
Homicídio Culposo de Trânsito, Embriaguez ao Volante e Princípio da Consunção

Roberto da Silva Freitas

Juiz de Direito Substituto do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Ex-Promotor de Justiça Adjunto do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Pós-Graduado em Direito Aplicado ao Ministério Público pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU). Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Brasília.

Resumo: A presente pesquisa versa sobre a eventual relação entre o homicídio culposo de trânsito, a embriaguez ao volante e o princípio da consunção, ou, mais precisamente, sobre a aplicação concreta desse princípio pela jurisprudência às hipóteses em que o condutor de veículo automotor pratica homicídio culposo de trânsito embriagado. Nesse contexto, pretende-se, a partir da análise de casos concretos julgados pelos tribunais, atestar a correção, ou não, do entendimento judicial adotado, tendo em vista as premissas teóricas fixadas em torno do princípio da consunção. Para tanto, dividiu-se o trabalho em duas partes. A primeira fixa as diretrizes teóricas do princípio da consunção bem como o situará no contexto do concurso aparente de normas penais. A segunda procederá à análise de julgados nos quais a temática aqui proposta foi abordada.

Palavras-chave: Princípio da consunção. Homicídio culposo de trânsito. Embriaguez ao volante. Jurisprudência.

Sumário: Introdução. 1 O princípio da Consunção como Critério Apto à Solução dos Conflitos Aparentes de Normas Penais. 2 Diretrizes Teóricas do Princípio da Consunção. 3 Homicídio Culposo de Trânsito, Embriaguez ao Volante e Princípio da Consunção. 4 Conclusão. Referências.

Introdução

Tema de grande interesse em Direito Penal, o conflito aparente de normas penais, com destaque para o princípio da

consunção, não está regulado por legislação específica, o que torna ainda mais trabalhosa a resolução dos casos concretos, que caracterizam, muitas vezes, verdadeiro nó górdio.

Nesse contexto, a escolha do tema – *homicídio culposo de trânsito, embriaguez ao volante e princípio da consunção* – justifica-se não apenas devido à riqueza com que ele pode ser abordado num trabalho de natureza científica, mas, principalmente, por causa da complexidade que circunda os casos práticos.

Não se desconhece que as ideias historicamente construídas em torno do princípio da consunção mostram-se válidas a solucionar os conflitos aparentes de normas penais, inclusive nos crimes de trânsito.

Porém, a questão que se coloca é: o princípio da consunção, com aplicação específica às hipóteses em que o agente que pratica homicídio culposo de trânsito também se encontrava embriagado na ocasião do infortúnio, tem sido corretamente utilizado pela jurisprudência? De modo mais específico e para o interesse central deste artigo: a jurisprudência tem sido fiel aos postulados científicos do princípio da consunção na problemática acima delimitada?

Eis, portanto, o problema central desta pesquisa.

Pretende-se, como objetivo geral, a partir da análise de casos concretos, aferir se a jurisprudência está sendo cientificamente fiel aos postulados do princípio da consunção na solução das antinomias aparentes, nos moldes delineados neste trabalho.

De maneira específica, e com vistas a atingir o objetivo geral da presente pesquisa, pretende-se:

- a) fixar as premissas teóricas em torno do princípio da consunção; e
- b) analisar casos concretos nos quais a jurisprudência tem aplicado o princípio da consunção, de modo a atestar a correção ou não da conclusão por ela adotada.

No desenvolvimento deste trabalho, o método de pesquisa a ser utilizado será o dedutivo, pois, a partir da análise das premissas teóricas fixadas em torno do princípio da consunção e dos casos concretos solucionados (geral), pretende-se chegar a uma conclusão puramente formal (particular), no sentido de atestar a correção, ou não, da solução dada pela jurisprudência ao caso por ela examinado.

O trabalho está dividido em duas partes. Num primeiro momento, será fixado o marco teórico do princípio da consunção, contextualizando-o no concurso aparente de normas penais, para, posteriormente, avançar no estudo do princípio da consunção, voltado, exclusivamente, para as hipóteses em que o agente, embriagado, pratica homicídio culposo de trânsito.

1 O Princípio da Consunção como Critério Apto à Solução dos Conflitos Aparentes de Normas Penais

O tipo penal é um modelo abstrato e conceitual que descreve um comportamento proibido ou o fato punível, de modo que, para cada conduta criminosa, previu-se um tipo penal. Nesse contexto,

o crime de homicídio encontra-se previsto no art. 121 do Código Penal, ao passo que o delito de furto está capitulado no art. 155 do mesmo Código.

Embora os tipos penais possuam autonomia e identidade própria, distinguindo-se um do outro, nada obsta que, em determinadas situações, “[...] um mesmo episódio encontre a possibilidade de ser captado, alcançado e subsumido por mais de um tipo legal delitivo, sem que, no entanto, todos se apliquem” (PEDROSO, 2010, p. 665). Trata-se do chamado conflito aparente de normas penais¹.

De fato, sendo o Direito Penal um conjunto harmônico e ordenado de normas (regras e princípios), não é juridicamente viável a aplicação de duas normas penais incriminadoras sobre um mesmo fato. Entendimento contrário conduziria a situações reprováveis, como, por exemplo, a dupla punição, no campo penal, de um mesmo fato (*bis in idem*).

Sobre o tema, Luiz Regis Prado leciona que:

[...] o concurso aparente de leis penais (segundo alguns, concurso ideal impróprio, concurso aparente de tipos) diz respeito à interpretação e aplicação da lei penal. Verifica-se na situação em que várias são aparentemente aplicáveis a um mesmo fato, mas, na realidade, apenas uma tem incidência. Sendo assim,

¹ O concurso aparente de normas penais é também chamado de conflito aparente de normas penais, concurso aparente de normas coexistentes, conflito aparente de disposições penais, concurso fictício de leis, concorrência imprópria, concurso ideal impróprio, concurso impróprio de normas e concurso aparente de tipos (DAMÁSIO, 2013, p. 148).

não há verdadeiramente concurso ou conflito, mas tão somente aparência de concurso, visto que existe transgressão real de apenas uma lei penal, o que dá lugar também a um único delito (PRADO, 2011, p. 230).

Damásio de Jesus (2013, p. 149), ainda a propósito da inexistência de conflito real e efetivo, lembra que o conflito “[...] só seria real se a ordem jurídica não resolvesse a questão”.

O conflito, por ser de natureza aparente, deixa de existir ao fim do processo interpretativo. Trata-se, a toda evidência, de um problema que deve ser resolvido no campo da hermenêutica, e não na esfera de validade ou vigência da norma penal.

Por outro lado, o concurso autêntico de normas penais incriminadoras (ou concurso de crimes, nas modalidades concurso material, concurso formal e crime continuado) ocorre sempre que, para um ou mais fatos praticados, houver a incidência de duas ou mais normas penais de forma concreta.

Há dois pressupostos sem os quais não se pode falar em concurso aparente de leis penais: i) unidade de fato; ii) pluralidade de normas. Com efeito, só é possível aduzir conflito aparente de normas penais quando se estiver diante de um fato determinado, para o qual incidam, aparentemente, duas ou mais leis penais.

Nessa linha de argumentação, Marcelo Fortes Barbosa, em obra clássica sobre o tema objeto deste trabalho, enuncia que:

O problema do concurso de normas surge quando um mesmo fato realiza a previsão de duas ou mais normas. Podemos assim considerar pressupostos do concurso de normas em direito, de

um lado, a unidade de fato, de outro, a pluralidade de normas que lhe são aplicáveis (BARBOSA, 1976, p. 13).

Importa consignar que, para parcela da doutrina, essa unidade fática deve ser avaliada do ponto de vista jurídico, pois, em várias situações, há, no mundo fenomênico, uma pluralidade de fatos, mas, ainda assim, estar-se-á, no mundo jurídico, diante de uma situação de conflito aparente de normas penais. Sobre o tema, leciona Fernando de Almeida Pedroso:

Ad primum, e como se constata de alguns dos exemplos susopostos, não constitui a unidade de fato, como enfatizam alguns autores, pressupostos do conflito aparente de normas penais. Os fatos podem ser plúrimos (ex.: subtração de cheque, falsificação e desconto), porém submetidos a uma unidade preceptiva. Consequentemente, por unidade de fato há que se entender a unidade jurídica, e não a fenomênica (PEDROSO, 2010, p. 668).

Nesse mesmo contexto, Damásio de Jesus (2013, p. 158) fala “[...] em unidade simples e unidade complexa: na unidade simples existe um só comportamento. A unidade complexa é a aglutinação de comportamentos distintos que a lei disciplina como um só comportamento [...]”.

