

X. O PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO E A SÚMULA 17 DO STJ

X. THE PRINCIPLE OF CONSUMPTION AND THE PRECEDENT 17 OF STJ

*Vítor Morato de Oliveira Andrade*¹

Recebido em:	12/05/2020
Aprovado em:	01/06/2020

RESUMO: O artigo tem ênfase na relação entre o princípio da consunção e a Súmula 17 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), publicada em 1990, pacificando uma jurisprudência um tanto quanto turva até então. Para isso, o trabalho aborda o conflito aparente de normas penais como um todo, visando introduzir a questão, bem como os princípios responsáveis pelo esclarecimento desse imbróglio: princípio da especialidade, princípio da subsidiariedade, além do princípio da consunção. Ainda, o artigo propõe a compreensão dos julgados que precederam a emissão da súmula, expondo os debates que levaram ao entendimento da corte de que o crime de falso (previsto no artigo 297 do Código Penal), é absorvido pelo de estelionato (previsto no artigo 171 do mesmo código), quando nele se exaure sem maior potencialidade lesiva. Em suma, o STJ admite a possibilidade de que um crime mais amplo e grave, sob condições específicas, seja absorvido por um delito menor, constituindo uma situação singular e intrigante no direito penal brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da consunção; crime de falso; estelionato.

ABSTRACT: The article emphasizes the relationship between the principle of consumption and Precedent 17 of the Brazilian Superior Court of Justice (STJ), published in 1990, pacifying a somewhat murky jurisprudence until then. To this end, the work addresses the apparent conflict of criminal rules as a whole, aiming to introduce the issue, as well as the principles responsible for clarifying this imbroglio: principle of specialty, principle of subsidiarity, in addition to the principle of consumption. Still, the article proposes the understanding of the judgments that preceded the issuance of the summary, exposing the debates that led to the court's understanding that the crime of falsehood (provided for in Article 297 of the Penal Code), is absorbed by the swindle (provided for in Article 171 of the same code), when it is exhausted without greater harmful potential. In short, the STJ admits the possibility that a broader and more serious crime, under specific conditions, can be absorbed by a lesser crime, constituting a unique and intriguing situation in Brazilian criminal law.

KEYWORDS: Principle of consumption; falsehood; swindle.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Quando uma pena é aplicada no direito brasileiro, tem por finalidade não apenas reprovar uma conduta dita criminoso, punindo o indivíduo pela violação de determinado bem

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto.

jurídico, mas também se espera que seja capaz de prevenir a reincidência de tal prática pelo condenado ou por qualquer outro cidadão. Em última análise, a pena evidencia a possibilidade de o Estado repreender uma conduta danosa à sociedade, punindo quem a praticou, e o sofrimento decorrente dessa punição serve de alerta para a comunidade, indicando as consequências de se violar a lei.

O Código Penal² é claro, em seu artigo 59, ao determinar que o juiz estabelecerá a pena “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”. Por isso, é essencial que o magistrado seja guiado por ambos os objetivos (reprovar e punir) ao proferir uma sentença condenatória. Para a doutrina, a busca pela harmonia entre reprovação e prevenção de um crime é denominada de Teoria Mista ou Unificadora da finalidade da pena (GRECO, 2015).

No entanto, por vezes há alguns obstáculos para que se chegue até uma pena balanceada, nos moldes estabelecidos pela Teoria Mista. Um incidente muito comum, capaz de gerar dúvidas e equívocos, é o conflito aparente entre normas penais. Este pequeno embaraço jurídico é resultado de situações em que, à primeira vista, mais de uma norma penal se aplica ao mesmo delito. Em outras palavras, há confronto aparente em casos em que um único crime poderia ser punido cumulativamente, por se enquadrar em duas normas diferentes. Certamente, é impossível que se fale em uma pena justa nestes termos. Explicar como este conflito se resolve, elucidando a norma correta a ser aplicada em cada caso, é objeto central deste artigo.

Como ensina Bitencourt (2017, p. 264), o direito penal é um:

(...) sistema, ordenado e harmônico, onde suas normas apresentam entre si uma relação de dependência e hierarquia, permitindo a aplicação de uma só lei ao caso concreto, excluindo ou absorvendo as demais.

Não há espaço para normas conflituosas em um ordenamento, sobretudo, coerente. O aparente concurso, explica o jurista, ocorre porque “ao contrário do que faz com o concurso

² Decreto-lei 2.848/40. Código Penal.

de crimes, a lei não regula as situações de concurso aparente de normas, devendo a solução ser encontrada através da interpretação (...)" (BITENCOURT, 2017, p.264).

