

Iter criminis

É o caminho percorrido para a prática do crime.

Conjunto de fases que se sucedem cronologicamente no desenvolvimento do delito doloso.

Fases do crime

Cogitação

Significa a ideação do crime. Trata-se de fase interna que ocorre exclusivamente na mente do indivíduo.

É sempre impunível diante do princípio da **materialização do fato** (o crime demanda ofensividade, ou seja, uma conduta que acarrete lesão ou criação de risco relevante a bem jurídico).

Não é sinônimo de premeditação.

Pode ser dividida em três etapas:

a) idealização: surge no agente a intenção de cometer o delito;

b) deliberação: o agente pondera as circunstâncias da conduta que pretende empreender;

c) resolução: corresponde à decisão a respeito da execução da conduta.

Atos preparatórios

Conhecida como *conatus remotus*, nesta fase o agente procura criar condições para a realização da conduta idealizada, adotando providências externas para a sua realização.

Exemplo: aquisição de veículo a ser utilizado como instrumento do crime.

Os atos preparatórios são, em regra, impuníveis.

Todavia, podem ser punidos se houver tipificação autônoma.

Exemplos: art. 288¹ (associação criminosa) e 291² (petrechos para falsificação de moedas) do CP; art. 16, parágrafo único, III³, da Lei 10.826/03 (posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito).

¹ Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: (Redação dada pela Lei nº 12.850, de 2013) (Vigência)

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.850, de 2013) (Vigência)

Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente. (Redação dada pela Lei nº 12.850, de 2013)

² Art. 291 - Fabricar, adquirir, fornecer, a título oneroso ou gratuito, possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto especialmente destinado à falsificação de moeda:

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

³ Art. 16. Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem:

I - suprimir ou alterar marca, numeração ou qualquer sinal de identificação de arma de fogo ou artefato;

II - modificar as características de arma de fogo, de forma a torná-la equivalente a arma de fogo de uso proibido ou restrito ou para fins de dificultar ou de qualquer modo induzir a erro autoridade policial, perito ou juiz;

III - possuir, detiver, fabricar ou empregar artefato explosivo ou incendiário, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;

IV - portar, possuir, adquirir, transportar ou fornecer arma de fogo com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado;

V - vender, entregar ou fornecer, ainda que gratuitamente, arma de fogo, acessório, munição ou explosivo a criança ou adolescente; e

VI - produzir, recarregar ou reciclar, sem autorização legal, ou adulterar, de qualquer forma, munição ou explosivo.

Crítica: necessidade de produção de resultado jurídico, o que pode resultar comprometido diante da tipificação de etapas preparatórias, distantes da criação de risco ao bem jurídico.

Atos executórios

Trata-se da fase em que o agente exterioriza a conduta idealizada.

Em regra, a conduta humana só será punível quando iniciada esta fase.

O ato executório deve ser concretamente capaz de produzir o resultado e inequivocamente direcionado ao cometimento do delito.

Qual a diferença entre o início da execução (punível) e a fase anterior (atos preparatórios, em regra impuníveis)?

Exemplo: A adentra a residência de B mediante escalada e subtrai o televisor.

Quando se iniciou a execução?

i) Quando A aguardou na esquina B sair de casa?

ii) Quando iniciou a escalada?

iii) No instante em que iniciou a subtração (tomada de posse)?

Teorias:

a) Teoria da hostilidade ao bem jurídico ou critério material (Nelson Hungria);

Atos executórios são aqueles que lesão ou criam situação concreta de perigo.

Item “i”.

b) Teoria objetivo-formal (Frederico Marques)

Atos executórios são aqueles que iniciam a realização do núcleo do tipo.

Item “iii”.

c) Teoria objetivo-material

Atos executórios são aqueles que iniciam a realização do núcleo do tipo, assim como os atos imediatamente anteriores, com base na visão de terceira pessoa.

d) Teoria objetivo-individual (Eugênio Raúl Zaffaroni)

Atos executórios são aqueles que, de acordo com o plano do agente, realizam-se no momento imediatamente anterior ao começo da execução típica.

O “individual” decorre do fato de levar em consideração o plano concreto do autor.

Item “ii”.

Essa teoria é adotada pela doutrina moderna e foi reconhecida pelo STJ⁴.

Observação: há casos em que a dúvida persistirá e deve ser resolvida em favor do agente.

Consumação

⁴ RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE AGENTES. Uso de barra de ferro para ingresso em residência de terceiro com "animus furandi". Não consumação do ingresso por interferência de terceiros. Atos que se caracterizam como início de execução.

- Recurso conhecido e provido.

(REsp 113.603/DF, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/09/1998, DJ 28/09/1998, p. 89)

É o momento em que o agente realiza em todos os seus termos o tipo legal da figura delituosa e o bem jurídico é lesado ou colocado em risco segundo a previsão legal.

Crime consumado

Estabelece o art. 14, inciso I, do CP: “diz-se o crime: I - consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal”.

O momento consumativo varia com a natureza do crime:

a) Crime material ou de resultado: o tipo penal descreve a conduta e o resultado (naturalístico), exigindo, para sua consumação, a efetiva modificação do mundo exterior (exemplo: homicídio – art. 121; furto – art. 155 do CP);

b) Crime formal ou de consumação antecipada: o tipo descreve um comportamento seguido de um resultado naturalístico, mas dispensa a modificação no mundo exterior, contentando-se, para a consumação, com a prática da conduta típica. O crime, portanto, consuma-se no momento da ação, sendo o resultado mero exaurimento (exemplo: extorsão – art. 158; extorsão mediante sequestro – art. 159 do CP);

c) Crime de mera conduta (ou simples atividade): tipo descreve apenas uma conduta e não um resultado naturalístico, consumando-se o crime no momento em que a conduta é praticada (exemplo: violação de domicílio – art. 150⁵ do CP);

⁵ Art. 150 - Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências:

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

§ 1º - Se o crime é cometido durante a noite, ou em lugar ermo, ou com o emprego de violência ou de arma, ou por duas ou mais pessoas:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, além da pena correspondente à violência.

§ 2º - Aumenta-se a pena de um terço, se o fato é cometido por funcionário público, fora dos casos legais, ou com inobservância das formalidades estabelecidas em lei, ou com abuso do poder.

§ 3º - Não constitui crime a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências:

I - durante o dia, com observância das formalidades legais, para efetuar prisão ou outra diligência;

II - a qualquer hora do dia ou da noite, quando algum crime está sendo ali praticado ou na iminência de o ser.

§ 4º - A expressão "casa" compreende:

d) Crime permanente: a consumação e protraí no tempo, prolongando-se até que o agente cesse a conduta criminosa (exemplo: sequestro e cárcere privado – art. 148⁶ do CP);

e) crime habitual: para a consumação, exige-se a reiteração da conduta típica (exemplo: curandeirismo – art. 284⁷ do CP);

f) crime qualificado pelo resultado: a consumação se dá com a produção do resultado que agrava especialmente a pena (exemplo: lesão corporal seguida de morte – art. 129, § 3^o, do CP);

I - qualquer compartimento habitado;

II - aposento ocupado de habitação coletiva;

III - compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

§ 5^o - Não se compreendem na expressão "casa":

I - hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo a restrição do n.º II do parágrafo anterior;

II - taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero.

6 Seqüestro e cárcere privado

Art. 148 - Privar alguém de sua liberdade, mediante seqüestro ou cárcere privado: (Vide Lei nº 10.446, de 2002)

Pena - reclusão, de um a três anos.

§ 1^o - A pena é de reclusão, de dois a cinco anos:

I – se a vítima é ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro do agente ou maior de 60 (sessenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 11.106, de 2005)

II - se o crime é praticado mediante internação da vítima em casa de saúde ou hospital;

III - se a privação da liberdade dura mais de quinze dias.