Realmente, há situações em que, mesmo havendo pluralidade de fatos no mundo real, eles devem ser tratados de forma unitária no plano jurídico, hipótese em que o tema será regulado pelas regras atinentes ao conflito aparente de normas penais. Em outras situações, haverá a incidência de mais de uma

norma penal incriminadora, e a situação deverá ser solucionada a partir da análise das normas atinentes ao concurso de crimes.

A doutrina enuncia princípios ou critérios por meio dos quais será possível concluir se a hipótese sob análise constituirá situação de concurso aparente de normas penais. Caso nenhum desses princípios tenha incidência na situação posta em análise, o caso será, inevitavelmente, de concurso de crimes, quando, então, haverá subsunção dos fatos a mais de uma norma penal, oportunidade em que todas deverão ser aplicadas.

Quanto ao número de critérios ou princípios necessários para a solução do concurso aparente de normas penais, há considerável divergência doutrinária. Marcelo Fortes Barbosa (1976, p. 69), contextualizando o tema, aduz que, apesar do número razoável de trabalhos sobre o assunto, a verdade é que nem mesmo quanto aos princípios que regem o concurso aparente de normas houve acordo entre os doutrinadores até os dias de hoje.

Entre os autores de linhagem pluralista, parece haver certo consenso na adoção dos princípios da especialidade, da subsidiariedade e da consunção como soluções viáveis ao concurso aparente de normas penais. Nesse aspecto, Frederico Gomes de Almeida Horta (2007, p. 87) traz a informação de que Eugênio Raul Zaffaroni e, entre os juristas nacionais, Nelson Hungria, Aníbal Bruno, Magalhães Noronha, Luiz Régis Prado e Cezar Roberto Bitencourt adotam os princípios da especialidade, da subsidiariedade e da consunção. Na verdade, Nelson Hungria

também adotava o da alternatividade, já que esse princípio constava do seu Anteprojeto de Código Penal.

O Código Penal espanhol previu, expressamente,

[...] a aplicação da especialidade (art. 8º, 1ª), da subsidiariedade (art. 8º, 2ª) e da consunção (art. 8º, 3ª). Além disso, prescreve que no caso de não bastarem esses critérios para a solução do concurso, aplica-se unicamente o preceito penal de maior gravidade (art. 8º, 4ª), regra que a doutrina considera da alternatividade (COSTA, 2012, p. 42).

Diante dessas considerações, mostra-se inegável que o princípio da consunção é tido, pela generalidade dos autores pluralistas, como critério apto à solução dos conflitos aparentes de normas penais, inclusive nos crimes de trânsito.

Dentre os monistas, no Brasil, Marcelo Fortes Barbosa (apud Costa, 2012, p. 40) entende que a consunção se cuida do único critério de solução aplicável ao concurso aqui tratado e que a especialidade é tão somente um índice da consunção.

2 Diretrizes Teóricas do Princípio da Consunção

Embora a temática em torno do princípio da consunção seja uma das mais controversas do Direito Penal, as linhas seguintes farão uma abordagem do princípio tendo em vista o posicionamento majoritário da doutrina e da jurisprudência, notadamente porque a análise de questões mais intrincadas a respeito do tema não se compatibiliza com os fins deste trabalho.

O princípio da consunção tem incidência nas hipóteses em que “[...] um crime é meio necessário ou normal fase de preparação ou de execução de outro crime” (FRAGOSO, 2004, p. 453). Em casos tais, aplica-se a máxima *lex consumens derogat legi consumptae*. O crime consumido é denominado, na doutrina alemã, de *fato tipicamente acompanhante*.

Damásio de Jesus, com a precisão que lhe é peculiar, discorre sobre o princípio da consunção nos seguintes termos:

Ocorre a relação consuntiva, ou de absorção, quando um fato definido por uma norma incriminadora é meio necessário ou normal fase de preparação ou execução de outro crime, bem como quando constitui conduta anterior ou posterior do agente, cometida com a mesma finalidade prática atinente àquele crime. Nesses casos, a norma incriminadora que descreve o meio necessário, a normal fase de preparação ou execução de outro crime, ou a conduta anterior ou posterior, é excluída pela norma a este relativa. *Lex consumens derogat legi consumptae* (JESUS, 2013, p. 155, grifo do autor).

Segundo leciona Cezar Roberto Bitencourt (2009, v. 1. p. 211), “[...] 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”. Prossegue o citado autor enunciando que, “[...] 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”.

No mesmo sentido, Assis Toledo entende que

[...] há, na lei penal, tipos mais abrangentes e tipos mais específicos que, por visarem a proteção de bens jurídicos diferentes, não se situam numa perfeita relação de gênero para espécie (especialidade) nem se colocam numa posição de maior ou menor grau de execução do crime [...] (TOLEDO, 2001, p. 52-53).

Aníbal Bruno dizia que

[...] o fato definido em uma lei ou disposição de lei pode estar compreendido no fato previsto em outra, de sentido mais amplo. Então, é essa disposição mais larga que vem aplicar-se à hipótese. É o princípio da consunção. Pode ocorrer isso quando o fato previsto em uma norma figura como elemento constitutivo do tipo delituoso definido em outra, conduta inicial, meio para realizá-lo ou parte do todo que ele representa [...] (BRUNO apud BITENCOURT, 2009, v. 1, p. 213).

Como bem esclarece José Cândido de Carvalho Filho (2009, p. 87), “a norma final – consuntiva – representa o grau máximo do delito, daí o princípio corrente: *major absorbet minorem*. A norma consumida – consunta – passa a ser uma fase de realização do crime final”.

Para ilustrar, Assis Toledo (2001) cita o exemplo da violação de domicílio (art. 150 do Código Penal), infração penal que tutela a liberdade individual, e do furto (art. 155 do Código Penal), crime cuja objetividade jurídica está na proteção do patrimônio. Esclarece o ilustrado professor que se, “[...] a violação de residência é o meio empregado para a consumação

do furto, a punição deste último crime absorve a punibilidade do primeiro”, já que

[...] a norma mais ampla, mais abrangente, do furto, ao incluir como um dos seus elementos essenciais a subtração, ou seja, o apossamento da coisa contra a vontade do dono, abrange a hipótese de penetração na residência, contra a vontade do dono, para o apossamento da coisa (TOLEDO, 2001, p. 53).

Da mesma forma, a lesão corporal que determina a morte é absorvida pelo homicídio, pois a consumação deste delito necessariamente depende de prévia lesão. Valendo-se da mesma linha de argumentação, o furto com rompimento de obstáculo deve absorver o crime de dano.

Também incidirá a consunção criminosa entre os delitos de denunciação caluniosa (art. 342 do Código Penal) e calúnia (art. 138), uma vez que o crime contra a honra constitui meio para a prática da infração penal contra a administração da justiça.

Nesse mesmo contexto, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a existência de relação consuntiva entre o roubo majorado pelo emprego de arma de fogo e o delito de porte ilegal de arma de fogo. Na ocasião, aduziu-se que:

[...] na hipótese dos autos, é de se reconhecer a aplicação do referido princípio, haja vista que os delitos de roubo majorado pelo concurso de pessoas tentado e o de porte ilegal de arma de fogo foram praticados no mesmo contexto fático, sendo que este último foi um meio empregado para a prática daquele (BRASIL, 2010).

Seguindo essas mesmas diretrizes, o Superior Tribunal de Justiça afastou a incidência do princípio da consunção entre os delitos de uso de documento falso e tráfico internacional de entorpecente ao singelo e jurídico fundamento de que o primeiro (uso de documento falso) não é meio necessário à consumação do segundo (tráfico internacional de entorpecente) (BRASIL, 2013).

A conclusão contida nos julgados citados é fiel às premissas científicas construídas em torno do princípio da consunção, na medida em que, na primeira hipótese, o porte ilegal de arma de fogo constituiu, de fato, meio necessário à consumação do roubo, ao passo que, na segunda situação, não havia qualquer relação de meio-fim entre o uso de documento falso e o tráfico ilícito de drogas.

Logo, o que definirá a incidência do princípio da consunção é a necessária relação de meio-fim entre os delitos sobre os quais se pretenda o reconhecimento da relação consuntiva.

Em outras palavras: o princípio da consunção será aplicável nas hipóteses em que um crime (o absorvido) é meio necessário ou normal à fase de preparação ou de execução de outro crime (o absorvente), ou, ainda, quando a conduta anterior é cometida com a mesma finalidade prática do crime absorvente (delito-fim).

