

DIREITO PENAL

Aula 6 | Conflito aparente entre normas penais incriminadoras

Caio Paiva

Resumo de aula feito pelo professor Caio Paiva

1. Introdução

- **Problemática:** a uma mesma conduta pode ser **aparentemente** aplicada mais de uma norma penal.
- **Objetivo:** evitar a ocorrência de *bis in idem*.
- **Cezar Roberto Bitencourt:** "Evidentemente que não se trata de *conflito efetivo* de normas, sob pena de o Direito Penal deixar de constituir 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. No entanto, ao contrário do que faz o concurso de crimes, a lei não regula as situações de *concurso aparente de normas*, devendo a solução ser encontrada através da interpretação, pressupondo, porém, a unidade de conduta ou de fato, pluralidade de normas coexistentes e relação de hierarquia ou de dependência entre essas normas".
- **STJ:** "Ocorre o conflito aparente de normas quando há a incidência de mais de uma norma repressiva numa única conduta delituosa, sendo que tais normas possuem entre si relação de hierarquia ou dependência, de forma que somente uma é aplicável" (REsp 1.376.670, Rel. p/ acórdão Min. Nefi Cordeiro, 6ª Turma, j. 16.2.2017).

2. Princípios que regem o conflito aparente

- **De acordo com a doutrina majoritária:**
 - Princípio da especialidade
 - Princípio da subsidiariedade
 - Princípio da consunção

- **Zaffaroni:** "Os casos de unidade de lei se resolvem por meio de três princípios fundamentais, que são aceitos pela maioria dos autores: *especialidade*, *consunção* e *subsidiariedade*. A tradição agregava um quarto princípio, chamado de *alternatividade*, ao qual posteriormente se negou a hierarquia de tal, pois que somente pode se conceber que dois tipos permaneçam paralelos e excludentes como resultado de um erro ou defeito legislativo, pelo que é bastante razoável afirmar que as falhas do legislador não podem ser tomadas como ponto de partida de uma teoria geral. (...) Mais recentemente tem sido sustentado que todos os princípios podem ser reduzidos a especialidade, considerando que eles abarcam sempre casos de conteúdos mais ricos. (...)".

3. Princípio da especialidade

- Quando uma conduta se amolda a mais de uma norma penal, sendo uma geral e outra especial - por conter todos os elementos da norma geral mais elementos especializantes -, deverá ser aplicada a norma especial.
- Pode existir especialidade entre o tipo penal básico e os tipos penais derivados, como os crimes qualificados ou privilegiados.
- Há, ainda, especialidade quando um tipo penal reúne os pressupostos fáticos essenciais de outros tipos penais, formando um novo tipo penal, como ocorre com o roubo, que é resultado dos crimes de furto e de lesão corporal ou ameaça.
- **Alguns exemplos:**
 - O crime de homicídio culposo de trânsito (CTB, art. 302) é especial em relação ao crime de homicídio culposo (CP, art. 121, § 3º).
 - O crime de tráfico de drogas (Lei 11.343, art. 33) é especial em relação ao crime de contrabando (CP, art. 334-A).
 - O crime de infanticídio (CP, art. 123) é especial em relação ao crime de homicídio (CP, art. 121).
 - O crime de peculato (CP, art. 312, primeira parte) é especial em relação ao crime de apropriação indébita (CP, art. 168).
 - O crime de associação para o tráfico de drogas (Lei 11.343, art. 35) é especial em relação ao crime de associação criminosa (CP, art. 288).
- **Jurisprudência**

- **STF:** "CONFLITO APARENTE DE NORMAS - ESPECIALIDADE - PROCESSO - SUBTRAÇÃO DE DOCUMENTO POR ADVOGADO - TIPO PENAL PRÓPRIO - ARTIGOS 337 E 356 DO CÓDIGO PENAL. O procedimento mediante o qual advogado subtrai de processo peça nele contida, inutilizando-a, enquadra-se no artigo 356 do Código Penal, considerado o princípio da especialidade" (HC 75.201, Rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, j. 3.2.1998).