IV – se o crime é praticado contra menor de 18 (dezoito) anos; (Incluído pela Lei nº 11.106, de 2005)

V – se o crime é praticado com fins libidinosos. (Incluído pela Lei nº 11.106, de 2005)

§ 2^o - Se resulta à vítima, em razão de maus-tratos ou da natureza da detenção, grave sofrimento físico ou moral:

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

⁷ Art. 284 - Exercer o curandeirismo:

I - prescrevendo, ministrando ou aplicando, habitualmente, qualquer substância;

II - usando gestos, palavras ou qualquer outro meio;

III - fazendo diagnósticos;

Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

Parágrafo único - Se o crime é praticado mediante remuneração, o agente fica também sujeito à multa.

g) crime omissivo próprio: consuma-se no momento em que o agente se abstém de realizar a conduta devida, imposta pelo tipo mandamental (exemplo: omissão de notificação de doença – art. 269⁹ do CP; omissão de socorro – art. 135¹⁰ do CP);

h) Crime omissivo impróprio: também denominado crime omissivo por omissão, consuma-se com a produção do resultado naturalístico (crime pratica somente por aquele que ocupa a posição de “garantidor” conforme art. 13, § 2^o¹¹, do CP).

O que é crime exaurido?

O exaurimento constitui acontecimentos posteriores desvalorados ao término do *iter criminis*, que não influenciam na tipicidade.

⁸ Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

Lesão corporal seguida de morte

§ 3º Se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo:

Pena - reclusão, de quatro a doze anos.

⁹ Art. 269 - Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

¹⁰ Art. 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública:

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

Parágrafo único - A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte.

¹¹ § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Crime exaurido, portanto, é aquele em que esses acontecimentos se tornam presentes.

Exemplo: o falso testemunho quando a testemunha encerra o depoimento falso, assinando o respectivo termo. As consequências advindas disso (condenação ou não do acusado) integram o exaurimento do crime.

Crítica: especificamente nesse crime, à luz do bem jurídico protegido (“administração da justiça”), necessário que fosse levado em consideração o grau de potencialidade do depoimento face o conjunto de elementos probatórios.

Embora não influencie na tipicidade, o exaurimento pode:

a) servir de circunstancia judicial desfavorável (a título de *consequências do crime* – art. 59, *caput*, do CP), desde o resultado especialmente desvalorado não esteja na linha de desdobramento causal normal do tipo e esteja dentro do âmbito de proteção da norma;

b) atuar como qualificadora (no crime de resistência – art. 329, § 1º¹², CP);

c) caracterizar causa de aumento de pena (no crime de corrupção passiva – art. 317, § 1º¹³, CP);

¹² Art. 329 - Opor-se à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio:

Pena - detenção, de dois meses a dois anos.

§ 1º - Se o ato, em razão da resistência, não se executa:

Pena - reclusão, de um a três anos.

§ 2º - As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência.

¹³ Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003)

§ 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.

§ 2º - Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem:

d) configurar crime autônomo (se, após consumir o sequestro qualificado pela finalidade libidinoso – art. 148, inciso V¹⁴, do CP –, o agente praticar na vítima atos de libidinagem, o exaurimento do crime contra a liberdade individual gera um novo crime de estupro – art. 213 do CP).

Crítica: no último exemplo do item “d”, presentes as condicionantes, o crime meio de ser absorvido pelo crime fim.

Tentativa

Estabelece o art. 14, inciso II, do CP: *“diz-se o crime: II – tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente”*.

Trata-se de **norma de extensão temporal** que amplia a proibição contida nas normas penais incriminadoras para alcançar atos humanos realizados de forma incompleta (adequação típica de subordinação mediata: não houvesse a norma de extensão, a não-consumação seria **fato atípico**).

Há uma incongruência entre o plano físico e o plano psíquico, sendo este mais extenso do que aquele.

O tipo subjetivo realiza-se completamente (dolo permanece o mesmo em crime consumados ou tentados).

O tipo objetivo fica aquém da vontade do agente, todavia a norma de extensão permite a configuração de um novo tipo que passa a incidir sobre o caso concreto.

Elementos do crime tentado:

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

¹⁴ Art. 148 - Privar alguém de sua liberdade, mediante seqüestro ou cárcere privado:

Pena - reclusão, de um a três anos.

§ 1º - A pena é de reclusão, de dois a cinco anos:

V - se o crime é praticado com fins libidinosos.

- a) início da execução;
- b) não-consumação por circunstâncias alheias à vontade do agente;
- c) dolo de consumação;
- d) resultado possível.

Pune a tentativa com a mesma pena do crime consumado, reduzida de 1/3 a 2/3 (art. 14, parágrafo único, do CP: “*salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços*”).

Critério: maior ou menor avanço no *iter criminis*, ou seja, maior ou menor aproximação da consumação.

Adota-se a teoria objetiva ou realística, pela qual são irrelevantes critérios outros como “crueldade” ou “maus antecedentes”.

Observação: O Código Penal Militar também adotou, como regra, a teoria objetiva (dosimetria de acordo com o avanço do *iter criminis*). Todavia, acrescentou a possibilidade de aplicação da pena do crime consumado no caso de “excepcional gravidade da conduta” (art. 30, parágrafo único¹⁵, do CPM).

O parágrafo único do art. 14 do CP utiliza a expressão “*salvo disposição em contrário*” uma vez que alguns tipos penais estabelecem a mesma pena para as formas tentada e consumada.

¹⁵ Art. 30. Diz-se o crime:

Crime consumado

I - consumado, quando nêle se reúnem todos os elementos de sua definição legal;

Tentativa

II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Pena de tentativa

Parágrafo único. Pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime, diminuída de um a dois terços, podendo o juiz, no caso de excepcional gravidade, aplicar a pena do crime consumado.

São os chamados **crimes de atentado** ou **empreendimento** (adota-se a teoria subjetiva, voluntarística ou monista, pela qual o critério da dosimetria é o elemento subjetivo, que é o mesmo no crime tentado ou consumado).

Exemplos:

Art. 352 do CP (evasão mediante violência contra a pessoa): “evadir-se ou tentar evadir-se o preso ou o indivíduo submetido a medida de segurança detentiva, usando de violência contra a pessoa: Pena - detenção, de três meses a um ano, além da pena correspondente à violência”.

Art. 309 do Código Eleitoral: “votar ou tentar votar mais de uma vez, ou em lugar de outrem: Pena - reclusão até três anos”.

Há caso em que o legislador pune apenas a forma tentada, não havendo previsão da forma consumada.

Exemplos:

Art. 11 da Lei de Segurança Nacional: “tentar desmembrar parte do território nacional para constituir país independente. Pena: reclusão, de 4 a 12 anos”.

Art. 17 da Lei de Segurança Nacional: “tentar mudar, com emprego de violência ou grave ameaça, a ordem, o regime vigente ou o Estado de Direito. Pena: reclusão, de 3 a 15 anos”.

Espécies de tentativa

a) quanto ao *iter criminis* percorrido.

Tentativa imperfeita (ou inacabada): o agente é impedido de prosseguir o seu intento, deixando de praticar todos os atos executórios à sua disposição;

O agente não consegue praticar todos os atos que pretendia.

Exemplo: A, querendo a morte de B, é interrompido após dar a primeira facada.

Tentativa perfeita¹⁶ (ou acabada ou crime falho ou crime frustrado): o agente, apesar de praticar todos os atos executórios à sua disposição, não consegue consumar o crime por circunstâncias alheias à sua vontade.

Nesse caso, a execução se esgota, tendo o agente feito tudo o que pretendia fazer. Mas por diversas razões alheias à sua vontade, o resultado não se consuma.

Exemplo: A dispara todos os projéteis disponíveis na sua arma, mas o resultado não ocorre porque a vítima é socorrida eficazmente.

b) quanto ao resultado produzido na vítima (objeto material).

