



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A (IN)DEFINIÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO

Bruno Mychel De Lima Abreu

Rio de Janeiro
2020

BRUNO MYCHEL DE LIMA ABREU

A (IN)DEFINIÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2020

A (IN)DEFINIÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO

Bruno Mychel de Lima Abreu

Graduado pela Universidade Veiga de Almeida. Pós-Graduado em Ciências Penais pela Universidade Cândido Mendes. Advogado.

Resumo – diante do emaranhado conjunto normativo em matéria penal, é frequente o emprego das técnicas de solução dos conflitos aparentes de normas desenvolvidas pela doutrina. Das soluções apontadas, é o princípio da consunção o mais nebuloso tanto na doutrina, quanto na jurisprudência. Nesse contexto, a essência deste trabalho é abordar essas principais divergências jurisprudenciais e doutrinárias, apontando bases dogmáticas para sua adequada aplicação de acordo com os princípios gerais da Ciência Penal.

Palavras-chave – Princípio da consunção. Conflito aparente de normas. Súmula nº 17 STJ. Antefato e pós-fato impuníveis.

Sumário – Introdução. 1. (In)definição doutrinária. 2. Divergências jurisprudenciais e a subversão do sistema jurídico penal na aplicação do princípio da consunção. 3. Uma correta compreensão e aplicação da consunção no caso concreto. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute o conflito aparente de normas penais, em especial a aplicação do princípio da consunção. Busca-se apontar as grandes divergências sobre o tema e, ao final, desenvolver uma correta aplicação do referido instituto.

Com a evolução da sociedade, tem sido cada vez mais comum a ampliação da tutela penal. Seja pelo reconhecimento de novos bens jurídicos, seja pela necessidade de maior controle social por meio da norma penal. Não se sabe se essa seria a vida adequada. Entretanto, o fato é que o rol de tipos penais sofre contínuos acréscimos.

Diante do amplo sistema normativo penal, é comum que uma conduta criminosa viole direta ou indiretamente mais de um tipo penal, violando mais de um bem jurídico. De maneira geral, para evitar a ocorrência de odioso *bis in idem*, a doutrina aponta como solução os princípios da especialidade, subsidiariedade e consunção. Os primeiros não trazem maiores transtornos pois sua interpretação é eminentemente objetiva, o que não ocorre com o último.

O tema é limitado ao princípio da consunção, cujo objetivo no primeiro capítulo é apresentar seu âmbito de incidência e como o seu conceito é controvertido na doutrina. A maioria da doutrina trata sobre o tema. Todavia, o tema não é tratado com a profundidade devida, cujos conceitos apontados abrem espaço para diversos debates doutrinários e conflitos jurisprudenciais.

Merece destaque, nesse ponto, a importância de uma correta definição para um adequada aplicação deste instituto, pois uma pessoa quando entregue ao poder judiciário estará submetido a uma extensa legislação, repleta de antinomias e contradições, que se não forem interpretadas de maneira adequada poderá dar ensejo a uma pena desproporcional, punindo o agente duas vezes pelo mesmo fato. Por outra via, bens jurídicos tutelados podem ser desprotegidos de maneira equivocada, acreditando o intérprete que uma conduta violadora de diversos tipos penais mereça incidência de um único tipo penal.

Nesse quadro, o presente trabalho busca demonstrar a importância do tema pouco debatido na doutrina. A principal finalidade é trazer à baila discussões não solucionadas pela doutrina, mas de grande repercussão prática.

No segundo capítulo é apresentado o quanto o tema é de grande incidência fática, mas controvertido na jurisprudência em conflitos normativos equivalentes. O mesmo tema é tratado de forma distinta nos tribunais brasileiros, gerando grande insegurança jurídica. No entanto, busca-se extrair pontos convergentes para construir, ao final, um sistema harmônico em nosso sistema penal.

Em que pese o Brasil ser orientado pelo sistema da *civil law*, cada vez mais a força dos precedentes se irradia pelo nosso sistema em busca de segurança jurídica. Em razão disso, é de extrema importância que seja apresentada e debatida tamanha desarmonia jurisprudencial em nossos tribunais buscando pontos comuns sobre o tema.