4. Princípio da subsidiariedade

- A violação ao bem jurídico protegido pela norma penal pode ser *graduada*, já que distintos tipos penais podem proteger o mesmo bem jurídico em etapas diferentes da agressão.
- **Exemplo:** o preceito secundário do art. 132 do Código Penal, ao prever a pena para o crime de perigo para a vida ou saúde de outrem, estabelece que ela será aplicada se o fato não constitui crime mais grave.
- **Nelson Hungria:** se referia ao tipo subsidiário como um **soldado de reserva**.
- **Juarez Cirino dos Santos - especialidade entre formas de autoria e participação:** "Além disso, existe relação de subsidiariedade entre formas de autoria e de participação: a *cumplicidade* é subsidiária da *instigação* (instigador que ajuda a realização material do fato continua instigador), assim como a *instigação* é subsidiária da *autoria* (autor que instiga outrem a participar do fato continua autor ou coautor)".
- A subsidiariedade pode ser **expressa** (como no caso do art. 132 do CP) ou **tácita**, quando, segundo **Bitencourt**, “determinada figura típica funcionar como elemento constitutivo, majorante ou meio prático de execução de outra figura mais grave”, como ocorre, p. ex., com o crime de dano (CP, art. 163), que é subsidiário a outros crimes patrimoniais mais graves.
- **Crimes do art. 241-A e 241-B do ECA (possuir e armazenar vs. compartilhar o material de pornografia infantil)**
 - Voto vencido do Min. João Batista Moreira (desembargador convocado): "Se o ECA tivesse seguido a mesma técnica [da Lei de Drogas], teria previsto um tipo penal único, de ação múltipla, nos seguintes termos:

'Adquirir, possuir, armazenar, oferecer, trocar, disponibilizar (...)'. Não há razoabilidade (leia-se *racionalidade*) (...) no desdobramento em dois tipos penais, uma vez que há progressão linear de ações. Concordo com o ilustre relator que não se trata de consunção. Mas existe, do ponto de vista lógico, **subsidiariedade implícita**. Não se trata, pois, de concurso material. O conflito aparente de normas resolve-se pelo princípio da subsidiariedade" (STJ, REsp 1.971.049, 3ª Seção, j. 3.8.2023).

- **Crime de importunação sexual:** "A superveniência do art. 215-A do CP (crime de importunação sexual) trouxe novamente a discussão à tona, mas o conflito aparente de normas é resolvido pelo princípio da especialidade do art. 217-A do CP, que possui o elemento especializante "menor de 14 anos", e também pelo princípio da **subsidiariedade expressa** do art. 215-A do CP, conforme se verifica de seu preceito secundário [... *se o ato não constitui crime mais grave*]" (STJ, REsp 1.954.997, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 3ª Seção, j. 8.6.2022).
- **João Paulo Martinelli e Leonardo de Bem:** "(...) o princípio da subsidiariedade constitui somente mecanismo de reforço do princípio da especialidade. Em todos esses exemplos, não sendo comprovados os elementos objetivos e/ou subjetivos que especializam os respectivos tipos legais, aplica-se o tipo geral de perigo. No caso, porém, não em razão de seu critério subsidiário, senão pela ausência de especificidade".

5. Princípio da consunção

- **Bitencourt:** "Pelo princípio da consunção, ou absorção, 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. Na relação consuntiva, os fatos não se apresentam em relação de gênero e espécie, mas de *minus* e *plus*, de continente e conteúdo, de todo e parte, de inteiro e fração".
- O crime consumado absorve o crime de tentado. O crime de dano absorve o crime de perigo. Se o crime se mostra como um ato preparatório de outro crime é por este também absorvido.