Não se pode, nesse contexto, afirmar, de forma pura e simples, que, em face do princípio da consunção, o crime mais grave absorve o menos grave ou que o crime de dano absorve o crime de perigo. A consunção terá incidência quando o crime a ser absorvido for meio necessário ou fase normal de preparação

ou de execução de outro, podendo incidir, também, nas hipóteses de *antefactum* impunível, conforme adiante se demonstrará².

Diferentemente do que é sustentado por Andrei Zenkner Schmidt (2008, p. 106-107), a doutrina majoritária não reconhece a pluralidade de elementos subjetivos e a inexistência de relação de necessariedade entre o crime absorvido e o crime absorvente como pressupostos de incidência do princípio da consunção.

Por outro lado, importa registrar que a aplicação do princípio da consunção não está condicionada à relação de gênero para espécie (princípio da especialidade), mas sim à de continente e conteúdo, de inteiro e fração, de *minus* e *plus*, fazendo com que a norma mais ampla absorva a proteção parcial que a outra menos abrangente objetiva.

Por isso, nada obsta que, na consunção, os bens jurídicos protegidos pelos crimes absorvente e absorvido sejam diversos. É o que se verifica, por exemplo, na falsidade documental praticada para fins de estelionato. Neste delito (o absorvente), tutela-se o patrimônio; naquele, a fé pública. A relação consuntiva, na hipótese, é expressamente reconhecida e admitida pelo Superior Tribunal de Justiça na Súmula nº 17.

A propósito do tema, Cezar Roberto Bitencourt registra que:

² Embora parcela da doutrina entenda que não apenas o *antefactum*, mas, também, o *posfactum* impunível estão inseridos no contexto do princípio da consunção, sustentamos, neste trabalho, que apenas a primeira hipótese caracteriza verdadeira situação acobertada pela consunção.

Não nos convence o argumento de que é impossível a absorção quando se tratar de bens jurídicos distintos. [...] Na verdade, a diversidade de bens jurídicos tutelados não é obstáculo para a configuração da consunção. Inegavelmente – exemplificando – são diferentes os bens jurídicos tutelados na invasão de domicílio para a prática de furto, e, no entanto, somente o crime-fim (furto) é punido, como ocorre também na falsificação de documento para a prática de estelionato, não se punindo aquele, mas somente este (Súmula 17/STJ) (BITENCOURT, 2009, v. 1, p. 212).

E conclui:

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 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 casual, que efetivamente orientou a conduta do agente (BITENCOURT, 2009, v. 1, p. 212-213).

Marcelo Fortes Barbosa também comunga desse entendimento:

Esta conceituação não foge muito da que procuramos dar ao tema, como já se viu, pois torna indiferente que os tipos resguardem ou não um mesmo bem jurídico, ainda que haja em contrário a opinião de Alimena que acredita que só se pode falar em concurso de leis quando haja violação de um só bem jurídico e a violação esteja prevista por várias disposições legais (BARBOSA, 1976, p. 90).

O Superior Tribunal de Justiça possui precedente nesse mesmo sentido:

PENAL. CRIMES DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E CAÇA. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO RECONHECIDO PELA CORTE DE ORIGEM. ENTENDIMENTO EM SENTIDO CONTRÁRIO. SÚMULA Nº 7/STJ.

1. O princípio da consunção pressupõe que seja um delito meio ou fase normal de execução do outro crime (crime fim), sendo que a proteção de bens jurídicos diversos e absorção de infração mais grave pelo de menor gravidade não são motivos para, por si sós, impedirem a referida absorção. Precedentes.[...]

3. Agravo regimental a que se nega provimento (BRASIL, 2012b).

José Cândido Carvalho Filho (2009, p. 86), ao discorrer sobre o fundamento do princípio da consunção, entende que o fundamento jurídico dessa relação consiste na regra do *non bis in idem*. De outra forma, ocorreria intolerável ofensa ao princípio da liberdade consagrado universalmente. Na sequência, o mencionado autor conclui dizendo que o princípio oferece auxílio à aplicação da pena, evitando a duplicidade de sua incidência (CARVALHO FILHO, 2009, p. 92).

Outros autores, porém, sustentam que, diferentemente do que se verifica com a especialidade, a regra da consunção não pretende evitar a dupla punição de um mesmo fato (*ne bis in idem*), até mesmo porque há, nela, uma pluralidade de fatos, cada qual enquadrável num tipo penal diverso, para os quais deve incidir tratamento jurídico unitário.

Por essa razão, Andrei Zenkner Schmidt (2008, p. 98) defende que o fundamento do princípio da consunção é a proporcionalidade entre os delitos praticados e a punição recebida, como forma de justificar a intervenção do Direito Penal.

Com efeito, se o castigo do fato acessório se satisfaz conjuntamente com o castigo do fato principal, não é razoável a dupla punição do agente. Deve o intérprete, em casos tais, tratar a pluralidade de fatos de forma juridicamente unitária, com vistas a evitar a imposição de reprimenda desproporcional.

Noutro aspecto, a questão que se coloca está em saber se, na consunção criminosa, é possível que o crime menos grave absorva o delito mais grave.

Embora a *quaestio* esteja cercada de controvérsia no seio doutrinário e jurisprudencial, não se descarta a possibilidade de, excepcionalmente, o crime menos grave absorver a infração penal mais grave, desde que esta seja meio necessário à consecução daquele.

Isso porque,

[...] não obstante pareça fisicamente impossível que o maior seja absorvido pelo menor, bem é de ver-se que, juridicamente, nem sempre o mesmo se verifica, desde que não haja desproporção clamorosa, gritante e de vulto entre a grandeza dos crimes. Por esse motivo, concordamos não estamos com o enunciado *major aberbet minorem* (ou *ubi major minus cessat*), quando nele exclusivamente se pretenda fulcrar e lastrear a consunção (PEDROSO, 2010, p. 674).

Em casos tais, devem-se privilegiar as premissas decorrentes da teoria finalista da ação, no sentido de que a ação humana é exercício de atividade finalista, isto é, um acontecimento finalístico, e não um acontecimento puramente causal. Conforme salienta Luís Greco (2013, p. 21), “[...] o finalismo passa a considerar a causalidade apenas a metade da teoria do tipo, o chamado tipo objetivo, reconhecendo, ao lado do tipo objetivo, um tipo subjetivo, que seria composto pela finalidade”.

Assim, importa analisar o elemento subjetivo da conduta do agente, de modo que, ainda que o crime querido seja menos grave, este absorverá a infração penal mais grave que constituir meio necessário ou fase normal de preparação daquele.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgRg no REsp 1252305/MG, DJe de 14/9/2012, Rel. Ministro Jorge Mussi, reconheceu, de forma expressa, a possibilidade de a infração mais grave ser absorvida pela menos grave. Veja-se:

PENAL. CRIMES DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E CAÇA. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO RECONHECIDO PELA CORTE DE ORIGEM. ENTENDIMENTO EM SENTIDO CONTRÁRIO. SÚMULA Nº 7/STJ.

1. O princípio da consunção pressupõe que seja um delito meio ou fase normal de execução do outro crime (crime fim), sendo que a proteção de bens jurídicos diversos e absorção de infração mais grave pelo de menor gravidade não são motivos para, por si sós, impedirem a referida absorção. Precedentes.

[...]

3. Agravo regimental a que se nega provimento (BRASIL, 2012b).

Essa linha de entendimento do Superior Tribunal de Justiça é reforçada pelo enunciado da Súmula nº 17 dessa Corte, que admite a absorção do crime de falso pelo delito de estelionato quando a potencialidade lesiva daquela infração se exaurir nesta, *verbis*: “quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido.”

Dessa forma, o agente que falsificar documento público (art. 297 do Código Penal), com o fim exclusivo de cometer estelionato (art. 171, *caput*, do Código Penal), responderá apenas pelo delito de estelionato, para o qual a lei cominou penal de reclusão de 1 (um) a 5 (cinco) anos, ao passo que, para o delito absorvido, a lei previu pena de 2 (dois) a 6 (seis) anos de reclusão. Conferir, a propósito do tema, o seguinte precedente:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA.
ESTELIONATO, POSSE DE PORECHOS DE
FALSIFICAÇÃO E USO DE DOCUMENTO PÚBLICO
FALSO (CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS FISCAIS).
TEORIA DA CONSUNÇÃO. LESÃO A PARTICULARES.
INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO DA FAZENDA PÚBLICA.
COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

1. Considerando-se que os delitos relativos à falsificação de documento público constituem apenas o meio utilizado pelo agente para a consumação do estelionato (crime-fim), deve ser aplicada a teoria da consunção.