Tentativa branca ou incruenta: o golpe desferido não atinge o corpo da vítima, não gerando lesão efetiva, palpável à integridade corporal do ofendido;

Tentativa vermelha ou cruenta: a vítima é efetivamente atingida.

c) quanto à possibilidade de alcançar o resultado

Tentativa idônea: o resultado, apesar de possível de ser alcançado, não ocorre por circunstâncias alheias à vontade do agente;

Tentativa inidônea (crime impossível): a consumação do crime mostra-se impossível de ocorrer (art. 17¹⁷ do CP) por absoluta ineficácia do meio empregado ou por absoluta impropriedade do objeto.

¹⁶ Somente é compatível com os crimes materiais (produtores de resultados naturalísticos e sendo sua ocorrência condição necessária à consumação). Crimes formais e de mera conduta dispensam o resultado como condição de aperfeiçoamento do tipo objetivo.

¹⁷ **Crime impossível**

Art. 17 - Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.

O que se entende por tentativa supersticiosa ou irreal?

Na tentativa supersticiosa, o agente acredita na eficácia do meio que jamais poderia causar o resultado lesivo.

Ao contrário, nas situações comuns de crime impossível, o agente ignora apenas o fator concreto que impede a consumação (exemplo: arma descarregada). Na tentativa supersticiosa, o agente nada ignora, apenas acredita que o meio é eficaz.

Infrações penais que não admitem tentativa

a) crimes culposos: o agente não tem o dolo de consumação, o que é incompatível com a tentativa;

Exceção: culpa imprópria.

Na culpa imprópria, o agente age intencionalmente no sentido de lesar bem jurídico de terceiro porque acredita erroneamente estar agindo em situação de excludente de ilicitude. Por um erro de fato vencível quanto a uma situação ensejadora da excludente (que na verdade não existe), o agente atua dolosamente (daí a compatibilidade com a tentativa).

Resultado: na culpa imprópria, o agente é punido com as penas do tipo culposo previsto para lesão causada (se houve essa tipificação) – art. 20, § 1º¹⁸, do CP. No caso da não consumação por circunstâncias alheias à vontade do agente (tentativa), haverá redução de 1/3 a 2/3.

Exemplo: A se encontra com desafeto em local escuro e acredita que ele iria sacar uma arma do bolso para alvejá-lo, momento em que se adianta e dispara primeiro. A deve ser responsabilizado pelas penas da tentativa de crime culposos.

¹⁸ Art. 20, § 1º - É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposos. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

b) crimes preterdolosos: o resultado agravador é imputado a título de culpa, o que é incompatível com a tentativa;

Observação: é possível falar-se em tentativa em relação ao resultado antecedente imputado a título de dolo.

Exemplo:

Médico que não consegue interromper a gravidez da paciente (**aborto** – tipo fundamental, conduta antecedente), porém a gestante, em razão das manobras abortivas, morre (**resultado culposo qualificador**).

Responderá o médico por tentativa de aborto qualificado pela morte culposa (art. 126¹⁹, na forma tentada, combinado com art. 127²⁰ do CP).

c) crimes unissubsistentes: consumam-se apenas com um único ato (o *iter criminis* não é fracionável), razão pela qual não se pode falar em tentativa (exemplo: crimes omissivos puros);

Importante: a extorsão é como crime formal (dispensa ocorrência de resultado naturalístico) e plurissubsistente (o *iter criminis* é fracionável, a interrupção é dos próprios atos executórios) e por isso é cabível a tentativa (quando a vítima repele o constrangimento e o agente não ultrapassa essa resistência, ou seja, a vítima não cede às exigências do autor²¹).

¹⁹ Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

²⁰ **Forma qualificada**

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

²¹ Doutrina: *“Independentemente da concepção material ou formal do crime de extorsão, a tentativa é admissível. Cumpre destacar que, ainda que as demais elementares estejam todas presentes, a extorsão não*

d) não é punível a tentativa de contravenção penal (art. 4º da LCP);

e) crimes de atentado (previsão de crime consumado e tentado no mesmo tipo penal);

f) crimes habituais: são caracterizados pela reiteração de atos. Assim, ou ocorre a reiteração de atos e o crime se consuma ou não há a reiteração e o fato é atípico.

Alguns autores (Miguel Reale Júnior, Flávio Monteiro de Barros) enxergam uma exceção: no crime de “exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica” (art. 282²² do CP), o agente, sem ser profissional da saúde, instala um consultório, mas é detido antes da primeira consulta (não há reiteração), embora o consultório estivesse cheio de clientes aguardando atendimento.

g) crimes cuja punibilidade está condicionada ao implemento de um resultado: somente são puníveis se o evento descrito na norma efetivamente ocorrer.

estará consumada se a vítima, em razão do constrangimento sofrido, não se submeter à vontade do autor, fazendo, tolerando ou deixando de fazer alguma coisa. Para sintetizar, o simples constrangimento, apesar de tratar-se de crime formal, sem a atuação da vítima (fazendo, tolerando ou deixando de fazer alguma coisa), não passa de tentativa”. (Tratado de Direito Penal, Parte Especial, Volume 3, 9ª edição, São Paulo, Saraiva, 2013, p. 151). “(...) o simples constrangimento, sem que a vítima atue, não passa de uma tentativa. Para a consumação, portanto, cremos mais indicado atingir o segundo estágio, isto é, quando a vítima cede ao constrangimento imposto e faz ou deixa de fazer algo”. (Guilherme de Souza Nucci, Código de Processo Penal Comentado, 12ª edição, RT, 2013, p. 826).

Jurisprudência: “RECURSO ESPECIAL. EXTORSÃO. TENTATIVA. POSSIBILIDADE. 1. Não se consuma o crime de extorsão quando, apesar de ameaçada, a vítima não se submete à vontade do criminoso, fazendo, tolerando que se faça ou deixando de fazer algo contra a sua vontade. 2. Recurso especial improvido (RECURSO ESPECIAL Nº 1.094.888-SP, Ministro Sebastião Reis Júnior, **SEXTA TURMA**, DJE DATA: **05/09/2012**).

²² Art. 282 - Exercer, ainda que a título gratuito, a profissão de médico, dentista ou farmacêutico, sem autorização legal ou excedendo-lhe os limites:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

Parágrafo único - Se o crime é praticado com o fim de lucro, aplica-se também multa.

Exemplo: art. 122 do CP (induzimento, instigação ou auxílio a suicídio). Somente é punível a conduta do agente que induz, instiga ou auxiliar se a vítima sofrer lesão grave ou efetivamente se suicidar. Se o resultado lesão grave ou morte não ocorrer, trata-se de fato atípico.

É possível a tentativa no dolo eventual?

Embora há doutrina que entenda não ser possível tentativa no dolo eventual pois o agente não busca o resultado ilícito com a prática de sua conduta, prevalece a tese contrária, no sentido da possibilidade de tentativa, uma vez que o agente, na busca de um resultado lícito que é o fim do seu agir, deixa igualmente de tomar as cautelas possíveis e igualmente desconsidera o resultado previsto (age de forma indiferente), de modo que o dolo do resultado lícito (com a indiferença pelo resultado ilícito – **dolo eventual**), para os fins de proibição, se equipara ao dolo do resultado ilícito (**dolo direto**).

É possível a tentativa nos crimes de ímpeto?

Embora haja divergência, prevalece que, embora o crime tenha sido cometido num aceso de exaltação, não há óbice ao fracionamento da conduta e, portanto, é possível falar em tentativa.

Consumação do latrocínio (art. 157, § 3º, do CP)

1. Morte **consumada** + subtração **consumada** = **consumação** (art. 14, I, do CP²³): houve o aperfeiçoamento de todos os elementos da definição legal.