2. O CONFLITO APARENTE DE NORMAS

Precipuamente, há margem para contestação do termo “conflito”, como faz o professor Jescheck (1981, p. 1034, apud BITENCOURT, 2017, p.264) também trabalhando com a ideia de um ordenamento conciso, ao dizer que o mais correto é entender esse processo como parte da “unidade do direito”, e não como um confronto. Independentemente da nomenclatura utilizada, o importante é reconhecer e saber lidar com este pequeno percalço.

Para aprofundamento, pode-se analisar a seguinte situação hipotética: um cidadão brasileiro, aproveitando-se da facilidade de locomoção entre países vizinhos na América do Sul, tenta atravessar a fronteira do Paraguai com o Brasil dirigindo um veículo contendo centenas de cigarros recém-adquiridos sem nota fiscal. Caso este indivíduo seja abordado pelas autoridades policiais e detido, se confirmada a ilicitude do produto transportado, responderá pelo crime de contrabando, tipificado no artigo 334-A do Código Penal, que trata da importação ou exportação de “mercadoria proibida”, prevendo pena de 2 a 5 anos de reclusão. Neste sentido, tal conduta está devidamente contemplada pela norma, não restando dúvidas quanto à autuação pelo crime previsto neste artigo.

Se ao invés de cigarros, contudo, o sujeito transportasse drogas, como ecstasy e cocaína, sua conduta também estaria adequadamente contemplada pelo artigo, visto que entorpecentes decerto são mercadorias proibidas. Partindo desse raciocínio, pode-se questionar, portanto, o porquê de contrabandistas e traficantes não serem apenados da mesma forma.

Com certeza, a resposta passa pela gravidade do delito. Se comparado ao contrabando, o tráfico de drogas é mais danoso à sociedade, uma vez que, diferente das demais mercadorias que atravessam clandestinamente a fronteira, os entorpecentes em geral têm um poder assustador de provocar dependência, mesmo quando comparados ao cigarro. Neste contexto, reconhecendo o tráfico de narcóticos como extremamente nocivo, sendo a principal

fonte de renda de diversas organizações criminosas, e, por conseguinte, estando diretamente atrelado à violência, o legislador concedeu, desde 1976 (ao editar a lei 6368³, a primeira lei dos tóxicos no Brasil), atenção especial a este delito.

A partir de 2006, entrou em vigor a lei 11.343⁴, que substituiu o já quarentenário texto anterior. De acordo com artigo 33 da atual legislação, comete o crime de tráfico de drogas aquele que:

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 (...).

Verificando o texto e comparando-o com a situação anteriormente citada, depreende-se que o sujeito que contém uma grande quantidade de drogas em seu carro será considerado traficante, encaixando-se adequadamente na conduta prevista no caput do artigo. A título de curiosidade: nessa circunstância específica, de alguém que tenta cruzar a fronteira traficando entorpecentes, haverá a autuação por tráfico internacional de drogas, nos termos do artigo 40 da mesma lei, acarretando um aumento de um sexto até dois terços da pena original.

Retomando o raciocínio: o transporte de drogas de outro país para o Brasil encaixa-se perfeitamente em dois tipos penais distintos: contrabando, por se tratar de mercadoria proibida, e tráfico internacional de drogas. Neste contexto, soa desarrazoado que o acusado responda tanto por tráfico internacional quanto por contrabando. Uma vez que um único delito foi cometido, cabe à Justiça optar por apenas uma das normas. Surge, dessa maneira, um concurso aparente entre leis penais.

Na definição de Capez (2011, p. 89):

³ Lei 6.368/76. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências

⁴ Lei 11.346/03. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.

É o conflito que se estabelece entre duas ou mais normas aparentemente aplicáveis ao mesmo fato. Há conflito porque mais de uma pretende regular o fato, mas é aparente, porque, com efeito, apenas uma delas acaba sendo aplicada à hipótese.

Assim, é responsabilidade do jurista identificar qual a norma correta a ser empregada. Para nortear os operadores do Direito, a doutrina propõe a utilização de três princípios em casos de conflito aparente: princípio da especialidade, princípio da subsidiariedade e princípio da consunção. Estes, se corretamente aplicados, invariavelmente levarão à lei adequada em cada caso. Alguns doutrinadores também mencionam o princípio da alternatividade, mas, como esclarece Bitencourt (2017), este não soluciona conflito algum, uma vez que as situações por ele solucionadas sequer podem ser consideradas como conflito aparente.