2. O simples fato do órgão expedidor das certidões falsificadas ser federal não atrai a competência para o Juízo suscitante, pois não houve efetivo prejuízo da União, suas autarquias ou empresas públicas, e sim das pessoas físicas destinatárias de aludidos documentos.

3. Conflito conhecido para declarar-se competente o Juízo de Direito de Anchieta/ES, o suscitado (BRASIL, 2009a).

Ademais, o reconhecimento da impossibilidade de o crime menos grave absorver, em situações excepcionais, o crime mais grave, estaria a desconsiderar o fato de que as penas cominadas segundo as normas consuntivas e consumidas estão sujeitas ao vício de desproporção, fruto da falibilidade do processo legislativo (HORTA, 2007, p. 152).

São esses os fundamentos que justificam, em determinadas circunstâncias, que o delito de embriaguez ao volante, para o qual a lei cominou pena de detenção de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, seja absorvido pela lesão corporal culposa de trânsito, crime para o qual a lei cominou pena de detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos. É o típico caso em que o crime de perigo (embriaguez ao volante) foi apenado de forma mais severa que o delito de dano (lesão corporal culposa).

De toda sorte, se houver excessiva desproporcionalidade entre o crime menos grave (absorvente) e o crime mais grave (absorvido), não haverá como aplicar a consunção.

Finalmente, merece registro o fato de o princípio da consunção ser, entre aqueles inseridos no concurso aparente de normas penais, o que se encontra mais preso ao caso concreto, razão por que não deve encontrar solução apriorística ou em tese, como ocorre com o princípio da especialidade.

A doutrina especializada entende que, ao contrário da relação de especialidade, a relação de consunção não tem fundamento

lógico, mas exclusivamente valorativo e, portanto, não pode ser afirmada já em abstrato, mas apenas no caso concreto (HORTA, 2007, p. 148-149).

No contexto acima declinado, Andrei Zenkner Schmidt (2008, p. 92) diferencia *conflito aparente de tipos penais* de *conflito aparente de tipicidades*, aduzindo que, na primeira situação, estar-se-ia situado o princípio da especialidade, ao passo que o princípio da consunção estaria inserido na segunda hipótese.

Para o mencionado autor, em se tratando de *conflito aparente de tipos penais* (especialidade), o conflito dar-se-á no plano abstrato, sem que tenha havido verdadeiro conflito no plano do *dever-ser*.

Doutra banda, na hipótese de *conflito aparente de tipicidades* (consunção), o conflito se verifica no plano do *ser*, de modo que a colidência apenas passará a ser considerada aparente a partir de um critério de justiça eleito pelo legislador. Em outras palavras, o *conflito aparente de tipicidades* é solucionado a partir das circunstâncias do caso concreto, e não de forma abstrata e apriorística.

José Cândido de Carvalho Filho (2009, p. 87), seguindo o escólio de Eduardo Correia, também entende que só “[...] in concreto se pode afirmar, através da comparação dos bens jurídicos violados,” pela incidência do princípio da consunção.

Nessa linha, concluiu o citado autor:

Dos princípios estudados, a consunção é a que melhor se presta à casuística penal, sendo útil à solução de sua problemática. Exige do julgador uma investigação do fato concreto, das circunstâncias que o revestem e de suas relações de causa e efeito. Como temos mostrado, entre os princípios estudados, é o que mais preso está ao fato concreto. O auxílio que oferece à aplicação da pena, evitando a duplicidade de sua incidência, justifica sua inclusão no texto da parte geral, ou, pelo menos, em algumas hipóteses de sua parte especial (CARVALHO FILHO, 2009, p. 92).

Fundado nessas mesmas razões, Mezger (1958, p. 346), em alusão ao princípio da consunção, enunciava que “[...] la ley, que encierra ya en sí el desvalor delictivo de otra ley, excluye a ésta por razones valorativas.”

Em síntese: a conclusão apriorística e desvinculada dos dados fáticos do caso concreto não se coaduna com as diretrizes teóricas do princípio da consunção.

Finalmente, e ainda com vistas à fixação do marco teórico do princípio da consunção, indaga-se: qual a relação que se pode estabelecer entre esse princípio e crime complexo, crime progressivo, progressão criminosa, *antefactum* e *postfactum* impuníveis?

Primeiramente, registre-se que a noção de crime complexo está contida no art. 101 do Código Penal. Trata-se de hipótese na qual a lei considera como elemento ou circunstância do tipo legal fatos que, por si mesmos, constituem crimes autônomos. Exemplo sempre lembrado de crime complexo é o roubo, cujas

elementares típicas são constituídas por fatos que, isoladamente, constituem outros crimes: a) subtrair para si ou para outrem coisa alheia móvel (situação que, por si só, caracteriza o delito de furto, art. 155 do Código Penal); b) mediante violência (fato que pode caracterizar lesão corporal, art. 129 do Código Penal) ou grave ameaça (hipótese que pode ensejar a incidência do tipo penal do art. 147 do Código Penal).

Segundo Asuá (apud DAMÁSIO, 2013, p. 157), “o princípio da consunção é aplicável não só ao crime progressivo, mas também ao complexo”. Nessa linha, “existindo o crime complexo, o preceito típico que o inscreveu absorve, evidentemente, os preceitos típicos de outros crimes que o compuseram, motivo pelo qual é ele consuntivo no que atine com os demais” (PEDROSO, 2010, p. 675).

Damásio de Jesus (2013, p. 157), porém, contesta essa assertiva, aduzindo que “[...] os casos de crimes complexos se compreendem na relação de especialidade ou de subsidiariedade tácita, conforme hipótese.” Esse entendimento também é perfilhado por José Cândido de Carvalho Filho (2009, p. 89).

A razão parece estar com Damásio de Jesus. Tome-se como exemplo o roubo, típico crime complexo, em que uma de suas elementares caracteriza, por si só, delito autônomo de furto. Em casos tais, inexistente dúvida de que as normas que tipificam roubo e furto protegem o mesmo bem jurídico em diferentes fases, etapas ou graus de agressão, de modo que o fato somente será punido como furto se o agente, iniciado o *iter criminis*, não praticar

conduta mais grave caracterizadora do roubo. A situação, portanto, mais se aproxima da relação de subsidiariedade, podendo falar-se, também, em especialidade, notadamente para aqueles que, como Rogério Greco, reconhecem a inutilidade do princípio da subsidiariedade.

O crime progressivo, por sua vez, diz respeito à situação na qual o agente, para atingir determinado resultado, necessariamente pratica uma conduta inicial que produz um evento menos grave que aquele inicialmente visado. Impossível, por exemplo, que o agente pratique homicídio sem antes lesionar a vítima. A lesão corporal é o *minus*, ao passo que a morte é o *plus*.

No crime progressivo, denota-se uma sequência de crimes (relação de continência) que forma “[...] uma unidade jurídica por construção dogmática [...]” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 26). O delito menos grave é absorvido pelo delito mais grave, na medida em que há um *minus* (conduta inicial relativa ao crime meio) e um *plus* (resultado relativo ao crime-fim, visado pelo agente). Por essa razão, Carvalho Filho (2009, p. 89) afirmou que “[...] o assunto aqui tratado (consunção), reafirme-se, é próprio do crime progressivo.”

Fernando de Almeida Pedroso nos fornece outro exemplo em que fica clara a relação do princípio da consunção com o crime progressivo:

Vonibaldo, que é casado, deseja contrair novo casamento, sem que desfizesse o matrimônio precedente. E convola novas núpcias, declarando-se solteiro quando do processo de habilitação para

o casamento. Perpetra, assim, falsidade ideológica (art. 299) como meio para a consecução da bigamia (art. 235), razão pela qual este último crime, como tipo consuntivo, há de prevalecer e predominar sobre o anterior, absorvendo-o (PEDROSO, 2010, p. 672).

Essa mesma razão levou o Superior Tribunal de Justiça a editar o enunciado sumular nº 17, no sentido de que “[...] quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido.” Ora, em sendo o falso o meio para prática do estelionato, nele se exaurindo, inexistente razão para deixar de considerar a absorção do *falsum* pelo crime patrimonial. A hipótese também é de crime progressivo.

Por outro lado, fala-se em progressão criminosa “[...] quando a hipótese que seria um crime progressivo se desvincula no tempo [...]” (JESUS, 2013, p. 158), isto é, o agente inicialmente dirige sua conduta à prática de uma determinada infração penal e, no mesmo *iter criminis*, decide por praticar crime mais grave.