²³ Art. 14 - Diz-se o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Crime consumado (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Tentativa (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Pena de tentativa (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

2. Morte **tentada** + subtração **tentada** = **tentativa** (art. 14, II, do CP): houve o início da execução de um tipo penal, que não se consumou por circunstâncias alheias à vontade do agente;

Magalhães Noronha sugere o desmembramento do crime complexo, configurando o concurso de delitos, roubo tentado e homicídio tentado.

STJ (HC 201.175, 5ª Turma, Dje 08.05.2013)²⁴ decidiu ser irrelevante que a vítima não tenha sofrido lesão para a caracterização do latrocínio tentado (tal fato deve ser levado em conta na dosimetria pena - redução na terceira fase - porque compõe o maior ou menor avanço no *iter criminis*).

3. Morte **consumada** + subtração **tentada** = **consumação** (segundo entendimento do STF – Súmula 610²⁵): em razão de ter sido atingido o bem jurídico vida, que está acima de interesses patrimoniais;

Parágrafo único - Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços.(Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

²⁴ “1. A figura típica do latrocínio se consubstancia no crime de roubo qualificado pelo resultado, em que o dolo inicial é de subtrair coisa alheia móvel, sendo que as lesões corporais ou a morte são decorrentes da violência empregada, atribuíveis ao agente a título de dolo ou culpa 2. Embora haja discussão doutrinária e jurisprudencial acerca de qual delito é praticado quando o agente logra subtrair o bem da vítima, mas não consegue matá-la, prevalece o entendimento de que há tentativa de latrocínio quando há dolo de subtrair e dolo de matar, sendo que o resultado morte somente não ocorre por circunstâncias alheias à vontade do agente. 3. Por esta razão, a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça pacificou-se no sentido de que o crime de latrocínio tentado se caracteriza independentemente da natureza das lesões sofridas pela vítima, bastando que o agente, no decorrer do roubo, tenha agido com o desígnio de matá-la. Precedentes do STJ e do STF. 4. No caso dos autos, que as instâncias de origem atestaram que, na espécie, o paciente praticou o crime de latrocínio tentado, subtraiu a caminhonete da vítima e, com animus necandi, atentou contra a sua vida, e somente não a matou por circunstâncias alheias à sua vontade. 5. Assim, irrelevante se a vítima experimentou lesões corporais leves ou graves, já que evidenciada a intenção homicida do denunciado, que tentou matar a vítima de diversas maneiras. 6. Por conseguinte, sendo dispensável a ocorrência de lesões corporais leves ou graves para a caracterização do crime de latrocínio tentado, a existência de eventual mácula no laudo de exame de corpo de delito efetuado na vítima não tem o condão de desclassificar a conduta imputada ao paciente para o crime de roubo, como pretendido na inicial do mandamus”.

²⁵ Súmula 610 do STF: “Há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração de bens da vítima”

Crítica: o valor dos bens jurídicos em jogo não deve desnaturar a estrutura dogmática do delito e a própria legalidade (art. 14 do CP).

Rogério Greco ensina que:

“Por entendermos que, para a consumação de um crime complexo, é preciso que se verifiquem todos os elementos que integram o tipo, ousamos discordar das posições de Hungria e do STF e nos filiamos à posição de Frederico Marques, concluindo que, havendo homicídio consumado e subtração tentada, deve o agente responder por tentativa de latrocínio e não por homicídio qualificado ou mesmo latrocínio consumado”.

4. Morte **tentada** + subtração **consumada** = **tentativa** (se o latrocínio se consuma apenas com a morte, não havendo morte o tipo complexo do latrocínio não se perfaz).

Observação: a 2ª Turma do STF, no HC 91.585-RJ, rel. Min. Cezar Peluso, DJe de 20.03.2009 afirmou que a hipótese melhor se amolda à figura do roubo (consumado) em concurso com o crime de tentativa de homicídio qualificado pela conexão teleológica, remetendo o caso para julgamento pelo Tribunal do Júri²⁶

Rogério Sanches afirma que a confusão existe porque no latrocínio, ao contrário do que ocorre com outras figuras qualificadas pelo resultado (art. 127²⁷, 135²⁸,

²⁶ AÇÃO PENAL. Crime. Qualificação jurídica. Condenação por latrocínio tentado. Subtração consumada. Não consecução da morte como resultado da violência praticada, mas apenas de lesão corporal grave numa das vítimas. Dolo homicida reconhecido pelas instâncias ordinárias. Impossibilidade de revisão desse juízo factual em sede de habeas corpus. Tipificação consequente do fato como homicídio, na forma tentada, em concurso material com o crime de roubo. Submissão do réu ao tribunal do júri. Limitação, porém, de pena em caso de eventual condenação. Aplicação do princípio que proíbe a reformatio in peius. HC concedido para esses fins. 1. Se é incontroverso ter o réu, em crime caracterizado por subtração da coisa e violência contra a pessoa, com resultado de lesão corporal grave, agido com animus necandi, então os fatos correspondem ao tipo de homicídio na forma tentada, em concurso material com o de roubo. 2. Reconhecida, em habeas corpus, a competência do tribunal do júri para rejulgar réu condenado por latrocínio tentado, mas desclassificado para tentativa de homicídio, não pode eventual condenação impor-lhe pena maior que a já fixada na sentença cassada.

²⁷ **Aborto provocado por terceiro**

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de três a dez anos.

213²⁹), a morte pode derivar de dolo ou culpa. Se fosse seguida a lógica do CP, qualificando o delito apenas quando culposa a morte, presente o dolo do agente estaria caracterizado o roubo (não qualificado pela morte) em concurso com o homicídio doloso (consumado ou tentado), competência do Tribunal do Júri.

É certo, porém, que a pena do latrocínio, adotando esse raciocínio, teria que sofrer ajustes para não se punir o mais (dolo na morte) com o menos e o menos (culpa na morte) com mais, respeitando a proporcionalidade e razoabilidade.

Há outra linha de argumentação (para a tese minoritária da impossibilidade de construção normativa da figura do latrocínio tentado – tese utilizada pela DPE – segunda fase do IV Concurso da DPE/SP): a redação do tipo

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: (Vide ADPF 54)

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência

Forma qualificada

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

²⁸ **Omissão de socorro**

Art. 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública:

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

Parágrafo único - A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte.

²⁹ **Estupro**

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 2º Se da conduta resulta morte: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Art. 214 - (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009)

penal “*se da violência resulta*” cria uma estrutura típica que impõe uma relação “tudo ou nada” (ou ocorre o resultado previsto – lesão grave ou morte – e incide a lei, ou não ocorre e o agente responde pela figura simples ou circunstanciada). Em não havendo possibilidade de construção normativa dessa figura, aplicam-se os delitos subsidiários roubo + tentativa de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, V) no caso de dolo homicida (não havendo dolo homicida sequer se fala em tentativa de homicídio)³⁰.