Por fim, o terceiro capítulo busca traçar de forma didática uma maneira adequada de se interpretar a norma penal diante de um conflito, o qual seja necessário um juízo positivo ou negativo de absorção de crimes. Para tanto, fundamenta-se nos pontos de convergência extraídos da doutrina balizada e da jurisprudência, dando ao exegeta formas de não subverter o sistema jurídico e aplicar de forma coerente o princípio da consunção.

A abordagem do objeto deste trabalho é por meio de uma pesquisa exploratória, porquanto o pesquisador pretende levantar informações sobre o tema principal, tratar dos seus problemas fáticos e se valer da bibliografia pertinente à temática em foco para sustentar a sua tese.

1. (IN)DEFINIÇÃO DOUTRINÁRIA

Na evolução histórica do Direito, sempre se buscou explicar, justificar e fundamentar qual seria a real função do Direito Penal. Diversas foram as teorias firmadas para tanto. No entanto, duas merecem destaque: função de garantia e a função de proteção dos bens jurídicos fundamentais. A primeira é pouco lembrada pela doutrina, enquanto a segunda é muito badalada.

Pode parecer paradoxal, mas o direito penal deve ser compreendido como um escudo ao cidadão,¹ pois apenas haverá punição por uma conduta caso exista uma lei previa definindo-a como infração penal. Não se pode conceber, modernamente, que alguém seja punido por um fato sem previsão prévia de sanção. Além disso, a punição deve observar os exatos limites da lei. Lado outro, o Direito Penal também objetiva assegurar a validade e a proteção dos valores ético-sociais positivos reconhecidos pelo nosso ordenamento.²

Portanto, o Direito Penal limita a atuação estatal, além de ser o responsável pela tutela dos bens jurídicos mais importantes de uma sociedade. Com base essas premissas, deve o Direito Penal ser norteado e interpretado sob pena de se falsificar a real finalidade do Direito Penal.

É necessário lembrar, ainda, que a atuação do Direito Penal é cabível unicamente quando outros ramos do direito se mostrarem impotentes para proteger determinado bem jurídico. Ou seja, o Direito Penal deve ser a última instância de proteção e apenas tutelar bem jurídicos relevantes para a sociedade.

Quando surgiu o conceito de bem jurídico, ainda no século XIX, a principal preocupação do sociedade era a tutela de direitos individuais, os quais foram posteriormente classificados como direitos de primeira geração. Com a evolução paulatina da sociedade novos valores são reconhecidos e, por conseguinte, positivados e tutelados pelo ordenamento. O que antes cuidava apenas da vida, liberdade e patrimônio, hoje tutela o meio ambiente, as relações de consumo, ordem socioeconômica, ordem tributária etc.

Modernamente, tem se falado também em direito penal de emergência³, quando o poder legislativo atua para reprimir casos pontuais, em resposta ao clamor público, com aumento desproporcional e injustificado das normas, ocasionando a hipertrofia do direito penal. Nesse caminhar, segundo SISPENAS⁴ em 2009, havia no Brasil mais de 1650 tipos penais.

Diante desse emaranhado de tipos penais, inevitavelmente o intérprete observará conflito entre os tipos penais, sempre devendo atentar para jamais se afastar das premissas acima fixadas (função de garantia e de proteção de bens jurídicos) para uma adequada aplicação do Direito Penal.

Para buscar solucionar eventuais conflitos de normas penais, a doutrina construiu três conhecidos princípios: especialidade, subsidiariedade e consunção.⁵ Os primeiros são temas

¹ MASSON, Cleber. *Direito Penal*. 13. ed. V. 1. São Paulo: Método, 2019, p. 9.

² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 13. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 7.

³ MASSON, op. cit., p. 9.

⁴ SISPENAS: sistema de consulta sobre crimes, penas e alternativas à prisão. *Série Pensando o Direito: Penas Alternativas*, nº 6, 2009. Disponível em: < https://www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/pensando-o-direito/publicacoes/anexos/06pensando_direito.pdf > Acesso em: 26 out. 2020.

⁵ MASSON, op. cit., p.117.

pacificados na doutrina e não trazem maiores problemas na aplicação da norma penal. Por outro lado, o princípio da consunção apresenta grandes controvérsias.

Tais institutos fundam-se também em política criminal, a fim de evitar penas desproporcionais – preservando a dignidade humana - e manter um sistema coerente.