O primeiro princípio a ser analisado é o da especialidade. Nas palavras de Greco (2015, p. 76):

Pelo princípio da especialidade, a norma especial afasta a aplicação da norma geral. É a regra expressa pelo brocardo *lex specialis derogat generali*. Em determinados tipos penais incriminadores, há elementos que os tornam especiais em relação a outros, fazendo com que, se houver uma comparação entre eles, a regra contida no tipo especial se amolde adequadamente ao caso concreto, afastando, desta forma, a aplicação da norma geral..

Ou seja, havendo uma norma específica para determinado crime, cabe analisar se ela é passível de aplicação, e se sim, utilizá-la em detrimento da norma genérica. Encerrando definitivamente o exemplo da fronteira: o cidadão detido com drogas deve ser responder nos termos do artigo 33 da Lei 11.343, pois essa é a norma específica para a situação, e não pelo artigo 334-A do Código Penal, ainda que sua conduta esteja enquadrada em ambas as redações.

Os crimes tipificados com leis especiais são, via de regra, mais graves, ou cometidos em circunstâncias notoriamente atípicas (como o infanticídio, espécie de homicídio em que a mãe, sob estado puerperal, mata o filho durante ou logo após o parto), e, por isso, atraíram atenção diferenciada por parte do legislador. Em suma, seria inútil a existência de uma lei específica caso essa fosse preterida em um eventual conflito aparente.

Há diversos casos em que a lei trata de maneira singular determinadas condutas, sendo aplicável o princípio da especialidade para solucionar eventuais dúvidas: no aparente conflito entre homicídio (artigo 121 do Código Penal) e infanticídio (artigo 123 do Código Penal); no aparente conflito entre sequestro (artigo 148 do Código Penal) e subtração de incapazes (artigo 249 do Código Penal); no aparente conflito entre constrangimento ilegal (artigo 146 do Código Penal) e estupro (artigo 213 do Código Penal); dentre outros.

Faz-se necessário frisar que, em todos esses casos, o conflito é tão somente aparente. Isso ocorre porque a situação é esclarecida após a aplicação da especialidade, ou seja, não há conflito algum na prática. O importante, nessas condições, é a compreensão de que há um *plus*, “algo a mais”, como afirma a doutrina, que difere o delito específico do geral, e por isso, havendo lei observando tal particularidade no crime, esta deve ser a aplicada.

Outro princípio solucionador do conflito aparente de normas penais é o princípio da subsidiariedade, expresso pelo brocardo *lex primaria derogat subsidiariae*. Há determinadas condutas que podem ser punidas com normas primárias e com normas subsidiárias. Norma subsidiária é aquela que descreve um grau menor de lesão ao mesmo bem jurídico protegido pela norma primária. Ou seja, cabe ao operador do Direito, analisando o caso concreto, diagnosticar qual a norma primária que trata sobre aquela conduta.

Neste viés, como exemplo de norma subsidiária, pode ser citada a contravenção penal de ir às ‘vias de fato’, prevista no artigo 21 da Lei de Contravenções⁵. Em casos em que um indivíduo é agredido fisicamente, o autor do ataque deve responder pelo crime de lesão corporal (artigo 129 do Código Penal). Contudo, se a agressão for extremamente leve, não deixando marcas a serem apuradas em um eventual exame de corpo-delito, fica mais difícil punir o agressor nos termos do artigo 129. Mesmo assim, existe a possibilidade de responsabilização não por lesão corporal, mas sim pela contravenção de ir às vias de fato, caso haja pessoas que testemunharam a situação, por exemplo. Ou seja, ainda que uma norma primária não se sustente no processo, é viável a aplicação de uma norma subsidiária, evitando, assim, a impunidade.

⁵ Decreto-lei 3.688/41. Lei das Contravenções Penais.

Desse modo, havendo um aparente conflito entre duas normas que tratam da mesma conduta, uma primária e a outra subsidiária, o jurista, por óbvio, deve optar por aquela que é primária. Entretanto, caso haja algum impedimento para que esta seja utilizada, é possível que se aplique a norma subsidiária, como no exemplo a cima. Assim, é possível perceber a importância de uma norma subsidiária: servir como um “soldado de reserva”, nas palavras de Hungria (1949, p. 147), sempre a postos caso a aplicação da norma primária torne-se impossível. (apud BITENCOURT, 2017, p. 266)

Ainda sobre este assunto, doutrina descreve dois tipos de subsidiariedade: expressa e tácita. A subsidiariedade expressa é aquela em que o caráter subsidiário da norma já se encontra manifesto na lei. Neste sentido, normas expressamente subsidiárias terão redações como: “se o fato não constitui crime mais grave”, no Código Penal, ou “se o fato não constitui crime”, na Lei das Contravenções. Isto é, a própria redação do texto está apontando para a existência de uma norma primária que não aquela. Como exemplos de normas expressamente subsidiárias podem ser citados os artigos 132, 238, 239 e 249 do Código Penal, além do artigo 21 da Lei de Contravenções.