³⁰ Nesse sentido já se manifestou a 7ª Câmara do Tribunal de Justiça de do estado de São Paulo: “o apelo interposto pelo Ministério Público não comporta provimento, ao passo que o recurso defensivo procede, em parte, para reclassificar a conduta do réu para aquela prevista no artigo 157, § 2o, inciso I, do Código Penal. Com efeito, partindo de equivocada premissa, a de que o “latrocínio” seria diversa categoria, conduta com elemento subjetivo *sui generis*, à parte do crime de roubo, doutrinadores, juristas e tribunais “criaram” tentativa daquele mais grave delito, não prevista nem autorizada pela vigente lei penal. É assim que buscam indagar do *animus necandi* isoladamente, como se tal intuito doloso não fizesse parte de um só elemento subjetivo que integra o complexo crime de roubo, que, em si mesmo, pelo próprio modelo legal, já contém por elementares a VIOLÊNCIA e a GRAVE AMEAÇA. Em outras palavras: também o dolo eventual, ou seja, quem intenta subtrair coisa móvel alheia por esse modo, especialmente com emprego de arma, desde a cogitação já assume o risco de matar ou gravemente lesionar o sujeito passivo ou quem se interpuser no alcance dessa meta optada. (...) Vê-se, de conseguinte, que, quanto ao elemento subjetivo, a única indagação que ao julgador compete, em tema de roubo, simples, agravado (artigo 157, § 2o, incisos I a V, do Código Penal) ou qualificado pelo RESULTADO (lesão corporal grave ou morte, únicas hipóteses de qualificação desse crime, consoante preceitua o § 3º, do mesmo artigo 157), é a de haver ou não, o autor, agido com ânimo de subtrair coisa alheia móvel mediante violência ou grave ameaça. Caberá, quando muito, nas sobreditas formas simples, agravada ou qualificadas, perquirir do ânimo homicida somente para efeito de aferição do grau de culpabilidade e dosimetria inicial das penas básicas. (...) Nenhuma razão, pois, para a legalmente vedada criação jurisprudencial de “tentativa de latrocínio”, se inócua a qualificadora, isto é, o resultado morte de que cuida a parte final do § 3º, do artigo 157, do Código Penal! (...) À luz do exposto texto da lei penal (artigo 157, § 3º, última parte, do Código Penal), **o latrocínio, *nomen jùris*, aliás, dele nem constante, nada mais é do que o roubo qualificado pelo resultado morte, de modo que para o reconhecimento de sua ocorrência na forma tentada, apesar do quanto já fez assentar o Colendo Supremo Tribunal Federal (Súmula 610), é de mister que exista o evento letal sem afetação patrimonial. Não havendo esse mesmo resultado, inexistente a qualificadora, portanto.** E se consistir em lesão corporal grave, aplicável será a figura prevista no artigo 157, § 3º, primeira parte (roubo qualificado), com pena própria ali cominada, que também, por isso mesmo, afasta o latrocínio tentado. (...) A classificação adotada pela denúncia não deve, pois, prevalecer, uma vez que traduz clara ofensa ao sistema do Código Penal. **Equivalerá, tal pretensão, à existência, por exemplo, de tentativa de lesão corporal seguida de morte ou extorsão, com ou sem sequestro, atentado violento ao pudor e estupro, sem lesão grave ou resultado letal,** o que tampouco pode haver em nosso sistema penal e nenhum intérprete ou doutrinador admite em obediência à estrita legalidade dos crimes e penas. (...) As soluções, portanto, que se afiguram, *data venia*, corretas e legais são

Desistência voluntária e arrependimento eficaz

Estabelece o art. 15 do Código Penal: “*o agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução [desistência voluntária] ou impede que o resultado se produza [arrependimento eficaz], só responde pelos atos já praticados*”.

São espécies da assim chamada “**tentativa abandonada**” ou “**qualificada**”.

O agente está diante de um fato cujo resultado material é perfeitamente alcançável mas, até que ocorra a consumação, é possível que se retorna à posição de licitude, quer desistindo voluntariamente o agente de prosseguir com a execução, quer agindo voluntaria e positivamente para impedir o resultado.

A possibilidade de retornar à posição de licitude por ato voluntário antes da consumação é chamada por **Franz Von Liszt** de “*ponte de ouro*”.

Para além da questão da legalidade (que será vista a seguir), tais institutos são opções político-criminais que visam estimular o agente a não prosseguir voluntariamente na consecução do resultado, sendo esta a razão da impunibilidade do ato visado como fim da conduta (tentativa). Tal finalidade deve ser levada em consideração quando da aplicação dos institutos.

A diferença entre a desistência voluntária/arrependimento eficaz (art. 15 do CP – “tentativa abandonada”) e a tentativa simples (art. 14, II, do CP) é que, naquelas, o

as seguintes: 1) no roubo, tentado ou consumado, a tentativa também contra a integridade física da vítima, sem lesioná-la ou com leve ferimento, deve ser considerada preponderante circunstância agravante genérica; 2) ao roubo, tentado ou consumado, com resultante qualificadora lesão corporal de natureza grave, aplicam-se as penas cominadas na primeira parte do artigo 157, § 3º, do Código Penal; 3) do roubo consumado com resultado letal, tem-se o latrocínio com pena prevista na última figura do artigo 157, §3º; 4) **à tentada subtração patrimonial com resultante morte, única hipótese possível de tentativa latrocínio, ou seja, de roubo assim qualificado, aplicam-se as mesmas penas, porém com redução mínima de um terço** (artigo 14, inciso II), pois ao agente nenhuma possibilidade de oposição do sujeito passivo restará em face da subtração patrimonial objetivada, somente obstada por outra circunstância alheia à vontade do autor...” (**Apelação 0364442-87.2009.8.26.0000; 7ª Câmara de Direito Criminal; data do julgamento: 12.04.2012; relator: Fernando Miranda**).

agente desiste de prosseguir ou impede a consumação do resultado por ato voluntário enquanto que nesta são circunstancias alheias à vontade do agente que o impedem de alcançar a forma consumada do crime.

Desistência voluntária, arrependimento eficaz e tentativa simples são incompatíveis como crime culposo porque são institutos que pressupõem dolo ao menos inicial de resultado ilícito, o que não ocorre na ação culposa, cujo resultado (involuntário) ocorre por violação a um dever objetivo de cuidado.

Tentativa simples (art. 14, II, do CP)	Tentativa abandonada (art. 15, do CP)
O agente inicia a execução	O agente inicia a execução
O resultado não ocorre por circunstâncias <u>alheias</u> à vontade do agente	O resultado não ocorre por circunstâncias <u>inerentes</u> à vontade do agente

Natureza jurídica da desistência voluntária e do arrependimento eficaz

1ª Corrente (Miguel Reale Júnior): causa de exclusão de tipicidade (prevalece);

“Se típica é a tentativa, quando o resultado deixa de ocorrer por razão alheia à vontade do agente; atípica é a tentativa quando o evento deixa de se efetivar, não por causa alheia à vontade do agente, mas graças à sua própria vontade”.

Consequência: a desistência do autor beneficia o partícipe. Todavia, a desistência do partícipe, por ser acessória, não beneficia o autor.

2ª Corrente (Zaffaroni e Pierangeli): causa pessoal de extinção de punibilidade.

“Optamos pela causa pessoal de isenção de pena, porque entendemos que delito tentado encontra-se completo em todos os seus elementos, apesar da mediação da desistência voluntária”.

Consequência: a desistência do autor não beneficia o partícipe nem vice-versa.

Desistência voluntária

Na desistência voluntária, o agente, por manifestação exclusiva do seu querer, desiste de prosseguir na execução da conduta criminosa.

Trata-se de situação em que os atos executórios ainda não se esgotaram, entretanto, o agente, voluntariamente, abandona o seu dolo inicial.

Fórmula de Frank:

Desistência voluntária: o agente **pode** prosseguir na execução, mas **não quer**;

Tentativa: o agente **quer** prosseguir na execução, mas **não pode**;

Importante: contenta-se o legislador com a voluntariedade de desistência (não há necessidade de ser espontânea), ou seja, o instituto não sofre abalo quando a decisão do agente, livre de coação, sofre influência subjetiva externa.

Influência subjetiva externa: voluntária, mas não espontânea, é a desistência quando sugerida ao agente e ele assimila, subjetiva e prontamente, esta sugestão, esta influência externa de outra pessoa.

Exemplo: após a primeira facada insuficiente para matar, o agente cessa voluntariamente os golpes em razão dos apelos da vítima ou de terceiro (um familiar dela) alertando para as consequências do ato para a vítima ou para o próprio agente.

Entretanto, se o que determina a desistência é uma influência objetiva externa, ou seja, uma força objetiva que compele o agente a renunciar ao desiderato, trata-se de tentativa.

Exemplo: intervenção policial ou de vizinho, impedindo a continuidade de facadas.