O princípio da consunção, dia muito, é tema controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Entretanto, a despeito de sua importância é pouco debatido na doutrina. E o pior, ao conceituá-lo, a doutrina trata de maneira distinta aspectos importantes para sua aplicação.

Segundo Juarez Cirino dos Santos:

O critério da consunção resolve o conflito aparente entre tipo consumidor e tipo consumido: o conteúdo de injusto do tipo principal consome o conteúdo de injusto do tipo secundário porque o tipo consumido constitui meio regular (não necessário) de realização do tipo consumidor ou o tipo consumido não está em relação de necessidade lógica (como na especialidade ou na subsidiariedade), mas em relação de regularidade fenomenológica com o tipo consumidor (*lex consumens derogat legi consumptae*).⁶

Apesar da definição apontada, prossegue o autor afirmando que “o critério da consunção está imerso em controvérsia irreversível”.⁷ Ou seja, reconhece o renomado autor a dificuldade de aplicação do princípio. Em razão disso, é extremamente necessário que seja debatido o tema com profundidade e estabelecido premissas precisas para a aplicação do instituto.

Na aplicação do princípio da consunção, ao contrário do que ocorre com os institutos da especialidade e subsidiariedade, não emana de um único fato, mas de uma sucessão de fatos tipificados como crime em que o mais amplo consome o menos amplo. Nessa toada, para Cezar Roberto Bitencourt, o princípio da consunção deve ser aplicado quando:

a norma definidora de um crime constitui meio necessário ou fase normal de preparação ou execução de outro crime. Em termos bem esquemáticos, há consunção quando o fato previsto em determinada norma é compreendido em outra, mais abrangente, aplicando-se somente esta.⁸

Por outro lado, Cleber Masson⁹ vai mais longe. Afirma o autor que somente é possível a aplicação do referido instituto se o crime a ser absorvido for menos amplo e menos grave. Ou seja, não basta apenas que o crime absorvido seja meio necessário ou relação de necessidade lógica.

A despeito dos conceitos desenvolvidos pela doutrina acima citada, verifica-se uma indefinição dogmática. Ademais, analisando as doutrinas apontadas, é possível notar pouca

⁶ SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal*. 6. ed. Curitiba, PR: ICPC Cursos e Edições, 2014, p. 443.

⁷ Ibid.

⁸ BITENCOURT, op. cit., p. 201.

⁹ MASSON, op. cit., p. 125.

profundidade no tratamento da matéria Há diversos questionamentos que precisam ser analisados, os quais não são respondidos pelos conceitos doutrinários apontados.

O primeiro deles perpassa a análise da possibilidade ou não da aplicação do princípio diante da reunião de atos que violem diversos bens jurídicos. Outro ponto que merece análise acurada é se o meio desenvolvido para a prática dos fatos, deve ser meio necessário ou também opcional. Por fim, deve ser discutido se o crime absorvido necessariamente deve ser apenado de forma menos grave ou se isso seria prescindível. Sem responder tais indagações, o intérprete terá dificuldade em aplicar o tema no caso concreto.

Inicialmente, é necessário ter em mente que a aplicação do princípio da consunção deve ocorrer de forma excepcional, pois a regra é que o agente seja punido por todos os crimes praticados. Ou seja, a interpretação de sua aplicação deve ser restrita e não ampliativa, sob penal de desproteção de bens jurídicos relevantes.

Como desdobramento didático das hipóteses de aplicação do princípio da consunção, a doutrina aponta os denominados fatos impuníveis, sejam eles anteriores, simultâneos ou posteriores.¹⁰ São condutas antecedentes, concomitantes ou póstumas, todas previstas como crime, os quais são entendidos como fatos impuníveis. Mas como definir se determinado tipo penal deve, ou não, ser considerado impunível?

Todas essas indagações apontadas ficam de difícil solução com os conceitos trazidos pela doutrina. Em razão disso, no próximo capítulo será apontado o quanto o tema causa divergência na jurisprudência dos tribunais.

2. DIVERGÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS E A SUBVERSÃO DO SISTEMA JURÍDICO PENAL NA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO

Conforme já apontado no capítulo anterior, a doutrina trabalha com conceitos divergentes sobre o tema.¹¹ Nesse mesmo caminhar segue a jurisprudência, decidindo sobre o mesmo tema de forma antagônica e, assim, subvertendo a lógica do sistema.