O exemplo sempre lembrado de progressão criminosa é o do agente que, inicialmente, deseja ofender a integridade corporal de seu desafeto, mas, iniciada a execução da infração penal, decide matar a vítima e efetivamente o faz. Na situação proposta, em face das premissas preconizadas pelo princípio da consunção, o homicídio absorve a lesão corporal, que se caracteriza, a toda evidência, como *antefactum* impunível.

A despeito disso, corrente minoritária da doutrina entende que “o crime progressivo está relacionado ao princípio da

subsidiariedade, enquanto a progressão criminosa liga-se à consunção” (SCHMIDT, 2008, p. 118).

Noutra senda, Damásio de Jesus (2013, p. 155) estabeleceu que o princípio da consunção também teria incidência quando um fato definido por uma norma incriminadora “[...] constitui conduta anterior ou posterior do agente, cometida com a mesma finalidade prática atinente àquele crime.” Nesse aspecto, o princípio da consunção guardaria íntima relação com o *postfactum* e *antefactum* impuníveis.

Na sequência de sua obra, o mencionado autor contextualiza o *postfactum* e *antefactum* impuníveis na consunção criminosa, aduzindo que:

Verifica-se o *antefactum* não punível quando uma conduta menos grave precede a uma mais grave como meio necessário ou normal de realização. A primeira é consumida pela segunda, em face do princípio *id quod plerumque accidit*. Para Grispigni, exige-se que haja ofensa ao mesmo bem jurídico e pertença ao mesmo sujeito. Em consequência da absorção, o antefato torna-se um indiferente penal. É o que ocorre no caso de o sujeito ter em seu poder “instrumentos empregados usualmente na prática de crime de furto” (LCP, art. 25) e, em seguida, praticar uma subtração punível. O detentor de chaves falsas ou gazuas, que se serve desses meios para praticar um furto, responde somente pela subtração, em que fica consumida a contravenção.

Existe *postfactum* impunível quando um fato posterior menos grave é praticado contra o mesmo bem jurídico e do mesmo sujeito, para utilização de um fato antecedente e mais, e disso para deste tirar proveito, mas sem causar outra ofensa. Assim, se após o furto o ladrão destrói a coisa subtraída, só responde pelo

furtum rei, e não pelo dano (CP, art. 163). Neste caso, a lesão ao interesse jurídico causada pela conduta precedente torna indiferente o crime de dano (JESUS, 2013, p. 158-159).

O Superior Tribunal de Justiça possui precedente na linha defendida por Damásio de Jesus:

[...] haverá a incidência do princípio da consunção (absorção) nas hipóteses em que a) um crime é meio necessário ou normal fase de preparação ou de execução de outro crime; ou b) nos casos de antefato ou pós-fato impuníveis (BRASIL, 2009b).

Cezar Roberto Bitencourt (2009, v. 1, p. 214), por sua vez, entende que a consunção criminosa só incidirá na hipótese de *postfactum* impunível.

Porém, em face das premissas sustentadas neste trabalho, entende-se que apenas a hipótese de *antefactum* impunível estaria alcançada pela absorção, porque, em casos tais, a conduta anterior impunível terá funcionado como meio necessário ou normal fase de preparação do crime-fim, ficando por ele absorvida. O antefato não punível é, a toda evidência, espécie de crime progressivo, circunstância que, conforme demonstrado alhures, justifica a aplicação do princípio da consunção.

Dessa forma, o porte ilegal de arma de fogo, quando admitida a sua absorção pelo crime de homicídio, será considerado antefato impunível. Da mesma forma, a aquisição de petrechos destinados à falsificação de moeda (BRASIL, 1940)³ será *antefactum* impunível

³ Cf. Art. 291 do Código Penal.

se o agente, valendo-se desses instrumentos, efetivamente vier a falsificar moeda (BRASIL, 1940)⁴.

O *posfactum* impunível não estaria alcançado pelo princípio da consunção na medida em que, sendo praticado após o fato principal, não se pode falar que ele constituiu meio necessário ou normal fase de preparação do crime-fim. Dessa forma, o *posfactum* ou será um indiferente penal, por razões de política criminal e de proporcionalidade na aplicação da pena, ou caracterizará hipótese de concurso real de crimes.

Tome-se como exemplo a situação na qual o agente, após subtrair um aparelho de telefonia celular de terceira pessoa, decide destruí-lo. Tais condutas caracterizam, em tese, os crimes do art. 155 (furto) e do art. 163 (dano), ambos do Código Penal. Não se pode, nesse contexto, falar que o dano foi meio necessário ou normal fase de execução do furto, até mesmo porque, do ponto de vista físico-temporal, isso não seria possível.

Em casos tais, a despeito da não incidência do princípio da consunção, nada obsta que, em face do princípio da proporcionalidade, decida-se punir apenas o primeiro fato, mais grave por excelência.

O agente que “[...] fabrica produto que seja objeto de patente de invenção ou de modelo utilizada, sem autorização do titular” (BRASIL, 1996)⁵, e, na sequência, “[...] expõe a venda”

⁴ Cf. Art. 289 do Código Penal.

⁵ Cf. Art. 183, I, da Lei nº 9.279/96.

esse produto,⁶ deverá ser punido apenas pela primeira conduta. Porém, o fundamento para tal medida não será a consunção do crime do art. 184, I, da Lei nº 9.279/96 pelo delito do art. 183, I, do mesmo Diploma Normativo, já que a última conduta há de ser considerada pós-fato impunível e, portanto, não alcançada pelo princípio da consunção.

Marcelo Fortes Barbosa, nessa linha, também considera que o *postfactum* impunível não possui relação com a consunção criminosa. Parte do pressuposto de que o *postfactum* é, na verdade, modalidade de crime exaurido que não interessa ao legislador punir por se tratar de acontecimento ordinário vinculado ao fato principal. Veja:

Por sua vez o chamado *post factum*, que resulta em não punibilidade, não pode ser considerado a não ser como forma de “crime exaurido”, onde o exaurimento se constitui em fato independente que não interessa ao legislador punir, por carência de relevância jurídica, em decorrência de se tratar de acontecimento ordinário *id quod plerunque accidit*, como assinala Roberto Lyra [...] (BARBOSA, 1976, p. 95).

Em suma: a questão do *postfactum* não punível há de ser resolvida ou pela aplicação, pura e simples, do princípio da proporcionalidade, pois a punição do fato anterior mais grave é suficiente para a repressão da conduta posterior menos grave, ou pelo reconhecimento de que a hipótese é de concurso real de crimes. Nunca, porém, se poderá falar em consunção criminosa.

⁶ Cf. Art. 184, I, da Lei nº 9.279/96.

O que ora se sustenta também é compatível com o entendimento de Silvio Ranieri (ano), citado por Damásio de Jesus (2013, p. 159).

3 Homicídio Culposo de Trânsito, Embriaguez ao Volante e Princípio da Consunção

O homicídio culposo praticado na direção de veículo automotor está previsto no art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro, *verbis*: “praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor: penas – detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor”.

Trata-se, a toda evidência, de crime de dano, cuja objetividade jurídica é a vida⁷, tendo como elementar especializante em relação ao homicídio culposo previsto no Código Penal (art. 121, § 3º) o fato de o autor encontrar-se, necessariamente, na condução do veículo automotor.

O delito de embriaguez ao volante, por sua vez, está capitulado no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, nos seguintes termos:

⁷ Damásio de Jesus (2009, p. 13) trata de dois tipos de objetividade jurídica nos crimes de trânsito: “O objeto jurídico, na maior parte dos delitos tradicionais, pertence ao homem, à pessoa jurídica ou ao Estado. Nos delitos de trânsito, a objetividade jurídica principal pertence à coletividade (segurança do trânsito), sendo esse o seu traço marcante. Nada impede que se reconheça nesses delitos objetividade jurídica secundária, já que a norma penal, tutelando o interesse coletivo da segurança de trânsito, protege por via indireta interesses individuais, como a vida, a integridade, a saúde etc.”

Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor (BRASIL, 2012a).

A infração penal atinente à embriaguez ao volante, que, na versão originária da Lei nº 9.503/1997, era de perigo concreto, passou a ser de perigo abstrato com a superveniência da Lei 11.705, de 19 de junho de 2008, situação mantida com a Lei nº 12.760/2012. Dessa forma, consuma-se com o simples ato do agente de conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou qualquer outra substância de efeito análogo.