Observação: acerca da influência externa de terceiros, às vezes a situação será limítrofe. Um bom critério é identificar em que medida a vítima estava a mercê do agente no momento da intervenção de terceiro e, obviamente, se a cessação dos golpes se deu por ato voluntário do agente (tendo a intervenção de terceiro se dado sob a ótica do convencimento) ou por intervenção física nessa cessação.

Todavia, ainda resta a situação de a intervenção objetiva do terceiro não ser suficiente para evitar os golpes e, conseqüentemente, a consumação, mas ser suficiente para deter o agente e criar condições suficientes para responsabilizá-lo em juízo.

Caso o agente, sabendo que é possível consumir o crime à custa de ser detido, preso e responsabilizado, decide não prosseguir e fugir, haverá desistência voluntária? (resposta tende a ser negativa – para concursos como Magistratura e Ministério Público certamente é negativa – mas a questão ainda permanece).

Interferência	Instituto	Exemplo
Externa objetiva (intervenção física de terceiro impedindo o prosseguimento de atos de execução ou – segundo perspectiva tradicional – ação concreta eficiente para criar condições de responsabilizar o agente)	Tentativa	Intervenção policial retirando a faca da mão do agente; alarme sonoro e aproximação de pessoas;
Externa subjetiva	Desistência voluntária	Pedido da vítima ou de terceiro

Elementos da desistência voluntária:

a) início da execução;

b) não-consumação por circunstâncias inerentes à vontade do agente (abandono do dolo de consumação de maneira voluntária).

Consequência: punição do agente pelos atos já praticados, se típicos.

Exemplo 1: agente que viola domicílio para tentar subtrair bem móvel mas desiste. Responde por violação de domicílio porque este ato já praticado está tipificado.

Exemplo 2: agente que inicia golpes com faca para tentar matar alguém mas desiste. Responde pelas lesões causadas (leves, graves, gravíssimas) porque este resultado já produzido (e a conduta causadora) está(ão) tipificado(s).

Em resumo:

	Tentativa simples (art. 14, I, do CP)	Desistência voluntária (art. 15, 1ª parte, do CP)
Elementos	- Início da execução; - Não consumação por circunstâncias alheias à vontade do agente; - Resultado possível	- Início da execução; - Não consumação por circunstâncias inerentes à vontade do agente; - Resultado possível
Dolo	Dolo de consumação	Dolo abandonado
Fórmula de Frank	O agente quer prosseguir, mas não pode	O agente pode prosseguir, mas não quer
Consequências	Diminuição de pena de 1/3 a 2/3 (regra), conforme o avanço do <i>iter criminis</i>	O agente responde pelos atos já praticados (se típicos)

Arrependimento eficaz

Trata-se da segunda hipótese de “tentativa abandonada”, previsto na segunda parte do art. 15 do Código Penal (*o agente que, voluntariamente, [...] impede que o resultado se produza*).

Também é chamado de “arrependimento ativo” ou “resipiscência”.

Ocorre quando os atos executórios já foram todos praticado, porém o agente, decidindo recuar na atividade delituosa, desenvolve nova conduta com o objetivo de impedir a produção do resultado (consumação).

Conclusão:

a) pressupõe o esgotamento dos atos executórios;

b) só tem cabimento nos crimes materiais (tipo penal exige, para sua consumação, a ocorrência do resultado naturalístico).

Isso porque o arrependimento eficaz pressupõe o esgotamento dos atos executórios para daí então haver a interferência da vontade do sujeito ativo, que impede que o resultado naturalístico se consume (mediante a prática de novos atos de evitação).

Da mesma forma que a desistência voluntária, no arrependimento eficaz (ativo) basta a voluntariedade.

O arrependimento deve ser eficaz, ou seja, a atuação do agente deve ser apta e eficiente para evitar a produção do resultado.

Portanto, os requisitos são: voluntariedade e eficácia do arrependimento.

Observação: se o arrependimento for ineficaz (o agente se esforça mas não consegue evitar a ocorrência do resultado), será o agente punido pelo crime inicialmente querido (e realizado) com a atenuante do art. 65, III, “b”, 1ª parte, do CP³¹.

Consequência (mesma da desistência voluntária): punição do agente pelos atos já praticados, se típicos.

Exemplo: após briga no ambiente doméstico, um dos consortes disfire duas facadas no outro com a intenção de matar. Após o esgotamento dos atos segundo o *iter* idealizado, o agente arrepende-se e leva a vítima até o hospital, onde é atendida e salva. Responde assim pelas lesões causadas. Caso a vítima não seja salva, o agente responde por homicídio doloso com a atenuante descrita.

Detalhe: o exemplo é o mesmo ainda que o agente não leve pessoalmente a vítima para o hospital, mas chame a ambulância ou abra porta de casa para que a

³¹ Art. 65, III, “b”, do CP: “são circunstâncias que sempre atenuam a pena: III - ter o agente: b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano”.

própria vítima busque auxílio ou para facilitar a intervenção de vizinhos. O importante é a demonstração de um esforço eficiente à evitação do resultado.

Desistência voluntária	Arrependimento eficaz
Art. 15, 1ª parte, CP	Art. 15, 2ª parte, CP
Espécie de tentativa abandonada	Espécie de tentativa abandonada
Exige voluntariedade	Exige voluntariedade e eficácia
Ocorre durante a execução	Ocorre após a execução
O agente abandona o seu dolo antes de esgotar os atos executórios	O agente esgota os atos executórios, mas consegue impedir o resultado
O crime não se consuma por circunstâncias inerentes à vontade do agente	O crime não se consuma por circunstâncias inerentes à vontade do agente
Pune-se pelos atos já praticados	Pune-se pelos atos já praticados

Arrependimento posterior

Estabelece o art. 16 do Código Penal: *“nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços”*.

Chamado de “ponte de prata” por **Franz Von Liszt**, trata-se de opção político-criminal que visa estimular a reparação do dano à vítima. Todavia, uma vez que o resultado foi concretizado (ao contrário do que ocorre no arrependimento eficaz e desistência voluntária), optou o legislador da Reforma da Parte Geral de 1984 por não extinguir a punibilidade, mas reduzir a pena.

Requisitos:

a) Crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa;

A violência à coisa não obsta o reconhecimento do instituto.

Majoritariamente, entende-se que os crimes culposos, mesmo que violentos, admitem o reconhecimento da causa de diminuição. Exemplo: lesões corporais decorrentes de culpa, em que não há violência na conduta, mas no resultado.

Prevalece na doutrina que a violência imprópria não impede o reconhecimento da causa de diminuição.

Violência imprópria: emprego de meio que reduz a possibilidade de resistência da vítima que não seja violência ou grave ameaça (consta da parte final do art. 157, *caput*, do CP: “*subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência*”).

Razão: princípio da legalidade e interpretação lógico-sistemática. A lei não fez ressalva expressa quanto à violência imprópria no art. 16, apenas menciona a violência própria (violência física ou grave ameaça).

O Código Penal é expresso quando objetiva incluir a violência imprópria (vide art. 157, art. 146³² do CP) ao lado da violência própria, o que não foi feito nesse dispositivo.

Exemplo: o agente coloca substância química na bebida da vítima, que desmaia, e o agente subtrai pertence da vítima. Trata-se de roubo simples (art. 157, *caput*, do CP – subtração praticada com violência imprópria).

Uma vez reparado voluntariamente o dano antes do recebimento da denúncia, aplica-se a causa de diminuição.

Caso isso seja feito em casos de violência própria, aplica-se a atenuante prevista no art. 65, III, “b”, 1ª parte, do CP (lembrando que a atenuante se aplica mesmo para reparações ocorridas após o recebimento da denúncia e antes do julgamento).

b) Reparação do dano ou restituição da coisa;

³² **Constrangimento ilegal**

Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:

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

Predomina que a reparação do dano ou restituição da coisa precisa ser integral, sendo admitida a parcial para esse fim somente com a concordância da vítima.

c) Até o recebimento da denúncia ou queixa;

d) Ato voluntário do agente;

Não é requisito a reparação “espontânea”.

