na procura de bibliografia demonstra a falta de material específico e, conseqüentemente, elucidativo sobre o tema. Essa dificuldade traduz-se para o dia-a-dia dos tribunais, como demonstrado no Ponto 1.2.2 do trabalho, que relatou um caso de má aplicação do princípio da subsidiariedade. Se a doutrina não explora com extensão o tema, o reflexo está claramente na prática dos tribunais.

A falta de conhecimento aprofundado na matéria não foge também das cortes superiores e ficou retratada quando analisado o acórdão do HC. O conceito trazido pelo Ministro Dias Toffoli não está errado, mas com certeza está incompleto e mostra pouca abrangência da matéria, o que gera um problema grave, pois, como foi visto, o fundamento trazido no agravo regimental da Quinta Turma, que foi de encontro ao entendimento fixado no Recurso Especial nº 1.378.053 - PR, pautou-se no julgamento do referido HC, que diverge do posicionamento do STJ não por tratar-se de exceção, mas por assentar-se em doutrina relativamente incompleta sobre os conflitos aparentes de normas, do princípio da consunção e de suas formas de aplicação.

Traz-se, ao fim deste trabalho, novamente os ensinamentos de Nelson Hungria, ao referir que a bom conhecimento dos institutos de direito penal permite uma análise mais aprofundada dos problemas e afasta a intolerável resolução pelo princípio do *ne bis in idem*. Fundamentar dissidências em profundos estudos divergentes sobre um tema nada foge à atividade jurídica; mas, que essas divergências surjam pela simples ausência de estudo de temas fundamentais parece

um pouco temerário em especial quando há a obrigação constitucional do judiciário a não se eximir da análise de temas, não importando sua complexidade.

Em específico sobre os questionamentos trazidos na introdução do trabalho, podem ser feitos alguns apontamentos relevantes:

1. Os conflitos aparentes de normas são problemas relativos à aplicação da lei penal, não tendo relação com o concurso de crimes, e podem ser conceituados como uma sistemática de princípios que tem como fundamento a harmonia e coordenação do sistema jurídico-penal. Esse sistema impede que duas normas sejam aplicáveis ao mesmo fato, embora ambas o conceituem como delito, por relações de derrogação, o que cria aparente conflito. Têm como requisitos a unidade de fato (que pode ser simples ou complexa) e a pluralidade de normas que aparentemente são aplicáveis.

2. O critério mais adequado para classificar os princípios resolutivos de conflitos aparentes de normas é o critério de especificidade e autonomia trazido por Oscar Stevenson, que determina que existindo aplicabilidade e utilização diferenciada do princípio, pode-se considerá-lo como tal.

3. São três princípios os princípios resolutivos: especialidade, subsidiariedade e consunção. O princípio da alternatividade, independentemente do conceito que seja adotado para descrevê-lo, não soluciona conflito aparente de normas.

4. O princípio da consunção e o princípio da subsidiariedade diferenciam-se pelo critério de especificidade e autonomia, pois descrevem requisitos e hipóteses de aplicação diferentes, exploradas no Ponto 1.2.2.

5. Quanto à pergunta que impulsionou este trabalho, a qual seria “pode o princípio da consunção ser aplicado aos casos em que o crime-meio seja de maior gravidade que o crime-fim?”, chega-se a uma resposta comum no âmbito jurídico: depende.

Nos casos em que princípio esteja sendo aplicado ao crime progressivo (relação de *minus* para *plus*), parece não ser possível afastar a gravidade do delito da progressão, pois este se configura pela gradual ofensa a um bem jurídico. A resposta é a mesma nas aplicações de imperfeição para perfeição (tentativa – consumação) e de auxílio à conduta direta (partícipe – autor), pois se está tratando de formas graduais de ofensividade.

Por outro lado, quando estamos diante de casos de progressão criminosa, em especial em relação a casos de antefato e pós-fato impuníveis, o que está em apreço é a relação de continência, de parte ao todo, de meio preparatório, executório ou posterior do que normalmente acontece, não se olvidando a possibilidade de um delito menos grave ser o de fato materializado pela unidade de fato complexo. Assim, nesses casos, é possível que uma norma de menor gravidade seja a norma consuntiva.