No delito de embriaguez ao volante, a objetividade é a incolumidade pública, a qual pode ser traduzida na segurança viária. Trata-se, pois, de delito que tutela bem jurídico supraindividual, em que o perigo à segurança no trânsito e, por consequência, à incolumidade pública, concretiza-se pelo só fato de o agente conduzir o veículo automotor após a ingestão de álcool ou substância de efeito análogo.

A propósito do tema, cite-se o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

[...]

A embriaguez ao volante é caracterizado como delito de perigo abstrato, bastando comprovar que o sujeito dirigia embriagado em via pública, não constando como elemento do tipo penal a

efetiva capacidade lesiva da conduta. A objetividade jurídica imediata é a segurança viária e, de forma indireta a incolumidade pública.

VI. Ordem denegada (BRASIL, 2011).

O Supremo Tribunal Federal, na mesma linha, entende que “[...] o crime previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro (embriaguez ao volante) é crime de perigo, cujo objeto jurídico tutelado é a incolumidade pública e o sujeito passivo, a coletividade” (BRASIL, 2003).

Fixadas essas premissas, a questão que se coloca é: o agente que, voluntariamente ingere bebida alcoólica, conduz veículo automotor e, na sequência, de forma culposa, pratica homicídio de trânsito incide nas penas dos delitos previstos no art. 302 e 306, ambos da Lei nº 9.503/1997, em concurso de crimes, ou, como consequência do princípio da consunção, responderá apenas pelo homicídio?

Para a questão proposta, Damásio de Jesus (2009, p. 179), após enunciar as três possíveis soluções para a problemática, entende que o “sujeito responde só pelo delito culposo, pois, se de um delito de mera conduta advém resultado naturalístico, o sujeito responde pelo delito material (homicídio culposo no trânsito)”.

Não há dúvida de que a solução dada por Damásio de Jesus, de natureza apriorística e fundada em premissas abstratas, mais se aproxima dos postulados do princípio da subsidiariedade quando enuncia que o crime de dano absorve o crime de perigo e de mera conduta.

Leonardo Schmitt de Bem adota igual solução em favor do princípio da subsidiariedade:

Os julgamentos relacionam os crimes de trânsito de homicídio culposo e de condução sob a influência de álcool. Entendo que os delitos descrevem violações relativas ao mesmo bem jurídico, isto é, à disponibilidade da vida humana, mas em níveis diferentes, julgando mais acertada a aplicação do princípio da subsidiariedade. O resultado prático, porém, é idêntico (BEM, 2013, p. 190-191).

Primeiramente, importa consignar que não nos convence a adoção do princípio da subsidiariedade para a solução de eventual concurso aparente de normas penais na situação proposta.

Isso porque apenas será possível falar em subsidiariedade na hipótese de diferentes normas protegerem o mesmo bem jurídico em fases, etapas ou graus diversos de agressão, de modo que “o legislador, ao punir a conduta da fase anterior, fá-lo com a condição de que o agente não incorra na punição posterior, mais grave, hipótese em que só esta última prevalece” (TOLEDO, 2001, p. 51).

A partir dessas premissas, mostra-se possível a conclusão no sentido de que não há relação de subsidiariedade entre o homicídio culposo de trânsito e a embriaguez ao volante, pois os tipos penais respectivos não tutelam o mesmo bem jurídico em fases, etapas ou graus diversos de agressão.

Com efeito, o homicídio culposo de trânsito tutela, em última análise, a vida, notadamente porque se trata de delito material e

de dano. A embriaguez ao volante, delito de perigo abstrato e de mera conduta, protege a incolumidade pública e visa, em última análise, garantir a segurança no trânsito sem que, com isso, tutele bem jurídico individualizado.

Afastada, pois, a aplicação do princípio da subsidiariedade, entende-se que, havendo concurso aparente de normas penais na problemática proposta, a solução há de ser encontrada no princípio da consunção. Se esse critério não tiver incidência no caso concreto, a hipótese será, por óbvio, de concurso de crimes e não de concurso aparente de normas penais, até porque o princípio da especialidade e da alternatividade não se aplicam à situação em análise.

O problema aqui proposto não merece solução apriorística, ou seja, sem que sejam analisados, detidamente, os dados fáticos e as circunstâncias do caso concreto. Isso porque, como demonstrado linhas atrás, a incidência do princípio da consunção depende de uma análise valorativa, já que o conflito (aparente), em casos, verifica-se no mundo do *ser*, e não do *dever-ser*. Por essa razão, José Cândido Carvalho Filho (2009, p. 92) afirmou que, “[...] entre os princípios estudados, é (a consunção) o que mais preso está ao fato concreto.”

Pois bem.

Há, no Superior Tribunal de Justiça, um precedente no qual a problemática foi enfrentada por aquele Sodalício. Na ocasião, decidiu-se que, “[...] no presente caso, o crime previsto no art. 302 da Lei 9.503/97, hipótese de homicídio culposo, absorve o crime

de embriaguez ao volante previsto no art. 306 do CTB, tendo em vista o princípio da consunção” (BRASIL, 2005, p. 462).

Da análise do inteiro teor do voto do eminente Ministro Relator, José Arnaldo da Fonseca, constatou-se que não foram analisadas as premissas teóricas construídas em torno princípio da consunção, tampouco foram declinadas as circunstâncias do caso concreto que fizeram com que o órgão julgador decidisse pela incidência, no particular, do princípio da consunção. Trata-se, ao que tudo indica, de *quaestio* decidida em tese, o que verdadeiramente não condiz com o princípio da consunção.

O problema maior, na nossa visão, não é a falta de fundamentação e aprofundamento teórico e fático da decisão, mas, sim, o fato de que esse julgado, sem fundamentação concreta, porque originário do órgão do Poder Judiciário encarregado de garantir a inteireza e a uniformidade interpretativa do direito federal infraconstitucional, servirá de *leading case* para outros julgados, criando, assim, um “círculo vicioso jurisprudencial.”

Esse *círculo vicioso* restou caracterizado, por exemplo, na Apelação Criminal nº 2009.003732-7, do Eg. Tribunal de Justiça do Estado do Acre, na qual o eminente Desembargador Relator, Francisco Praça, sem discorrer sobre as circunstâncias do caso concreto ou, mesmo, sobre as diretrizes teóricas do princípio da consunção, concluiu pela incidência do aludido princípio e, na sequência, citou o precedente da relatoria do eminente Ministro José Arnaldo da Fonseca para fundamentar a sua decisão.

Para contextualizar o tema, segue emenda do acórdão do Eg. Tribunal de Justiça do Acre:

APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. LESÕES CORPORAIS CULPOSAS. CONCURSO FORMAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. CONCURSO MATERIAL. ABSOLVIÇÃO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. ATENUANTE, CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REDUÇÃO DA PENA. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. ABSORÇÃO DO DELITO MENOS GRAVE PELO MAIS GRAVOSO (EMBRIAGUEZ PELO DE HOMICÍDIO CULPOSO). PROVIMENTO PARCIAL DO APELO. I - Consubstanciado nos autos a autoria e materialidade delitivas, inviável a solução absolutória em favor do Apelante. II - Não considerada na composição da pena atenuante obrigatória, faz-se mister a redução da reprimenda. III - Em razão do princípio da consunção, o delito de homicídio culposo absorve o de embriaguez ao volante. IV - Provimento parcial do Apelo (ACRE, 2010).

E, também, trecho do voto do eminente Desembargador Relator:

[...] Considerando-se o princípio da consunção, tem-se que o crime mais gravoso (de dano) absorve o menos grave, no caso, o crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor, assim como o de lesões corporais culposas absorvem o de embriaguez ao volante, afastada, pois, neste caso, a apenação para este delito.

Assenta a jurisprudência a respeito: RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. CRIME DE TRÂNSITO.

HOMICÍDIO CULPOSO E EMBRIAGUEZ. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. APLICABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS. PRETENSÃO DE CONCESSÃO DO SURSIS. IMPOSSIBILIDADE.

No presente caso, o crime previsto no art. 302 da Lei nº 9.503/97, hipótese de homicídio culposo, absorve o crime de embriaguez ao volante previsto no art. 306 do CTB, tendo em vista o princípio da consunção. Recurso conhecido e parcialmente provido.[...] (BRASIL, 2005).

Boa parte dos precedentes originados das Cortes de Justiça locais não discrepa dessa situação. Conclui, de forma peremptória, pela absorção da embriaguez ao volante pelo homicídio de trânsito, sem qualquer vinculação às diretrizes do princípio da consumação ou aos dados fáticos do caso concreto. Muitos julgados, a exemplo do precedente do Eg. Tribunal de Justiça do Estado do Acre, resumem-se a citar outras decisões para fundamentar a sua conclusão.