No julgado noticiado no informativo 743,¹² o Supremo Tribunal Federal, afastou a aplicação do princípio da consunção ao reconhecer a impossibilidade de uma contravenção penal consumir o crime de uso de documento falso. Ou seja, no entender da corte não pode ser coerente uma infração

¹⁰ MASSON, op. cit., p. 125.

¹¹ BITENCOURT, op. cit., p. 201.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n°121652/SC*, Relator: Min. Dias Toffoli, 1ª T. *DJ 22/10/2014*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4543668>> Acesso em: 28 set. 2020.

penal de menor gravidade absorver uma de maior gravidade, ainda que este seja um crime-meio. Nesse sentido:

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. 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). O STF decidiu que o agente que faz uso de carteira falsa da OAB pratica o crime de uso de documento falso, não se podendo admitir que esse crime seja absorvido (princípio da consunção) pela contravenção penal de exercício ilegal da profissão (art. 47 do DL nº 3.688/41). Não é possível que um crime tipificado no Código Penal seja absorvido por uma infração tipificada na Lei de Contravenções Penais.¹³

Seguindo a mesma lógica, a Suprema Corte ao analisar o conflito entre os crimes de falsificação de documento público utilizado para prática do crime de estelionato, reconheceu o concurso formal entre os crimes, aplicando a pena mais grave, aumentada de uma 1/6 a metade na forma do art. 70 do código penal.¹⁴ Observa-se, então, que o Pretório Excelso caminhava no sentido de rechaçar a aplicação do princípio da consunção entre um crime de menor gravidade e outro de maior gravidade.

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça não caminhou no mesmo sentido. Analisando os julgados dessa corte, parece ser prescindível a análise da gravidade dos delitos em conflito para aplicação do princípio da consunção. Ou seja, a despeito do crime meio ser de maior gravidade, a corte o afasta, e imputa o crime fim menos grave. Sobre o tema:

Responderá apenas pelo crime de descaminho, e não por este em concurso com o de falsidade ideológica, o agente que, com o fim exclusivo de iludir o pagamento de tributo devido pela entrada de mercadoria no território nacional, alterar a verdade sobre o preço desta.¹⁵

Nesse mesmo sentido, destaca-se:

O uso de documento falso é absorvido pelo crime de sonegação fiscal quando constitui meio/caminho necessário para a sua consumação. Constitui mero exaurimento do delito de sonegação fiscal a apresentação de recibo ideologicamente falso à autoridade fazendária, no bojo de ação fiscal, como forma de comprovar a dedução de despesas para a redução da base de cálculo do imposto de renda de pessoa física.¹⁶

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 121652/SC*, Relator: Min. Dias Toffoli, 1ª T. *DJ* 22/10/2014. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4543668>> Acesso em: 28 set. 2020.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RHC nº 83990/MG*, Relator: Min. Erus Grau, 1ª T. *DJ* 22/10/2004. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2201070>> Acesso em: 28 set. 2020.

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC nº 31321/PR*, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5º T. *DJ* 16/05/2013. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2201070>> Acesso em: 28 set. 2020.

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 131787/PE*, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5º T. *DJ* 14/08/2012. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipo Pesquisa=tipo Pesquisa Numero Registro&termo = 200900514210&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>> Acesso em: 28 set. 2020.

Como apontado no capítulo anterior, a aplicação do princípio da consunção deve ser exceção e devidamente fundamentado. Não se pode perder de vista as finalidades precípua do Direito Penal: tutela de bens jurídicos e limitação do poder estatal. Ambas devem ser analisadas e aplicadas em harmonioso cotejo, sob pena de grave violação ao princípio da proporcionalidade em sua vertente de proteção deficiente dos bens jurídicos.¹⁷

Em princípio, não há fundamento lógico ou jurídico capaz de justificar a aplicação do princípio da consunção na forma em que o tribunal cidadão aplicou. E não foi só, o STJ sumulou a matéria (Súmula nº 17-STJ: “Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido”).¹⁸

Aponta a doutrina um manifesto equívoco técnico na edição da Súmula nº 17 do STJ, e que tal posição talvez tenha fundamento em medidas de política criminal.¹⁹ Entretanto, tal fundamento não é capaz de legitimar tal posição.