Critério da redução: maior ou menor presteza (celeridade ou voluntariedade) na reparação ou restituição.

Situações especiais

Em regra, presentes os requisitos do arrependimento posterior, a pena deve ser reduzida de 1/3 a 2/3.

Mas há situações específicas (mais benéficas) que afastam a incidência do art. 16 do CP.

a) Peculato culposo: reparação do dano ou restituição da coisa, se é anterior à sentença irrecorrível, é **causa especial de extinção de punibilidade**. Se é posterior, é causa de **redução de metade** da pena (art. 312, § 3º, do CP³³);

³³ **Peculato**

Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:

Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa.

§ 1º - Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário.

Peculato culposo

§ 2º - Se o funcionário concorre culposamente para o crime de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

§ 3º - No caso do parágrafo anterior, a reparação do dano, se precede à sentença irrecorrível, extingue a punibilidade; se lhe é posterior, reduz de metade a pena imposta.

b) Estelionato mediante emissão de cheque sem fundos (art. 171, § 2º, VI, do CP³⁴): Súmula 554 do STF – “*O pagamento de cheque emitido sem provisão de fundos, após o recebimento da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal*”. Ou seja, o pagamento anterior ao recebimento da denúncia extingue a punibilidade (importante: apenas para a situação do inciso VI). Trata-se de **causa supralegal de extinção da punibilidade**;

c) Crime contra a ordem tributária: o pagamento integral do débito tributário, nos termos do art. 69³⁵ da Lei 11.941/2009 (aplicável tanto aos artigos 1º e 2º da Lei 8.137/1990 quanto aos artigos 168-A³⁶ e 337-A³⁷ do CP) **extingue a**

³⁴ Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis.

§ 1º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor o prejuízo, o juiz pode aplicar a pena conforme o disposto no art. 155, § 2º.

§ 2º - Nas mesmas penas incorre quem:

(...)

Fraude no pagamento por meio de cheque

VI - emite cheque, sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado, ou lhe frustra o pagamento.

§ 3º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência.

³⁵ Art. 68. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, limitada a suspensão aos débitos que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento, enquanto não forem rescindidos os parcelamentos de que tratam os arts. 1º a 3º desta Lei, observado o disposto no art. 69 desta Lei.

Parágrafo único. A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

Art. 69. Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no art. 68 quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórias, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento.

Parágrafo único. Na hipótese de pagamento efetuado pela pessoa física prevista no § 15 do art. 1º desta Lei, a extinção da punibilidade ocorrerá com o pagamento integral dos valores correspondentes à ação penal.

³⁶ **Apropriação indébita previdenciária** (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem deixar de: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

I – recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público; (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

II – recolher contribuições devidas à previdência social que tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços; (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

III - pagar benefício devido a segurado, quando as respectivas cotas ou valores já tiverem sido reembolsados à empresa pela previdência social. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

§ 2º É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

§ 3º É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

I – tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórios; ou (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

II – o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

³⁷ **Sonegação de contribuição previdenciária** (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

Art. 337-A. Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

I – omitir de folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços; (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

II – deixar de lançar mensalmente nos títulos próprios da contabilidade da empresa as quantias descontadas dos segurados ou as devidas pelo empregador ou pelo tomador de serviços; (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

III – omitir, total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

§ 1º É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara e confessa as contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

§ 2º É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

I – (VETADO) (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

II – o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

punibilidade do crime. Nesse sentido, a norma do art. 168-A, § 2º, do Código Penal tem caráter subsidiário;

Importante: aplicando analogicamente a regra estabelecida acerca da reparação do dano nos crimes tributários, o STJ considerou **extinta a punibilidade** em relação ao autor de furto de energia elétrica que, ainda no decorrer do inquérito policial, ressarciu à distribuidora o valor referente à energia subtraída³⁸.

d) Crimes de menor potencial ofensivo: a composição civil dos danos (art. 74 da Lei 9.099/95³⁹) acarretará a **extinção da punibilidade**;

A reparação do dano no arrependimento posterior se comunica ao corréu?

§ 3º Se o empregador não é pessoa jurídica e sua folha de pagamento mensal não ultrapassa R\$ 1.510,00 (um mil, quinhentos e dez reais), o juiz poderá reduzir a pena de um terço até a metade ou aplicar apenas a de multa. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

§ 4º O valor a que se refere o parágrafo anterior será reajustado nas mesmas datas e nos mesmos índices do reajuste dos benefícios da previdência social. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

³⁸ FURTO DE ENERGIA ELÉTRICA (ARTIGO 155, § 3º, DO CÓDIGO PENAL). ACORDO CELEBRADO COM A CONCESSIONÁRIA. PARCELAMENTO DO VALOR CORRESPONDENTE À ENERGIA SUBTRAÍDA. ADIMPLEMENTO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO ANALÓGICA DAS LEIS 9.249/1995 E 10.684/2003. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. OCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Embora o valor estipulado como contraprestação de serviços públicos essenciais - como a energia elétrica e a água - não seja tributo, possui ele a natureza jurídica de preço público, já que cobrado por concessionárias de serviços públicos, que se assemelham aos próprios entes públicos concedentes.

2. Se o pagamento do tributo antes do oferecimento da denúncia enseja a extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária, o mesmo entendimento deve ser adotado quando há o pagamento do preço público referente à energia elétrica ou a águas subtraídas, sob pena de violação ao princípio da isonomia.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar o trancamento da Ação Penal n. 201221290048.

(HC 252.802/SE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 03/10/2013, DJe 17/10/2013)

³⁹ Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.

A reparação do dano é circunstância objetiva que se estende aos corréus da prática delitiva (art. 30 do CP⁴⁰).

Desse modo, o arrependimento posterior de um deles gera a causa de redução de pena para os demais⁴¹.

Esse tem sido o entendimento do STJ⁴².

Há corrente em sentido contrário, para a qual aplica-se o instituto em razão da reparação voluntária, que demanda ato pessoal do agente, o que inviabilizaria a comunicabilidade.

⁴⁰ **Circunstâncias incommunicáveis**

Art. 30 - Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.

⁴¹ **Exposição de motivos do Código Penal:** 15. O Projeto mantém obrigatoriedade de redução de pena, na tentativa (artigo 14, parágrafo único), e cria a figura do arrependimento posterior à consumação do crime como causa igualmente obrigatória de redução de pena. Essa inovação constitui providência de Política Criminal e é instituída menos em favor do agente do crime do que da vítima. Objetiva-se, com ela, instituir um estímulo à reparação do dano, nos crimes cometidos "sem violência ou grave ameaça à pessoa".

⁴² RECURSO ESPECIAL. PENAL. ARREPENDIMENTO POSTERIOR. ART. 16 DO CP.

REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO. CIRCUNSTÂNCIA OBJETIVA. COMUNICABILIDADE AOS DEMAIS AUTORES. PENA-BASE. PERSONALIDADE. VALORAÇÃO NEGATIVA.

PROCESSOS CRIMINAIS EM CURSO. ILEGALIDADE FLAGRANTE. SÚMULA 444/STJ.

1. Pela aplicação do art. 30 do Código Penal, uma vez reparado o dano integralmente por um dos autores do delito, a causa de diminuição prevista no art. 16 do mesmo Estatuto estende-se aos demais coautores, por constituir circunstância de natureza objetiva, cabendo ao julgador avaliar a fração de redução que deve ser aplicada, dentro dos parâmetros mínimo e máximo previstos no dispositivo, conforme a atuação de cada agente em relação à reparação efetivada.

2. É vedado considerar negativa a personalidade em razão da existência de processos criminais em curso (Súmula 444/STJ), razão pela qual houve ilegalidade flagrante na dosimetria da pena.