Já a subsidiariedade tácita depende exclusivamente da conduta do agente: se determinada norma se encaixa ao fato, mas há a possibilidade de aplicação de uma mais grave, a mais rígida assume o caráter de norma primária em detrimento da outra, que se torna subsidiária naquela situação específica. Um bom exemplo é o artigo 311 do Código de Trânsito Brasileiro⁶, que prevê detenção de seis meses a um ano ou multa para quem:

Trafegar em velocidade incompatível com a segurança nas proximidades de escolas, hospitais, estações de embarque e desembarque de passageiros, logradouros estreitos, ou onde haja grande movimentação ou concentração de pessoas, gerando perigo de dano (...).

Se o indivíduo, ao ignorar as orientações de segurança e trafegar em velocidade máxima, envolve-se em um acidente e provoca mortes, ele responderá nos termos do artigo 302 do mesmo código, que dispõe sobre o homicídio culposo na condução de veículo automotor: “Art. 302. Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor. Penas - detenção,

⁶ Lei 9.503/97. Institui o Código de Trânsito Brasileiro.

de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. (...)”.

Restou, neste caso, o papel de norma subsidiária ao artigo 311. Em resumo, conflitos aparentes entre normas primárias e subsidiárias são sempre facilmente elucidáveis, pois, a norma primária, que deve ser aplicada sempre que possível, é aquela que prevê a violação mais grave a um determinado bem jurídico.

3. O PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO

Sintetizado pelo brocardo *lex consumens derogat consumptae*, o princípio da consunção sustenta que fatos menores sejam absorvidos por fatos mais amplos e graves, contanto que constituam fase normal de preparação ou execução de um fato mais grave, ou, ainda, havendo exaurimento do crime menor na prática de um crime mais grave. Em outras palavras, se um crime menor é cometido como parte de um maior, o delito pequeno é absorvido, evitando o *bis in idem*, respondendo o acusado apenas pelo delito mais gravoso. O professor Capez (2011) utiliza a metáfora do “peixão” que engole o “peixinho” para retratar a consunção: o peixe pequeno, ao ser engolido pelo grande, torna-se parte dele, perdendo sua existência singular.

Segundo Capez (2011, p. 95 e 96) são três as hipóteses em que se verifica a consunção: em crimes progressivos, em crimes complexos e em progressão criminosa. Como explica o autor, nos crimes progressivos:

(...) o agente, objetivando, desde o início, produzir o resultado mais grave, pratica, por meio de atos sucessivos, crescentes violações ao bem jurídico. Há uma única conduta comandada por uma só vontade, mas compreendida por diversos atos (crime plurissubsistente). O último ato, causador do resultado inicialmente pretendido, absorve todos os anteriores, que acarretaram violações em menor grau (...).

Neste sentido, quando uma pessoa busca tirar a vida de outra com diversos golpes de arma branca (um facão, por exemplo) e logra êxito, é sabido que responderá nos termos do artigo 121 do Código Penal, que trata de homicídio, com seus respectivos agravantes, caso

existam. Para cometer o assassinato, todavia, o agressor também praticou o crime de lesão corporal, previsto no artigo 129 do mesmo código. Considerando que houve uma única conduta: ataque com diversas facadas, causaria estranheza se o agora homicida respondesse também pelo artigo 129, porque o crime de lesão corporal se constituiu como uma mera fase do assassinio. Ou seja, não haveria homicídio não fosse a lesão corporal. Desde o início, o autor foi movido por uma única vontade: a de matar o outro indivíduo. É dessa única ação, dessa única vontade, que deriva o crime progressivo.

Diferente situação seria se a lesão corporal não fosse parte fundamental do crime cometido. Em um roubo em que o assaltante fira a vítima com um soco, provocando lesões leves, não há que se falar em consunção. O ataque não constitui fase normal de preparação ou execução do crime de roubo, ainda que o assaltante só tenha conseguido ser bem-sucedido se valendo do golpe. Nesse viés, cabe a responsabilização concomitante pelos artigos 129 e 157 do Código Penal.

Para Capez (2011, p. 96), quatro são as características de um crime progressivo:

- a) unidade de elemento subjetivo (desde o início, há uma única vontade); b) unidade de fato (há um só crime, comandado por uma única vontade); c) pluralidade de atos (se houvesse um único ato, não haveria que se falar em absorção); d) progressividade na lesão ao bem jurídico (os atos violam de forma cada vez mais intensa o bem jurídico, ficando os anteriores absorvidos pelo mais grave).