REFERÊNCIAS

1. Bibliográficas:

ASUA, Luiz Jiménez de. **Tratado del Derecho Penal**, TOMO II: Filosofía y Ley Penal. 5. ed. Buenos Aires: Losada, 1992.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte Geral – vol. 1**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito Penal: parte geral**, vol. 2. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**, v. 1, t.1: arts. 1º ao 10. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**, volume 1: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Código Penal anotado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRABETE, Julio Fabrini; FABRINI, Renato M. **Manual de direito penal**, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal, volume 1: Introdução e Parte Geral**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ROCHA, Lincoln Magalhães. Princípios Fundamentais do “concurso normarum”. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade Federal de Minas Gerais, n. 5, 1965. p. 81-115.

_____. Contribuição à Doutrina do Conflito Aparente de Normas. **Revista do Ministério Público de São Paulo**, v. 5. p. 7-36.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral**. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

STEVENSON, Oscar. Concurso aparente de normas penais. In: **Estudo de Direito e Processo Penal em Homenagem a Néelson Hungria**. 1. ed. Rio de Janeiro - São Paulo: Forense. p. 28-46.

2. Legislativas:

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 28 dez. 2017.

_____. Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940). **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 14 dez. 2017.

_____. Código Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969). **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001.htm>. Acesso em 14 dez. 2017.

_____. Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941). **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm>. Acesso em 16 dez. 2017.

_____. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072compilada.htm>. Acesso em 17. Dez 2017.

_____. Lei nº 10.823, de 22 de dezembro de 2003. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826.htm>. Acesso em 14 dez. 2017.

_____. Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em 14 dez. 2017.

3. Jurisprudenciais:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 17: QUANDO O FALSO SE EXAURE NO ESTELIONATO, SEM MAIS POTENCIALIDADE LESIVA, É POR ESTE ABSORVIDO. Disponível em <http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf>. Acesso em: 19. nov. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.378.053 - PR. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Elizabeth Silva Menezes Rios, Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Brasília, 10 de agosto de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=59166078&num_registro=201301291260&data=20160815&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 29 nov. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial nº 836.595-DF. Agravante: Rogério Antonio do Prado Junio. Agravado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 16 ago. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1529531&num_registro=201600078759&data=20160826&formato=PDF>. Acesso em 14 dez. 2017.

_____. Superior Tribunal Militar. Apelação nº 105-31.2013.7.03.0103/RS. Apelante: Jeferson de Oliveira ScharDOSim. Apelada: A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 1ª Auditoria da 3ª CJM, de 15/05/2014. Relator: Min. Álvaro Luiz Pinto. Brasília, 30 out. 2014. Disponível em: <<https://www2.stm.jus.br/pesquisa/acordao/2014/50/10019438/10019438.pdf>>. Acesso em 14 dez. 2017

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 121.652/SC. Paciente: Roberto Alexandre da Cunha. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 22 abr. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6016378>>. Acesso em 14 dez. 2017.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal nº 20130510117723APR. Apelante: Robervan das Neves Costa. Apelado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Des. Silvanio Barbosa. Brasília, 24 jul. 2014. Publicado no DJE: 01/08/2014, p. 252.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime 70018892414. Apelante/Apelado: Ministério Público; Vagner Miguel da Silva Souza; Gevertton Borges de Oliveira. Apelado: Márcio Brochetto de Castilhos; Maicon Roberto Gervasio de Oliveira; Luis Eduardo Trevisan. Relator: Des. Amilton Bueno de Carvalho. Porto Alegre, 05 set. 2007.

4. Pesquisas em Sites:

JUS BRASIL. **Pesquisa Jurisprudencial.** Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=princ%C3%ADpio+da+consum%C3%A7%C3%A3o&l=365dias>>. Acesso em: 13 dez. 2017