Exatamente para evitar situações como essas é que neste trabalho se defende que a conclusão acerca da incidência do princípio da consunção, na problemática aqui proposta, ocorra a partir das circunstâncias do caso concreto aliadas à análise dos pressupostos teóricos, de rigor científico, construídos em torno do princípio em referência.

De toda forma, tem-se, como regra geral, que a embriaguez ao volante, porque não é meio necessário ou normal fase de preparação para a prática do homicídio culposo de trânsito, não será por este absorvida.

Para ser fiel aos postulados teóricos do princípio da consunção, a embriaguez ao volante só restará absorvida pelo homicídio culposo de trânsito se aquela situação (embriaguez) for o único elemento ensejador da culpa, elemento normativo imprescindível à caracterização do tipo penal do art. 302 da Lei nº 9.503/1997.

Com efeito, sendo a condução do veículo automotor sob a influência de álcool o fator a desencadear a situação de culpa e não sendo possível cindir a embriaguez da culpa necessária à consumação do homicídio, é inviável imputar ao agente a responsabilidade pelas duas condutas.

Nesse contexto, ganha relevância a análise das circunstâncias fáticas do caso e a forma como os fatos serão narrados na exordial acusatória pelo órgão de execução do Ministério Público.

À guisa de exemplo, cite-se a seguinte narrativa fática: “o denunciado agiu com imprudência, visto que conduziu o automóvel sob a influência de álcool (embriaguez), consoante revelou o teste de etilômetro”.

Essa narrativa indica que o único elemento caracterizador da culpa foi a embriaguez ao volante, de modo que a conclusão pela incidência do princípio da consunção, na hipótese em testilha, é inevitável.

Isso porque, em casos tais, a embriaguez ao volante terá funcionado como meio necessário à caracterização do crime-fim – o homicídio culposo –, traduzindo-se em sua elementar

normativa. Sem a embriaguez, não teria havido culpa, e, sem ela, a conduta praticada pelo agente seria um indiferente penal.

O castigo do fato acessório, na situação proposta, se satisfaz conjuntamente com o castigo do fato principal, não sendo razoável a dupla punição do agente. Em razão do princípio da proporcionalidade, o caso há de ser tratado de forma juridicamente unitária, a despeito da pluralidade de fatos no mundo fenomênico.

Foi esse o entendimento adotado pelo Eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul ao apreciar questão semelhante no bojo da Apelação Crime Nº 70046884672, Primeira Câmara Criminal. Colhe-se do voto do eminente Desembargador Relator, Marcel Esquivel Hoppe, o seguinte excerto:

[...] Dessa forma, caracterizada a imprudência do denunciado pelo fato de ter ingerido bebida alcoólica, faz-se necessário reconhecer a aplicação do princípio da consunção, uma vez que o crime mais grave (homicídio) absorve o crime mais brando (embriaguez), por este último ser elemento integrativo do primeiro tipo penal [...] (RIO GRANDE DO SUL, 2012).

No mesmo sentido, no julgamento da Apelação Criminal nº 2009.053361-6, 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, a Desembargadora Marli Mosimann Vargas, relatora do recurso, deixou consignado em seu voto que, um dos fundamentos para reconhecer a aplicação do princípio da consunção na hipótese em análise, foi o “[...] fato de o acusado estar dirigindo embriagado empregado como componente de imprudência e não como crime autônomo.”

Por outro lado, se as circunstâncias fáticas do caso indicarem que a culpa, na modalidade negligência, imprudência ou imperícia, não derivou, exclusivamente, do fato de o agente encontrar-se embriagado, sendo tais circunstâncias narradas e devidamente esclarecidas na denúncia, o caso é de concurso de crime e não de aplicação do princípio da consunção.

São os dados objetivos do fato que indicarão a situação concreta de culpa, desvinculada da embriaguez, que farão com que o agente responda pelo homicídio culposo de trânsito e pela embriaguez ao volante, em concurso material (art. 69 do Código Penal).

Veja-se, por exemplo, a situação fática narrada na Apelação Criminal nº 951133-1, do Eg. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Rel. Desembargador Naor R. de Macedo Neto: “[...] o acusado nitidamente deixou de cumprir com os deveres objetivos de cuidado que qualquer condutor de veículo automotor tem obrigação legal (a de parar o veículo no canteiro central e dar preferência a quem trafega pela via)”. Foi exatamente nesses termos que o membro do Ministério Público subscritor da denúncia narrou os fatos e, por isso, sustentou a tese de concurso de crimes.

O Eg. Tribunal de Justiça local concluiu, no mencionado caso, pela incidência do princípio da consunção, ao fundamento de que a “embriaguez ao volante constituiu meio à ocorrência do homicídio culposo e da lesão corporal culposa no trânsito e que os referidos delitos ocorreram em um mesmo contexto temporal, em

progressão criminosa (trecho do voto eminente Desembargador Relator)’’.

Ora, se a denúncia narra uma situação fática, efetivamente comprovada ao longo da instrução, que caracteriza a culpa independentemente da embriaguez ao volante (exemplo: excesso de velocidade, transitar pela contramão da via, deixar de observar a indicação de semáforo vermelho etc), não se pode falar em absorção da embriaguez pelo homicídio de trânsito, ante a nítida e evidente autonomia entre as condutas, cada qual caracterizadora de uma infração penal.

De fato, no exato instante em que o agente, após ingerir bebida alcoólica, conduz veículo automotor, consumado estará o delito capitulado no art. 306 da Lei nº 9.503/1997, uma vez que, nesse momento, a segurança viária, ainda que potencialmente, foi afetada. Se, na sequência, de forma culposa, agindo com negligência, imprudência ou imperícia (não consubstanciadas na própria embriaguez), pratica homicídio na direção de veículo automotor, o caso é de concurso de crime e não de concurso aparente de normas penais.

Ainda a título de exemplo, imagine a hipótese na qual o agente que, em situação de embriaguez voluntária, presta-se a conduzir veículo automotor de categoria diversa para a qual ele está habilitado. A culpa, em tal caso, não terá derivado da embriaguez ao volante, mas, sim, da eventual imperícia com que conduziu o veículo automotor. Nessa situação, é mais que

evidente a desvinculação da conduta culposa da embriaguez ao volante.

Outro dado objetivo que se revela capaz de cindir a culpa da embriaguez ao volante é o nível de embriaguez do agente. Na fase de euforia da embriaguez, é provável que determinadas pessoas ainda tenham plena consciência dos seus atos, de modo que, em situações como essa, se o agente se propõe a conduzir veículo automotor pela contramão e/ou em excesso de velocidade, é evidente que a conduta culposa não terá decorrido da embriaguez.

Em outras situações, como, por exemplo, nas hipóteses de embriaguez letárgica, a culpa pode derivar da situação de embriaguez. Imagine, pois, a situação do agente que, após ingerir considerável quantidade de bebida alcoólica, propõe-se a conduzir veículo automotor, dorme ao volante e atropela um pedestre, matando-o.

O Eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação Criminal nº 0009456-69.2009.8.26.0224, Relator Desembargador Newton Neves, adotou o posicionamento que ora se sustenta, concluindo pela existência de concurso real de crime entre a embriaguez ao volante e o homicídio culposo.

O mesmo Tribunal de Justiça, no julgamento da Apelação Criminal nº 0002046-43.2009.8.26.0358, Rel. Desembargador Mário Devienne Ferraz, também concluiu pela existência de concurso material entre a embriaguez ao volante e o homicídio culposo de trânsito, uma vez que, na hipótese analisada, o condutor,

além de embriagado, transitava em velocidade excessiva, o que, por si só, já caracterizaria a culpa.

O que determinará, portanto, a absorção da embriaguez ao volante pelo homicídio culposo de trânsito é o nexo de dependência entre as duas condutas, que ocorrerá sempre que a embriaguez for o único elemento caracterizador da culpa. Nessa situação, restará claro que a embriaguez ao volante terá sido meio necessário à prática do homicídio culposo, já que se traduzirá em sua elementar normativa.

Sob outro viés, a independência entre as condutas (embriaguez ao volante e a prática do homicídio culposo) fará com que o agente responda por duas infrações penais, não havendo razão, de ordem fática ou jurídica, para falar-se em aplicação do princípio da consunção.