No caso de um roubo que culmina em lesão corporal, por exemplo, não existe unidade no elemento subjetivo, nem unidade de fato. A vontade inicial é a subtração do objeto, recorrendo-se aos golpes quando a mera intimidação não é suficiente. Por isso, não há consunção nesse caso.

Avançando, há também os crimes complexos, que nada mais são do que dois delitos independentes que, quando combinados, constituem um outro delito previsto em lei. Neste contexto, o merece destaque o latrocínio, que trata de situações em que o assaltante mata a vítima antes, durante ou logo após um crime de roubo. Por existir um delito que una as duas condutas (roubo e homicídio), ficam estas absorvidas pelo crime que corresponde à união de ambas. Portanto, em caso de latrocínio, responde-se tão somente nos termos do artigo 157, §

3º, II do Código Penal, descartadas as penas previstas no artigo 121 e no caput do artigo 157. O mesmo vale para o roubo seguido por lesão corporal grave (artigo 157, § 3º, I do Código Penal), onde ficam descartadas as penas do caput do artigo 157 e do artigo 129, que trata de lesão corporal.

Ainda segundo os ensinamentos do professor, existe a progressão criminosa, que por sua vez divide-se em três subespécies: progressão criminosa em sentido estrito, fato posterior não punível e fato anterior não punível. Ocorre progressão criminosa em sentido estrito quando “o agente deseja inicialmente produzir um resultado, e após atingi-lo, decide prosseguir e reiniciar sua agressão produzindo uma lesão mais grave.”. Diferencia-se do crime progressivo pois o objetivo inicial não é produção do fato mais grave. Este, acaba sendo consequência de uma mudança de comportamento do agente durante o cometimento do crime. Para fins práticos, entretanto, equivale-se ao crime progressivo, visto que também é passível de consunção. Ao final, o crime de maior gravidade absorverá aquele de menor. (CAPEZ, 2011, p. 97)

Como exemplo de progressão criminosa em sentido estrito, pode-se citar o caso de uma briga de bar, em que, num primeiro momento, um indivíduo agride outro com o intuito de produzir-lhe somente lesões corporais. Após a agressão, preparando-se para deixar o estabelecimento, o cidadão que havia desferido os golpes ouve o que acredita ter sido um xingamento por parte da vítima, machucada e estirada no chão, porém consciente. O agressor decide então continuar a atacar a vítima, visando matá-la, e atinge seu objetivo. Novamente, não há qualquer fundamento na aplicação da pena de lesão corporal. Pratica-se a consunção, imputando-lhe o crime de homicídio, ficando o crime menor absorvido.

Em outra vertente da progressão criminosa, encontra-se o fato posterior não punível. Este, por sua vez, ocorre quando, após cometer o delito, o indivíduo atua sobre o mesmo bem jurídico, visando obter vantagem do ato criminoso já praticado. Neste contexto, ao vender um celular furtado, o ladrão responderá somente pelo crime de furto, nos termos do artigo 155 do Código Penal. Isso porque a negociação de um aparelho celular (contrato de compra e venda) por si só não constitui crime, ainda que o indivíduo possa se aproveitar dos resultados desse negócio jurídico. Caso o cidadão decida destruir o telefone, também não há crime senão o de

furto, uma vez que estragar propositalmente um aparelho celular não se caracteriza como delito.

Evidentemente, há o dever de reparação à vítima do furto, caso seu telefone tenha sido comercializado, danificado ou mesmo destruído, mas tal questão deve ser tratada no âmbito do Direito Civil. Neste caso, exceto quanto ao furto, não há o que se falar em crime, e, por sua vez, em uma punição pelo Direito Penal. Este é um exemplo categórico de fato posterior não punível.

Por fim, a doutrina fala em ‘fato anterior não punível’ como subespécie de progressão criminosa. Fato anterior não punível é aquela conduta criminosa praticada como mero meio de preparação para outro delito. Como exemplo, é pertinente que se analise a redação dos artigos 171 e 297 do Código Penal, que tratam respectivamente sobre os crimes de estelionato e falso.

Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis. (...).

Art. 297 - Falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro: Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa. (...).

Segundo Capez (2011, p. 97 e 98), ao falsificar uma carteira de identidade para cometer estelionato, o sujeito deve responder tanto pelo crime de falso, quanto pelo de estelionato propriamente dito, pois, diversos são os crimes passíveis de serem cometidos futuramente valendo-se do documento ilicitamente produzido.