- **Ministro Edson Fachin:** "(...) o princípio da consunção incide, entre outras hipóteses, nos casos em que o desvalor da conduta incriminada pela norma consumida encontra-se, ainda que implicitamente, abrangido pela norma consuntiva. Vale dizer, parte-se da compreensão de que o próprio legislador compreende que a conduta consumida integrava o juízo do injusto sopesado na tipificação da norma penal incriminadora consuntiva, em hipótese de coapenamento de condutas" (voto no HC 165.036, 2ª Turma, j. 10.3.2020).
- **Juarez Cirino dos Santos:** "(...) Na atualidade, o critério da *consunção* está imerso em controvérsia irreversível e a tendência parece ser sua própria *consunção* por outros critérios, especialmente pelo critério da *especialidade* e pelo *artefato* e *posfato* copunidos: a literatura contemporânea oscila entre posições de *aceitação* reticente e de *rejeição* absoluta do critério da *consunção*, no conflito *aparente* de leis penais".
- **Falsificação de documento e uso do mesmo documento: afastado o concurso de crimes, qual crime prevalece?**
 - **Prevalece a falsificação:** "(...) Os documentos foram falsificados para apresentação ao departamento de recursos humanos da Câmara Municipal de Santa Luzia, a fim de viabilizar a formalização da remuneração ilícita, configurando o uso de documento falso meio necessário para a obtenção dos fins a que se destinavam. Portanto, correto o reconhecimento da consunção entre os crimes de falsidade ideológica e uso de documento falso" (STJ, AgRg no REsp 2.056.617, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. 23.10.2023).
 - A pena do crime de falsidade ideológica é inferior à pena do crime de uso de documento falso.
 - **Ministra Daniela Teixeira:** "A relação entre o tipo penal de falsidade ideológica e uso de documento falso é claramente uma relação de consunção. Isso porque não é obrigatório que aquele que insira informações falsas de um documento o utilize posteriormente (afasta-se, assim, a regra da especialidade). Ademais, por mais que tutelem o mesmo bem jurídico, não há relação de progressão criminosa, na qual a falsidade é crime de perigo e o uso o crime de lesão, pois a falsidade tem potencialidade

lesiva mais pulverizada (afasta-se a regra da subsidiariedade). Definido que se trata de relação de consunção, a solução de prevalência deve ser pela falsidade ideológica, pois a inserção de declaração falsa não é parte comum do posterior uso de documento falso (o que faria incidir a ideia de que o crime fim absorve o crime meio), mas sim o uso de documento falso é que é mero exaurimento da prática anterior de inserção de declaração falsa, é a realização da finalidade daquela, chamado "fato posterior impune". Vale dizer, é comum que aquele que insere declaração falsa a utilize depois para cumprir com sua finalidade, mas nem sempre aquele que utiliza o documento falso foi quem anteriormente inseriu a mencionada declaração. Por isso, a regra de prevalência é pelo crime de falsidade ideológica" (voto vencido no AgRg no AREsp 2.077.019, j. 19.3.2024).

- **Prevalece o uso de documento falso:** "(...) Considerar a absorção do uso do documento falso pela falsidade ideológica significa conferir prevalência ao crime-meio sobre o crime-fim, o que é, data venia, conceitualmente inadequado, além de conduzir a situações de manifesta perplexidade, como o reconhecimento da prescrição todas as vezes que um documento falso é utilizado após o decurso de alguns anos de sua confecção, a depender do caso. Nesse contexto, fica mantida a aplicação do princípio da consunção, mediante o reconhecimento de que o crime-meio - falsidade ideológica - exauriu a sua potencialidade lesiva no crime-fim - uso desse documento falso -, e não o contrário" (STJ, AgRg no AgRg no AREsp 2.077.019, Rel. p/ acórdão Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, j. 19.3.2024).
 - **No mesmo sentido:** STF, AO 2.411, Rel. Min. Dias Toffoli, Plenário, j. 13.4.2023; STF, AI 854.295 AgR-ED, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 20.11.2012).
 - **Ministro Reynaldo Soares da Fonseca:** "Como é cediço, o princípio da consunção é aplicado para resolver o conflito aparente de normas penais quando um crime é meio necessário, fase de preparação ou de execução do delito de alcance mais amplo, de tal

sorte que o agente só é responsabilizado pelo último, desde que se constate uma relação de dependência entre as condutas praticadas. E, no caso, entendo não ser possível conferir prevalência ao crime de falsidade ideológica sobre o uso de documento falso, tal como exposto no douto voto da eminente Relatora, sob pena de subversão do próprio conceito de consunção. Deve prevalecer a solução adotada pelas instâncias ordinárias, a qual foi corroborada nas decisões monocráticas retro, no sentido de manter a aplicação do princípio da consunção, mediante o reconhecimento de que o crime-meio – falsidade ideológica – exauriu a sua potencialidade lesiva no crime-fim – uso desse documento falso –, e não o contrário. Com efeito, considerar a absorção do uso do documento falso pela falsidade ideológica significa conferir prevalência ao crime-meio sobre o crime-fim, o que é, data venia, conceitualmente inadequado, além de conduzir a situações de manifesta perplexidade, como o reconhecimento da prescrição todas as vezes que um documento falso é utilizado após o decurso de alguns anos de sua confecção, a depender do caso" (voto vencedor no AgRg no AgRg no AREsp 2.077.019, j. 19.3.2024).