Embora apreciando caso em que a embriaguez ao volante fora utilizada para a caracterização do dolo eventual no homicídio doloso cometido na direção de veículo automotor, o Eg. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios adotou a mesma linha de raciocínio que ora se sustenta para a embriaguez ao volante e o homicídio culposo de trânsito. Veja a ementa do julgado:

PENAL E PROCESSO PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES. HOMICÍDIO SIMPLES. EMBRIAGUEZ NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR E SEM HABILITAÇÃO. PRELIMINAR DE NULIDADE ABSOLUTA SUSCITADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM. PRINCÍPIO

DA CONSUNÇÃO. VICÍO INSANÁVEL. NULIDADE ABSOLUTA. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. PROCESSO ANULADO DESDE A PROLAÇÃO DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA. PREVALÊNCIA DO VOTO MINORITÁRIO.

1. Se para caracterizar o crime de homicídio doloso levou-se em conta o dolo eventual, uma vez que o réu dirigiu sob os efeitos do álcool, não se pode condená-lo também pelo crime de embriaguez ao volante, em obediência ao princípio do *ne bis in idem*. [...]

3. Embargos infringentes conhecidos e providos (DISTRITO FEDERAL, 2012 p 80).

Observe que as conclusões aqui lançadas estão em consonância com os postulados teóricos do princípio da consunção, inclusive no que tange à necessidade de uma análise valorativa dos casos, a fim de permitir a conclusão pela incidência, ou não, do princípio em estudo.

4 Conclusão

O princípio da consunção, um dos critérios aceitos pela quase generalidade da doutrina, é válido para solução das antinomias aparentes de normas penais, inclusive nos crimes regulados pela Lei nº 9.503/1997 (crimes de trânsito).

No que tange à aplicação do princípio da consunção, pela jurisprudência, à problemática proposta nesta pesquisa, nem sempre as decisões são fiéis aos postulados científicos e teóricos do princípio em referência.

Aferiu-se que, por vezes, deixa-se de proceder a uma análise valorativa e voltada para as circunstâncias do caso

concreto, providências essenciais à correta aplicação do princípio da consunção. Com efeito, não se pode decidir pela aplicação do princípio da consunção no plano puramente teórico, uma vez que o conflito aparente, em se tratando de consunção, opera-se no plano do ser e não do dever-ser.

Serão as circunstâncias do caso concreto que indicarão se a embriaguez ao volante constituiu meio necessário à caracterização do homicídio culposo de trânsito, de modo que a conclusão apriorística, quer no sentido de absorção, quer no sentido de não absorção, não se compactua com as diretrizes decorrentes do princípio da consunção.

Em sendo a embriaguez ao volante o único elemento caracterizador da situação de culpa, traduzindo-se na elementar normativa do homicídio culposo de trânsito, não se poderá negar a aplicação do princípio da consunção, pois, em última análise, a embriaguez terá sido meio necessário à caracterização do homicídio ou lesão corporal culposos de trânsito. Punir o agente pelo crime de dano e pela embriaguez ao volante, em casos tais, implicaria em indesejável *bis in idem*.

Noutra vertente, constatada a autonomia entre as condutas, notadamente porque a embriaguez ao volante não fora utilizada como elementar normativa do homicídio culposo de trânsito, a hipótese será de concurso real de crimes.

Title: Vehicular Manslaughter, Drunk Driving and the Principle of Absorption

Abstract: This research discourses about the possible relation of the vehicular manslaughter, drunk driving and the principle of absorption, or, more precisely, on the concrete application of this principle in the case law to cases in which the driver practices vehicular manslaughter in traffic while he is driving drunk. In this context, it intends, from the analysis of actual cases tried by the courts, to attest the correctness or (otherwise) of the adopted judicial interpretation, given the theoretical premises set around the principle of absorption. Therefore, the work was divided into two parts. The first one will establish the theoretical guidelines of the principle of absorption, as well as situate it in the context of a apparent concurrence of criminal norms. The second one shall proceed to the analysis of court sentences which deal with the theme proposed here.

Keywords: Principle of absorption. Vehicular manslaughter. Drunk driving. Jurisprudence.

Referências

ACRE. Tribunal de Justiça. Apelação criminal (detenção) 20090037327 AC 2009.003732-7. Apelante: Gustavo Melo Prado de Aguiar. Relator: Des. Francisco Praça. *Diário da Justiça Eletrônico*, Poder Judiciário, Rio Branco, 10 jun. 2010.

BARBOSA, Marcelo Fortes. *Concurso de normas penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

BEM, Leonardo Schmitt de. *Direito penal de trânsito*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31 dez. 1940.

BRASIL. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 15 maio 1996.

BRASIL. Lei nº 12.760, de 20 de dezembro de 2012. Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 21 dez. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no recurso especial nº 1252305/MG. Relator: Ministro Jorge Mussi, 5ª Turma, Brasília, DF, 4 set. 2012. *Diário de Justiça Eletrônico*, Poder Judiciário, Brasília, DF, 14 set. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de competência nº 101.389. Processo nº 2008/0263749-0 ES, 3ª Seção. Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília, DF, 11 fev. 2009. *Diário da Justiça Eletrônico*, Poder Judiciário, Brasília, DF, 27 fev. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas-corpus nº 56.097/MG. Relator: Ministro Og Fernandes, 6ª turma, Brasília, DF, 17 nov. 2009. *Diário da Justiça Eletrônico*, Poder Judiciário, Brasília, DF, 7 dez. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas-corpus nº 138.530/SP. Relator: Ministro Felix Fischer, 5ª Turma, Brasília, DF, 2 fev. 2010. *Diário de Justiça Eletrônico*, Poder Judiciário, Brasília, DF, 3 maio 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas-corpus nº 166.117/RJ. Relator: Ministro Gilson Dipp, 5ª Turma, Brasília, DF, 3 maio 2011. *Diário da Justiça Eletrônico*, Poder Judiciário, Brasília, DF, 1 ago. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas-corpus nº 179.519/SP. Relatora: Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, Brasília, DF, 18 dez. 2012. *Diário da Justiça Eletrônico*, Poder Judiciário, Brasília, DF, 1 fev. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 629.087/MG. Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca. Brasília, DF, 7 maio 2005. *Diário da Justiça*, Poder Judiciário, Brasília, DF, 9 maio 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 17*. Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, e por este absorvido. Brasília, DF, 28 nov. 1990. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=false&l=10&i=545>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso ordinário em habeas corpus nº 82517, Ceará. Relatora: Ministra Ellen Gracie,

1ª Turma, Brasília, DF, 10 dez. 2002. *Diário da Justiça*, Poder Judiciário, Brasília, DF, 21 fev. 2003.

CARVALHO FILHO, José Cândido de. *Concurso aparente de normas penais*. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

COSTA, Pedro Jorge. *A consunção no direito penal brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

DISTRITO FEDERAL (Brasil). Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Embargos infringentes criminais nº 20080510074982EIR, Câmara Criminal. Relator: Humberto Adjuto Ulhôa. Revisor: João Batista Teixeira. Brasília, DF, 17 set. 2012. *Diário de Justiça Eletrônico*, Poder Judiciário, Brasília, DF, 9 nov. 2012.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. Atualização de Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

HORTA, Frederico Gomes de Almeida. *Do concurso aparente de normas penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

JESUS, Damásio de. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1.

JESUS, Damásio de. *Crimes de Trânsito: anotações à parte criminal do Código de trânsito*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEZGER, Edmund. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Bibliografica Argentina, 1958.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. *Apelação Criminal nº 951133-1*. Relator: Desembargador Naor R. de Macedo Neto. Curitiba, 10 maio 2013. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/consulta-2grau>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

PEDROSO, Fernando de Almeida. Conflito aparente de normas penais. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). *Direito Penal: parte geral 1*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 665-686. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 2).

PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de justiça. *Apelação crime nº 70046884672*. Relator: Marcel Esquivel Hoppe. Porto Alegre, 9 maio 2012. *Diário da Justiça*, Poder Judiciário, Porto Alegre, 17 maio 2012.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. *Apelação criminal nº 2009.053361-6*. Apelante: Orcelides da Silva dos Santos. Apelada: A Justiça, por seu Promotor. Relatora: Marli Mosimann Vargas. Florianópolis, 10 ago 2010.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. Concurso aparente de normas penais. *Revista jurídica*, Porto Alegre, v. 56, n. 365, p. 85-120, mar. 2008.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2001.

Referência bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FREITAS, Roberto da Silva. Homicídio culposo de trânsito, embriaguez ao volante e princípio da consunção. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 9, p. 267-316, 2015. Anual.

Submissão: 6/4/15

Aceite: 18/8/15