Em diferente hipótese, se o cidadão falsifica uma única folha de cheque e repassa-a a um comerciante, não poderá se beneficiar desse fólio no futuro, uma vez que o único produto do crime já se exauriu. Neste caso, o crime de falso constituiu-se mero meio para o cometimento do crime de estelionato. De acordo com a lógica do fato anterior não punível, deve acontecer a absorção.

Todavia, a pena para o crime de falso (dois a seis anos de reclusão e multa) é maior do que a prevista no delito de estelionato (um a cinco anos de reclusão e multa). Assim, um fato menos grave estaria absorvendo um mais grave, suscitando dúvidas sobre a própria ideia da consunção. Isso remonta à emissão da Súmula 17, pelo Superior Tribunal de Justiça.

4. A SÚMULA 17 DO STJ

Apesar do considerável respaldo doutrinário ao princípio da Consunção em si, foi objeto de divergência a possibilidade de um fato menor absorver um fato mais amplo e grave, ainda que em uma hipótese muito específica. Neste contexto, visando elucidar a questão e prezando por uma maior uniformidade dos tribunais, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula de nº 17, em novembro de 1990, após sucessivos debates na corte em relação ao assunto. Entretanto, antes de se entender a sua ementa, é importante tomar conhecimento dos julgamentos que a precederam.

À época, era notória a insegurança jurídica acerca do tema. O ministro Costa Leite, ao julgar o Recurso Especial nº 259⁷, que tramitou no STJ um ano antes da publicação da Súmula, destacou que três eram os entendimentos possíveis quanto à aplicabilidade da consunção nos casos de falso e estelionato: o acolhimento da absorção do crime de falso pelo crime de estelionato; o reconhecimento de concurso material entre ambos os crimes (nos termos do artigo 69 do Código Penal); e a prevalência do crime de falso, por este ser o delito mais grave.

Ao fundamentar seu parecer, o magistrado citou casos que chegaram à última instância do Supremo Tribunal Federal (STF) e foram decididos de maneira contraditória entre si: ora os juízes pareciam ser guiados por uma vertente, ora por outra, evidenciando o caráter “vacilante”, nas palavras dele, das decisões do STF:

(...) A própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por longo tempo, mostrou-se vacilante (...). No RE nº 63.584 (RTJ 46/667) e nos ERE nº 63.584 (RTJ 52/182), foi acolhida a tese da absorção do falso pelo

⁷ Recurso Especial nº 259 – RS – 89.0008560-3

estelionato; no RE n° 41.199 (RTJ 9/257), a do concurso material; no RE n° 58.543 (RTJ 35/435) e no HC n° 53.702 (RTJ 81/710), a atinente à prevalência do falso. (...).

Desenvolvendo seu parecer, o jurista reconheceu a solidez da tese do concurso material entre os crimes de falso e estelionato, admitindo que estava “calcada em sólidos e convincentes argumentos jurídicos”. No entanto, alegou o magistrado, isso não tornava a proposta incompatível com a possibilidade de absorção. Desse modo, o juiz fez uma importante ponderação, que posteriormente seria lembrada pelo ministro William Patterson como uma “posição intermediária”: concordou com a existência do concurso formal, mas afirmou que, contanto que o falso se esgotasse no estelionato, não lhe restando potencialidade lesiva, havia compatibilidade com a tese da absorção.

(...) Segue-se que a tese do concurso formal não é totalmente incompatível com a da absorção, como antes dito, tudo dependendo das circunstâncias de cada caso. No caso vertente, segundo filtra da sentença e do acórdão, o falso se exauriu no estelionato, não lhe restando potencialidade lesiva. (...).

Ao raciocinar por essas linhas, o ministro conseguiu encontrar um equilíbrio dentre duas das três correntes que versavam sobre o assunto, descartando apenas a hipótese do prevalecimento do crime de falso, que foi aceita em algumas ocasiões⁸ em razão de levar em conta tão somente a gravidade dos delitos, visto que, na prática, tal hipótese não está de acordo com o princípio da Consunção: por ser punível e posterior ao crime de falso, o estelionato não pode ser absorvido.

Na ocasião, o magistrado votou por negar provimento ao Recurso Especial 259, requerido pelo Ministério Público, entendendo que mesmo com a situação se tratando de concurso material, naquele caso concreto, o crime de falso havia se exaurido no de crime de estelionato, e deveria, portanto, ser absorvido. Seu posicionamento foi acompanhado por unanimidade na ocasião.

⁸ RE n° 58.543 (RTJ 35/435) e HC 53.702(RTJ 81/710), mencionados pelo ministro Leite.