A política criminal, em síntese, traduz uma disciplina que estuda estratégias do Estado para atuação preventiva sobre a criminalidade, estabelecendo uma ponte entre a criminologia e o Direito Penal.²⁰ Ou seja, por meio de seus estudos empíricos, orienta as decisões tomadas pelo poder público em matéria penal.

Nesses termos, não se pode admitir medidas de política criminal sem um estudo empírico-social devidamente fundamentado. Ademais, tais medidas devem advir de dispositivos legais ou atos administrativos apontando certos parâmetros e limites. Como se sabe, o Poder Judiciário não possui o batismo popular, devendo suas decisões estarem amparadas legitimamente, afastando-se de conceitos jurídicos indeterminados. Entregar ao Poder Judiciário o juízo de políticas criminais sem fundada justificativa, afastando a aplicação de uma norma vigente sem qualquer fundamento legítimo, abre espaço cada vez maior para subversão do sistema jurídico. Trata-se, ademais, de violação da separação de poderes desenhada pela Constituição Federal.

Para deixar cristalino o quanto a adoção de tal posição subverte a lógica do sistema, se faz necessário apontar um exemplo concreto. Em recente decisão, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, reformou uma condenação em que se apurou a falsificação de documentos públicos, quais sejam, diploma de graduação em medicina da UFF, diploma de pós-graduação em medicina do trabalho da UFRJ, além de uma carteira do CREMERJ, os quais o acusado fez uso no processo

¹⁷ MASSON, op. cit., p. 45.

¹⁸ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Súmula 17-STJ*. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/53a1320cb5d2f56130ad5222f93da374>>. Acesso em: 10 out. 2020.

¹⁹ MASSON, op. cit., p. 125

²⁰ HOFFMANN, Henrique. *Manual de Criminologia*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 46.

seletivo de determinada empresa, sendo ao final aprovado, passando assim a laborar como médico naquela empresa.²¹

O juízo de primeiro grau condenou o acusado pelos crimes dos artigos 282 (exercício ilegal da medicina),²² cuja reprimenda legal é de 6 meses a 2 anos de detenção, e 297 (falsificação de documento público),²³ cuja reprimenda legal é de 2 anos a 6 anos de reclusão, todos do Código Penal, em concurso material. Entretanto, entendeu a corte fluminense ser aplicado ao caso o princípio da consunção, devendo o agente responder apenas pela delito do art. 282,²⁴ em que foi fixada uma reprimenda de 6 (seis) meses de detenção, substituída a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos. Ou seja, foi afastado o crime mais grave e imputado o crime de menor gravidade.

Em que pese os documentos públicos possam ter sido falsificados com única finalidade de fraudar o ingresso na empresa, não há dúvida de que o agente falsificou os documentos públicos violando o disposto no artigo 297 do Código Penal.²⁵

É possível notar, assim, que o bem jurídico tutelado pelo artigo 297 (fé pública)²⁶ foi esvaziado no caso em comento. O Tribunal de justiça afastou a vigência da norma sem qualquer fundamento legal. Não por outro motivo, títulos e documentos públicos vêm perdendo sua credibilidade e representatividade no seio social.

Diante do que foi exposto, salta aos olhos a necessidade de um tratamento legal da matéria diante do descompasso doutrinário e jurisprudencial sobre o tema. O tema é de grande relevo e de importantíssima aplicação prática, mas que não há um desenho doutrinário adequado sobre o tema.

Enquanto não há um tratamento legal, se faz necessário um desenho dogmático para que seja definido um conceito sobre o tema buscando solucionar os impasses práticos. Assim, no próximo capítulo será proposto, com base na dogmática penal, um conceito e um desenho sistemático para uma aplicação adequada do princípio da consunção.

²¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Criminal nº 0304893 60.2017.8.19.0001*. Rel. Des. Suimei Meira Cavalieri, 3º Câmara Criminal. DJ 29/05/2020. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=202005002581>>. Acesso em: 28 set. 2020.

²² BRASIL. *Decreto-Lei 2.848*, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 28 set. 2020.

²³ Ibid.

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid.

²⁶ Ibid.