- **Crimes dos artigos 33 (tráfico) e 34 (maquinário para a produção):** "O princípio da consunção resolve o conflito aparente de normas penais quando um delito menos grave é meio necessário ou normal fase de preparação ou execução de outro mais danoso. Nessas situações, o agente apenas será responsabilizado pelo último crime. Para tanto, porém, imprescindível a constatação do nexo de dependência entre as condutas a fim de que ocorra a absorção da menos lesiva pela mais nociva. O crime descrito no 34 da Lei n. 11.343/2006 busca coibir a produção de entorpecentes, enquanto a norma incriminadora do tráfico de drogas possui como objetivo obstar a disseminação dos materiais tóxicos. Assim, nos termos da orientação jurisprudencial desta Casa, necessário avaliar, para fins de incidência do princípio da consunção, a concreta lesividade dos instrumentos destinados à fabricação, preparação ou transformação dos entorpecentes. No caso, os condenados, além de terem em depósito certa quantidade de drogas para fins de mercancia, armazenavam, em significativa escala, maquinários e utensílios que

não se destinavam somente à preparação das drogas encontradas no momento de suas prisões, compondo, para além disso, laboratório que funcionava de forma autônoma e que proporcionava a preparação de número muito maior de substâncias entorpecentes. Desse modo, inviável a incidência do princípio da consunção, porquanto evidenciada a independência entre as condutas, ou seja, a fabricação ou transformação dos materiais tóxicos não operou como meio necessário para o crime de tráfico de entorpecentes" (STJ, AgRg no HC 796.583, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, 6ª Turma, j. 18.3.2024).

- **Cezar Roberto Bitencourt - crimes que protegem bens jurídicos distintos e casos de disparidade de penas:** "Não convence o argumento de que é impossível a *absorção* quando se tratar de bens jurídicos distintos. A prosperar tal argumento, jamais se poderia, p. ex., falar em absorção nos crimes contra o sistema financeiro, na medida em que todos eles possuem uma objetividade jurídica específica. Na verdade, a diversidade de bens jurídicos tutelados não é obstáculo para a configuração da consunção. (...) Não é, por conseguinte, a diferença dos bens jurídicos tutelados, e tampouco a disparidade de sanções cominadas, mas a razoável inserção na linha causal do crime final, com o esgotamento do dano social no último e desejado crime, que faz as condutas serem tidas como únicas (consunção) e punindo-se somente o crime último da cadeia causal, que efetivamente orientou a conduta do agente".

- **Consunção entre crimes que protegem bens jurídicos diversos**

- Há **divergência** na jurisprudência.

- **Impossível:** crimes de quadrilha [paz pública] e porte ilegal de arma [incolumidade pública] (STF, RHC 83.447, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. 17.2.2004). Crimes de roubo [patrimônio] e porte ilegal de arma [incolumidade pública] (STF, RHC 106.067, Rel. Min. Rosa Weber, 1ª Turma, j. 26.6.2012). Crimes de receptação [patrimônio] e porte ilegal de arma [incolumidade pública] (STF, HC 119.581, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, j. 1.4.2014). Crimes de falsificação de selo ou sinal público [fé pública] e ambiental [meio ambiente] (STF, AgR no HC 206.831, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, j. 6.12.2021). Para o STJ,

"Inexiste consunção entre dois crimes em que os bens jurídicos tutelados são distintos, nos termos da jurisprudência assente deste Superior Tribunal (...)" (AgRg no RHC 147.197, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, j. 8.2.2022).