Em outro Recurso Especial, o de número 284⁹, a chamada “posição intermediária” de Costa Leite foi lembrada como “brilhante” pelo ministro William Patterson, relator do recurso:

(...) Recentemente, nesta colenda 6ª turma, o eminente ministro Costa Leite, ao julgar o RESP n°259-RS, colocou-se em posição intermediária, ao concluir haver possibilidade da ocorrência de concurso formal quando o “falsum” não se esgota na prática do crime-fim, no caso, o estelionato. Todavia, se aquele não tem e nem pode ter repercussão em outra ação delituosa, deve-se concebê-lo subsumido pelo segundo. Na oportunidade, manifestei adesão ao brilhante voto, motivo pelo qual, se impõe aplicar, neste caso, idêntico entendimento. (...).

Ao citar que, no crime julgado, o réu foi acusado de falsificar uma única folha de cheque e utilizá-la para pagamento de uma consulta médica, o relator foi enfático:

(...) ora, se assim foi, a falsificação está inteiramente exaurida e sem possibilidade de sua utilização para o cometimento de outras infrações. Não resta a menor dúvida que, na espécie, a absorção deve ser reconhecida, sem lugar para o invocado recurso formal. (...).

Na situação, o ministro também foi acompanhado por unanimidade pela 6ª turma do Superior Tribunal de Justiça, negando o recurso do Ministério Público e mantendo a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo de que o princípio da consunção era passível de aplicação em casos como aquele.

Por fim, merece destaque o Recurso Especial 2622¹⁰, que praticamente consolidou o entendimento acerca da aplicabilidade do princípio da Consunção nessas circunstâncias. Ao relatar a ação, que novamente tinha como recorrente o Ministério Público, o ministro Flaquer Scartezzini seguiu o caminho pavimentado pelas decisões anteriores da corte, fazendo referências aos Ministros Assis Toledo e Cordeiro Guerra, cujos posicionamentos foram evocados pelo Ministro Costa Leite no julgamento do Recurso Especial 259. Mais uma vez por unanimidade, houve o entendimento de que há a possibilidade de absorção do crime de

⁹ Recurso Especial n° 284 – SP – 89.86120

¹⁰ Recurso Especial n° 2622 – SP – 90.0002974-0

falso pelo de estelionato, desde que haja o exaurimento do primeiro na prática do segundo. Essa decisão, datada de agosto de 1990, foi determinante para que o STJ oficializasse sua posição três meses depois.

Assim, no dia 20 de novembro de 1990, o Superior Tribunal de Justiça emitiu sua Súmula de nº 17, com a seguinte ementa: “quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido”. Por não fazer parte do rol de Súmulas Vinculantes (instituídas somente em 2006), a Súmula 17 não força as instâncias inferiores ao acompanhamento desse entendimento, entretanto, constitui-se como um precioso argumento jurisprudencial.

5. CONCLUSÕES

Ainda que seja possível contestar a nomenclatura “conflito”, como faz Hans-Heinrich Jescheck ao preferir o termo “unidade do direito”, é fundamental que o operador do direito compreenda o fenômeno do concurso aparente entre normas penais e conheça os princípios capazes de elucidar essa questão.

Todo conflito entre normas penais é meramente aparente em virtude da harmonia do ordenamento jurídico, como explicado pelo professor César Roberto Bitencourt. De acordo com o autor, ao elaborar o Código Penal, o Código de Processo Penal e a legislação extravagante, o legislador não regulou as situações em que as normas tendem a se sobrepor, ao contrário do que fez com o concurso de crimes. Assim, é dever do jurista, por meio da interpretação, encontrar qual a norma correta a ser aplicada, sendo auxiliado pelos princípios da especificidade, da subsidiariedade e da consunção.

O princípio da especialidade, que pode ser sintetizado pelo brocardo *lex specialis derogat generali*, propõe a primazia das normas especiais em detrimento das normas gerais, em caso de conflito aparente. Assim, para encontrar qual a norma a ser aplicada, o jurista deve se atentar ao *plus*, que é trazido sempre pela norma especial, identificando-a e aplicando-a sempre que possível.

Já o princípio da subsidiariedade vem elucidar questões em que duas normas aparentemente podem ser aplicadas à mesma conduta por tratarem de violações ao mesmo bem jurídico. O que diferencia tais normas é o grau de violação por elas previsto. Deve-se aplicar sempre a norma primária, aquela que é mais grave, cabendo à norma subsidiária o papel de “soldado de reserva”, na definição de Nelson Hungria. É importante frisar que, em muitas das vezes, somente se pode identificar a característica da norma diante do caso concreto, podendo uma norma ser primária em determinada situação e subsidiária em outra.