3. UMA CORRETA COMPREENSÃO E APLICAÇÃO DA CONSUNÇÃO NO CASO CONCRETO

Diante no nebuloso conceito do princípio da consunção e grave divergência jurisprudencial, neste capítulo será traçado uma definição dogmáticamente adequada com base nas principais características apontadas pela doutrina, capaz de responder todos os questionamentos levantados e facilitar o interprete no momento de aplicar o instituto.

Conforme já salientado, analisar e aplicar um instituto penal atravessa necessariamente uma interpretação à luz das bases do sistema penal como um todo. Não se pode, jamais, analisar um instituo de forma estanque, ao arrepio das vigas mestras do sistema penal construído ao logo dos séculos. Todos os institutos de um sistema, seja qual for, devem funcionar de maneira harmônica e lógica.

Para facilitar a compreensão do tema, destaca-se um exemplo: Caio, mediante artifício arдил, falsificou documentos públicos exclusivamente para adquirir um bem móvel financiado por meio fraudulento. Após o êxito da empreitada criminosa, influi para que terceiro de boa-fé adquira o bem por valor abaixo do mercado. Podemos observar que em um mesmo contexto fático, Caio praticou, em tese, o crime de falsificação de documento público (art. 297, CP), estelionato (art. 171, CP) e receptação (art. 180, *in fine*, CP).²⁷ No caso em tela, observa-se fatos anteriores e fatos posteriores ao crime meio. Mas por qual crime Caio deve ser punido? É possível aplicar o princípio da consunção e o agente ser punido apenas pelo crime principal? O tema, como já antecipado, é por demais controvertido.

O primeiro embate surge em razão da possibilidade ou não da aplicação do princípio da consunção diante de violação de bens jurídicos distintos conforme o caso explanado. Para Cezar Roberto Bitencourt, é possível a absorção ainda que se trate de bens jurídicos distintos.²⁸ Aponta como exemplo justificador, a hipótese em que o agente invade domicílio alheio para prática de furto. Neste caso, entende-se pacificamente que o agente responde apenas pelo furto, mesmo violando dois bens jurídicos em razão da absorção. Já Cleber Masson, rechaça a aplicação do referido princípio diante de violação de bens jurídicos distintos, mas sem resolver o exemplo apresentado por Bitencourt.²⁹

No entanto, como ressaltado, a aplicação adequada do princípio da consunção diante de diversos bens jurídicos, perpassa a análise das finalidades precípuas do Direito Penal. Para resolver

²⁷ Ibid.

²⁸ BITENCOURT, op. cit., p. 202.

²⁹ MASSON, op. cit., p. 125.

o primeiro entrave de sua aplicação, melhor seria que se analisasse a indissociabilidade do dolo do agente por um juízo póstumo do *iter criminis* com base em um terceiro observador. Ou seja, deve ser analisado a possibilidade de interrupção do *iter* criminoso antes de iniciar os atos preparatórios do crime posterior, e o fato anterior ser capaz de violar de forma relevante os bens jurídicos isoladamente.

Nessa ordem de ideias, se for possível romper o dolo do agente antes do início dos atos preparatórios do crime posterior, e ainda assim for capaz de violar o bem jurídico, não deve ser aplicado o princípio da consunção, respondendo o agente por todos os crimes, sob pena de desproteção de bens jurídicos.

Lado outro, quando o *iter crimines* for entrelaçado, isto é, o início dos atos executórios do crime primeiro já integrar os atos executórios do segundo, deve ser aplicado o princípio da consunção. Em síntese, quando os atos de preparação do crime posterior forem isoladamente considerados atos executórios do crime anterior e puder ser dissociado isoladamente como crime em um juízo póstumo externo, deve ser aplicado a pena cumulada. Nessas hipóteses, fica evidente a necessidade de responsabilização isolada pois o agente atingiu de forma separada cada bem jurídico.

No primeiro exemplo, se Caio após a prática dos crimes fosse descoberto, caberia ao julgador analisar a possibilidade de dissociar o dolo do agente em cada conduta e a capacidade de violar individualmente cada bem jurídico. Se a falsidade fosse empregada nos atos de execução do crime de estelionato, e se os documentos falsificados fossem destinados exclusivamente para um único crime e estelionato, seria possível a absorção. Por outro lado, havendo comprovação de que os documentos falsificados poderiam ser meio para outros crimes, evidentemente o agente deve responder por ambos os crimes em concurso material pois sua conduta foi capaz de violar individualmente diversos bens jurídicos.