- **Possível:** "De acordo com a atual jurisprudência consolidada deste Superior Tribunal de Justiça, a aplicação do princípio da consunção pressupõe a existência de ilícitos penais (delitos meio) que funcionem como fase de preparação ou de execução de outro crime (delito fim), com evidente vínculo de dependência ou subordinação entre eles; **não sendo obstáculo para sua aplicação a proteção de bens jurídicos diversos (...)**" (STJ, REsp 1.294.411, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, j. 10.12.2013). "Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido" (STJ, Súmula 17). "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" (STJ, REsp 1.378.053, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 3ª Seção, j. 10.8.2016)

- **Absorção de crime mais grave por crime menos grave**

- STJ: "É possível um crime de maior gravidade, assim considerado pela pena abstratamente cominada, seja absorvido, por força do princípio da consunção, por crime menos grave, quando utilizado, como mero instrumento para consecução deste último, sem mais potencialidade lesiva" (AgRg no REsp 1.578.350, j. 6.12.2018).
- STJ, Súmula 17: "Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido".
 - **Estes crimes protegem bens jurídicos distintos (patrimônio e fé pública) e a pena do crime absorvido (documento falso) é mais grave que a do crime que o absorve (estelionato).**

- STJ: "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" (REsp 1.378.053, 3ª Seção, j. 10.8.2016).
 - **Estes crimes protegem bens jurídicos distintos (administração pública e fé pública) e a pena do crime absorvido (documento falso) é mais grave que a do crime que o absorve (descaminho).**
- **Contravenção penal não pode absorver crime**
 - STF: "(...) 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). (...) Impossibilidade de um crime tipificado no Código Penal ser absorvido por uma infração tipificada na LCP" (HC 121.652, j. 22.4.2014).
 - STJ: no mesmo sentido (REsp 1.732.488).
 - As decisões tratavam da tese da absorção do crime de uso de documento falso pela contravenção penal de exercício ilegal da profissão.
- **Prescrição do crime-fim e consequência para o crime-meio**
 - STJ: "Declarada a prescrição do crime-fim, torna-se necessário o trancamento da ação penal deflagrada para a apuração do crime-meio, uma vez que a consunção põe fim à autonomia do crime-meio, não subsistindo a pretensão punitiva do Estado quanto a esse fato delituoso" (RHC 130.332, j. 15.9.2020).
- **Crime de porte ilegal de arma de fogo e roubo:** "Incide o princípio da consunção quando o agente, no mesmo contexto fático, comete os crimes de porte ilegal de arma de fogo e de roubo, com nexo de dependência entre as condutas delitivas" (STJ, AgRg no AREsp 1.891.254, j. 14.6.2022).

6. Antefato e pós-fato impuníveis

- O **princípio da consunção** pode, ainda, se projetar para o âmbito da **pluralidade de atos** em que o ato anterior ou posterior a outro mais grave pode ser impunível.

- **Cezar Roberto Bitencourt:** "Um fato típico pode não ser punível quando anterior ou posterior a outro mais grave, ou quando integrar a fase executória de outro crime. Um fato anterior ou posterior que não ofenda novo bem jurídico muitas vezes é absorvido pelo fato principal, não se justificando, juridicamente, sua punição autônoma. Podem ser lembrados, como exemplos de *fato anterior impunível*, a falsificação do cheque para a obtenção da vantagem indevida no crime de estelionato; de *fato posterior*, a venda que o ladrão faz do produto do furto a terceiro de boa-fé. Outras vezes, determinados fatos são considerados meios necessários e integrantes normais do *iter criminis* de uma ação principal. Casos como esses não se confundem com o *conflito aparente de normas*, embora, convém ressaltar, tais fatos sejam absorvidos pelo principal, a exemplo do que ocorre com o princípio da consunção".
- **Crime progressivo:** para alcançar o resultado pretendido (mais grave), o agente pratica uma conduta anterior (menos grave), como ocorre, p. ex., no crime de possuir instrumentos ou qualquer objeto destinado à falsificação de moeda (CP, art. 291) em sua relação com o crime de moeda falsa (CP, art. 289).
- **Progressão criminosa:** o agente desde o início pretende alcançar um resultado menos grave, mas, na execução da conduta, altera a intenção e pratica crime mais grave. É o que ocorre, p. ex., quando da lesão corporal (dolo inicial) o agente progride para o homicídio (dolo superveniente).
-