Como visto, a doutrina ainda divide a subsidiariedade em expressa e tácita. Quando expressa, o caráter subsidiário da norma está contido no texto que traz a própria norma, quando tácita, cabe a identificação por parte do jurista no caso concreto. O princípio da subsidiariedade pode ser sintetizado pela sentença em latim *lex primaria derogat subsidiariae*.

Já a consunção, eixo do trabalho, remete à ideia de que o crime que é cometido como mero meio de preparação ou execução de um fato maior, ou que se exaure em outro delito, acaba ficando absorvido, razão pela qual este princípio por vezes é chamado de princípio da absorção. São três as possibilidades de consunção: em crimes progressivos, em crimes complexos e progressão criminosa, que também tem suas subdivisões: progressão criminosa em sentido estrito, fato posterior não punível e fato anterior não punível.

Enquanto não houve notórios imbróglis jurídicos quanto a aplicação dos princípios da especificidade e da subsidiariedade, o mesmo não pode ser dito sobre a consunção. Neste contexto, chamou muita atenção a possibilidade de um crime mais amplo e grave ser absorvido por um delito menor, sob a justificativa de que nele se exauriu, sendo este um fato inédito e um tanto quanto controverso no direito brasileiro.

Quando começaram as discussões da questão, havia a tese de que os crimes de falso e estelionato, cometidos como resultado de uma única conduta, ocasionavam concurso material, situação prevista no artigo 69 do Código Penal. Por outro lado, haviam os juristas que defendiam a asserção de que o falso fosse absorvido pelo estelionato, desde que nele se esgotasse, pois, o crime fim seria o crime de estelionato, inexistindo possibilidade do cometimento de um novo delito que resultasse da conduta anterior. Dessa forma, a pena do

crime de falso não seria aplicada, restando ao réu responder somente por estelionato. Ainda, haviam os juristas defensores da aplicação da pena de falso, por este ser o crime maior.

Nos momentos em que a questão chegou ao Supremo Tribunal Federal, este se mostrava relutante em suas decisões, emitindo pareceres que ora corroboravam com uma corrente de pensamentos, ora com outra, ainda que, em matéria, as situações julgadas fossem semelhantes, como elencou o ministro Costa Leite.

Com o julgamento do Recurso Especial nº 259 no Superior Tribunal de Justiça, obteve destaque a chamada “posição intermediária” do ministro Costa Leite, tratando as hipóteses em que o crime de falso se exaure no de estelionato como concurso material de normas o que, na visão do magistrado, não impedia a possibilidade de absorção. Naquele recurso, tal posicionamento seria acompanhado por unanimidade, desfecho que viria a se repetir em outros julgamentos, caso do Recurso Especial nº 284, ocasião em que o posicionamento de Costa Leite fora chamado de “brilhante” pelo ministro William Patterson, e no Recurso Especial nº 2622, que teve como relator o ministro Flaquer Scartezini.

Visando promover a unidade e apresentar à comunidade jurídica uma posição sólida diante da questão, no dia 20 de novembro de 1990, o Superior Tribunal de Justiça publicou sua súmula de número 17, com a seguinte ementa: Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido.

Por último, é interessante refletir que a absorção do falso pelo estelionato é o único caso no direito penal brasileiro em que um fato mais amplo e grave acaba absorvido por um crime menor. Mesmo sem dispor de efeito vinculante, a Súmula 17 é considerada uma importante jurisprudência, por resolver de forma inteligente um assunto singular e controverso.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. **Decreto-lei 2.848 de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro: República Federativa do Brasil, 1940. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 25 abr. 2020

BRASIL. **Decreto-lei 3.688 de 1941.** Lei das Contravenções Penais. Rio de Janeiro: República Federativa do Brasil, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>. Acesso em: 25 abr. 2020.

BRASIL. **Lei 6.368 de 1976.** Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Brasília: República Federativa do Brasil, 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm>. Acesso em: 25 abr. 2020

BRASIL. **Lei 9.503 de 1997.** Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Brasília: República Federativa do Brasil, 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503.htm>. Acesso em: 25 abr. 2020.

BRASIL. **Lei 11.343 de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília: República Federativa do Brasil, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 25 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 259 – RS – 89.0008560-3.** Relator Ministro Costa Leite. Brasília, 30/10/1989

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 284 – SP – 89.86120.** Relator Ministro William Patterson. Brasília, 16/11/1989

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 2622 – SP – 90.0002974-0.** Relator Ministro Flaquer Scartezini. Brasília, 13/08/1990

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 17.** Jurisprudência. Súmulas do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral.** 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral.** 17 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.