No exemplo citado por Bitencourt, é inviável dissociar o dolo do agente que invade o domicílio alheio. Qualquer pessoa, em uma análise póstuma, poderia concluir que João pretendia subtrair coisa alheia móvel de pessoa certa e determinada ao invadir seu domicílio. Os atos executórios estão umbilicalmente entrelaçados.

A técnica apontada se aplica perfeitamente nos casos de crime progressivo e progressão criminosa, os quais a doutrina também aponta com desdobramento do princípio da consunção.³⁰ No crime progressivo, o agente almeja desde o início dos atos alcançar o resultado mais grave, cujos atos executórios se entrelaçam, sendo o dolo indissociável. Isso ocorre, quando o agente com o intuito de matar seu desafeto inicia os atos executórios com lesões corporais leves, até concluído o delito de homicídio. Nesta hipótese, deve o agente responder apenas pelo delito de homicídio.

³⁰ Ibid.

De igual forma ocorre na denominada progressão criminosa, quando o dolo do agente se altera após alcançar seu dolo inicial. No mesmo exemplo citado, caso o dolo inicial fosse de apenas lesionar, mas após a prática dos atos contundentes decida ceifar a vida de seu desafeto, o agente deve responder apenas pelo homicídio pois os atos estão entrelaçados e indissociáveis por um terceiro observador.

Após a análise da consunção entre bens jurídicos distintos, deve o intérprete avançar para o próximo degrau, qual seja, analisar a gravidade dos delitos em conflito. Concluindo que os atos estão vinculados e representam um único contexto fático em um juízo póstumo, deve ser analisado se os bens jurídicos são passíveis de consunção em razão da gravidade em abstrato de cada crime.

Retomando o exemplo citado em que Caio por meio de fraude documental pratica o crime de estelionato, salta aos olhos a distinção das penas a eles cominadas. Enquanto o crime de falsificação de documento público é punido com reclusão de dois a seis anos, o crime de estelionato é punido de forma mais branda. Ademais, atualmente o crime de estelionato é de ação penal pública condicionada à representação. Portanto, conforme prega Cleber Masson, é notório o equívoco dogmático da súmula 17 do STJ.³¹

Ao adotar a presente súmula, a jurisprudência está ratificando a absorção do crime mais grave pelo crime menos grave. Evidentemente, viola a dogmática e os princípios norteadores do direito penal pois bens jurídicos tutelados de forma mais rigorosa estão sendo desprotegidos de maneira injustificada. O agente violou dois bens jurídicos distintos (fé pública e patrimônio), e ainda vai responder pelo mais brando? Conforme explicado, é possível a consunção entre bens jurídicos distintos, quando no mesmo entrelace de condutas. Mas não é só. Exige-se também que o delito absorvido seja menos grave, sob pena de desvirtuar todo o sistema penal.

Por fim, deve ser analisado a necessidade da prática dos atos anteriores ou posteriores ao crime meio. É necessário que o exegeta questione se a conduta criminosa anterior ou posterior é desdobramento necessário e natural para o êxito da empreitada criminosa. Não será possível a aplicação do princípio da consunção quando os fatos anteriores ou posteriores, ainda que menos amplos, represente um desdobramento extraordinário, isto é, imprevisível.

Retomando o exemplo explanado, após a prática do crime de estelionato, Caio influenciou para que terceiro de boa-fé adquira coisa que sabe ser produto de crime. Nessa hipótese, é possível notar que Caio vai além do desdobramento natural do crime. Ainda que o julgador não consiga dissociar o dolo do agente pois foi comprovado que ele tinha o intuito de alienar o bem, o meio empregado ultrapassa o desdobramento necessário e viola bem jurídico de terceiro.

³¹ Ibid., p. 122.

De igual forma, ocorre quando o agente após o delito de homicídio oculta o cadáver. Se a ocultação se resume em esconder o cadáver em lugar ermo, deve ser aplicado o princípio da consunção. Lado outro, se ao ocultar o cadáver o agente resolve esponejar o cadáver, evidentemente ultrapassa o desdobramento natural e ultraja o bem jurídico tutelado (respeito aos mortos). Ou seja, ultrapassando o desdobramento natural do que se espera no mundo dos fatos, deve ser afastado o princípio da consunção.

Assim, para uma aplicação adequada do princípio da consunção, deve o interprete no momento de aplicação do princípio da consunção analisar os seguintes pontos: a possibilidade de dissociar o dolo do agente em cada conduta e a capacidade de violar individualmente cada bem jurídico; a gravidade dos delitos em conflito; a existência de uma desdobramento natural na prática dos atos anteriores ou posteriores ao crime meio.

Desta forma, pode-se concluir que o princípio da consunção deve ser conceituado como uma técnica de interpretação da lei penal, quando presente uma sequência de atos delitivos em que o mais grave e mais amplo absorve o menos grave e menos amplo, demonstrada a indissociabilidade do dolo por um juízo póstumo, os quais configuram um desdobramento natural.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por finalidade principal tratar com profundidade o princípio da consunção. Em síntese, o presente trabalho constatou um fundado conflito doutrinário e jurisprudencial ao se definir e aplicar o princípio da consunção. Princípio, este, utilizado para sanar um conflito aparente de normas.

Neste trabalho, foi possível notar, ainda, que a doutrina não se debruça profundamente sobre o tema. Apesar de conceituá-lo, a grande parte da doutrina pouco fala do instituto, o que pode aparentar pouca importância no tema. Todavia, conforme os casos apresentados, saltam aos olhos a sua relevância prática.

Para parte da doutrina, tal princípio não deve ser aplicado pois há em sua aplicação controvérsia irreversível. Por outro lado, a maioria da doutrina prega sua plena aplicação. Entretanto, cotejando os conceitos doutrinários do instituto, tais não atendem diversos questionamentos, os quais foram solucionados.

Diante da grande controvérsia doutrinária, constatou-se que a jurisprudência caminha no mesmo passo. Não há uniformidade nas decisões ao aplicar o princípio, levando o tema a grave insegurança jurídica. O Poder judiciário, ao analisar os fatos que cercam a atividade criminosa, deve

ser preciso pois a inadequação na interpretação e aplicação de um instituto pode representar substancial alteração no momento da aplicação da lei penal.

Foi apresentado no segundo capítulo casos concretos demonstrando tal divergência. Ademais, foi possível notar casos em que a aplicação do instituto vai de encontro às finalidades precípua do Direito Penal, qual seja, proteção de bens jurídicos e limitação do poder estatal.

Fruto das reflexões no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão preliminar da necessidade de tratamento legal do instituto. Entretanto, diante da inércia legislativa, foi pavimentado, com apoio nas vigas mestras do sistema penal, bases dogmáticas para orientar o exegeta na aplicação do princípio da consunção.

Diante de um conflito normativo, o interprete no momento de aplicação do instituto analisar os seguintes pontos: a possibilidade de dissociar o dolo do agente em cada conduta e a capacidade de violar individualmente cada bem jurídico; a gravidade dos delitos em conflito; a existência de uma desdobramento natural na prática dos atos anteriores ou posteriores ao crime meio.

Atravessadas detalhadamente essas premissas, foi possível desenvolver um conceito para o tema capaz de ir ao encontro das bases da ciência penal, sem se afastar de suas finalidades precípua supra citadas.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 13. ed. V.1. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848*, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm> Acesso em: 28 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 121652/SC*, Relator: Min. Dias Toffoli, 1ª T. *DJ* 22/10/2014. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4543668>> Acesso em: 28 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RHC nº 83990/MG*, Relator: Min. Erus Grau, 1ª T. *DJ* 22/10/2004. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2201070>> Acesso em: 28 set. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RHC nº 31321/PR*, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5º T. *DJ* 16/05/2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201102505997&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>> Acesso em: 28 set. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 131787/PE*, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5º T. *DJ* 14/08/2012. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipo>>

PesquisaNumeroRegistro&termo=200900514210&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> Acesso em: Acesso em: 28 set. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Criminal nº 0304893 60.2017.8.19.0001*. Rel. Des. Suimei Meira Cavalieri, 3º Câmara Criminal. DJ 29/05/2020. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=202005002581>> Acesso em: 28 set. 2020.

HOFFMANN, Henrique. *Manual de Criminologia*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

MASSON, Cleber. *Direito Penal*. 13. ed. V. 1. São Paulo: Método, 2019.

SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal*. 6. ed. Curitiba, PR: ICPC Cursos e Edições, 2014