3. Recurso especial conhecido e improvido. Habeas corpus concedido de ofício, para afastar a valoração negativa da personalidade, ficando a reprimenda do recorrido redimensionada para 2 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão e 22 dias-multa, mantidos o regime aberto e a substituição efetivada pelas instâncias ordinárias.

(REsp 1187976/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 07/11/2013, DJe 26/11/2013)

No mesmo sentido, STJ, 5ª Turma, REsp 264.283, Rel. Min Felix Fischer, DJ 19.03.2001.

Luiz Régis Prado:

“A reparação do dano ou a restituição da coisa, efetuadas, devem ser pessoais. Cuida-se de causa de diminuição de pena que influi na medida da culpabilidade, determinando sua redução, baseando-se também em considerações de política criminal (exigências de prevenção especial, favorecimento da justiça e proteção à vítima do delito). De conseguinte, não se estende o arrependimento posterior ao co-autor ou partícipe que não tenha, voluntariamente, realizado o ressarcimento exigido para a diminuição da pena imposta”.

Partindo-se da premissa da comunicabilidade do arrependimento posterior aos concorrentes (autores e partícipes), necessário considerar a situação de cooperação dolosamente distinta (art. 29, § 2º, do CP⁴³), em que um dos agentes, à revelia dos demais, pratica crime diverso do combinado originalmente e mais grave (por exemplo, com violência ou grave ameaça).

Nesse caso, reparado o dano antes do recebimento da denúncia, o arrependimento posterior não se comunica ao agente que praticou o crime com violência ou grave a ameaça (em desvio subjetivo da conduta).

Exemplo: A e B combinam de furtar uma casa. Enquanto A permanece do lado de fora vigiando para alertar a chegada de qualquer pessoa, B entra na residência para a subtração. Ao se deparar com uma pessoa que não esperava encontrar na residência, B acaba por ameaçar e a partir disso subtrair. A reparação do dano não se comunicará a B, pois agiu mediante “ameaça”, destoando do propósito original do acordo (conluio).

A recusa da vítima em aceitar o valor de reparação ofertado pelo autor impede a aplicação do instituto?

⁴³ Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Uma vez que a aceitação pela vítima não é requisito legal (embora o instituto tenha sido criado para prestigiar interesse da vítima, que não pode abusar no seu exercício), o preenchimento dos requisitos legais (integralidade da reparação e voluntariedade) geram direito subjetivo à redução.

A solução, então, seria a restituição do bem à autoridade policial ou seu depósito em juízo.

Quadro comparativo:

	Desistência voluntária	Arrependimento Eficaz	Arrependimento posterior
Previsão legal	Art. 15,1ª parte, CP (tentativa qualificada)	Art. 15,1ª parte, CP (tentativa qualificada)	Art. 16, CP
Natureza jurídica	Causa de extinção de punibilidade (há divergência – tradicionalmente se reconhece como causa de exclusão de tipicidade)	Causa de extinção de punibilidade (há divergência – tradicionalmente se reconhece como causa de exclusão de tipicidade)	Causa geral de diminuição de pena
Momento em que ocorre	O agente abandona o intento <u>antes de esgotar os atos executórios</u>	O agente abandona o intento <u>depois de esgotar os atos executórios</u>	Ocorre depois da consumação
Quanto à consumação	Não se consuma por <u>circunstâncias inerentes à vontade do agente</u>	Não se consuma por <u>circunstâncias inerentes à vontade do agente</u>	Há consumação do crime
Consequência	O agente responde pelos atos até então praticados	O agente responde pelos atos até então praticados	Há redução da pena de 1/3 a 2/3

Crime impossível

Estabelece o art. 17 do Código Penal: “*não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime*”.

Também chamado “quase-crime”⁴⁴, “crime oco” ou tentativa inidônea.

⁴⁴ Expressão empregada antes da reforma de 1984.

Nessa situação, o comportamento do agente é inapto à consumação do crime, quer em razão dos meios empregados, quer em razão por falta do objeto material.

Teorias acerca do tratamento do crime impossível:

a) Teoria sintomática: com sua conduta, demonstra o agente ser “perigoso”, razão pela qual deve ser punido, ainda que o crime se mostre impossível de ser consumado. Por ter como fundamento a “periculosidade” do agente (ideia bastante criticável, inclusive sob um ponto de vista clínico), esta teoria se relaciona diretamente com o direito penal do autor;

b) Teoria subjetiva: sendo a conduta subjetivamente perfeita (vontade consciente de praticar o delito), deve o agente sofrer a mesma pena cominada à tentativa, sendo indiferente os dados (objetivos) relativos à impropriedade do objeto ou à ineficácia do meio ainda quando absolutas;

c) Teoria objetiva: crime é conduta e resultado. Este configura dano ou perigo de dano ao bem jurídico. A execução deve ser idônea, ou seja, trazer a potencialidade do evento (lesão ou perigo de lesão). Caso inidônea, configura-se o crime impossível.

A teoria objetiva é a mais adequada ao Direito Penal de um Estado Democrático de Direito, dentre outras razões, porque, partindo-se da premissa de que a criminalização de condutas requer o resultado jurídico, ou seja, a causação de lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico, a tipicidade material (aqui se analisa o “crime impossível”) é elemento a ser analisado **anteriormente** à tipicidade subjetiva (que leva em consideração circunstâncias relativas ao sujeito, como seu dolo).

A teoria objetiva subdivide-se em:

c.1) Teoria objetiva pura: não há tentativa, mesmo que a inidoneidade seja relativa, considerando-se, neste caso, que não houve conduta capaz de causar lesão. Como o Direito Penal tem por fundamento a tutela de bens jurídicos, a inidoneidade do meio ou do objeto, absoluta ou relativa, impedem a configuração da tentativa;

Nelson Hungria comungava dessa corrente:

“Não se pode distinguir entre inidoneidade absoluta ou relativa: em ambos os casos, não há bem jurídico em perigo e, portanto, não existe fato punível”.

c.2) Teoria objetiva temporada ou intermediária: a ineficácia do meio e a impropriedade do objeto devem ser absolutas para que não haja punição. Sendo relativas, pune-se (a título de tentativa). De acordo com a redação do art. 17 do CP, esta é a solução adotada pelo Código Penal.

	Teoria objetiva pura	Teoria objetiva temperada (art. 17 do CP)
Ineficácia ou impropriedade absoluta	Não se pune	Não se pune
Ineficácia ou impropriedade relativa	Não se pune	Pune-se (tentativa)

Elementos do crime impossível:

- a)** Início da execução;
- b)** Não consumação por circunstâncias alheias à vontade do agente;
- c)** Dolo de consumação;
- d)** Resultado absolutamente impossível de ser alcançado.

Os três primeiros elementos estão presentes na tentativa simples (art. 14, II, do CP). O último (“**d**”) é justamente o que faz da tentativa ser inidônea.

Tentativa idônea	Tentativa inidônea
Início da execução	Início da execução
Não consumação por circunstâncias alheias à vontade do agente	Não consumação por circunstâncias alheias à vontade do agente
Dolo de consumação	Dolo de consumação
Resultado <u>possível (ainda que relativamente)</u> de ser alcançado	Resultado <u>absolutamente impossível</u> de ser alcançado

Há um equívoco do legislador na redação do art. 17 do CP: “*não se pune a tentativa...*”. Não se trata de causa de **exclusão da punibilidade** mas de ausência de configuração de crime (há **atípica**, por ausência de tipicidade objetiva).

Diz **Miguel Reale Jr.:**

“Enquanto no crime tentado a consumação deixa de ocorrer pela interferência de causa alheia à vontade do agente, no crime impossível a consumação jamais ocorrerá, e, assim sendo, a ação não se configura como tentativa de crime, que se pretendia cometer, por ausência de tipicidade”.

Duas são as formas de crime impossível:

a) Crime impossível por ineficácia absoluta do meio:

A inidoneidade absoluta do meio se verifica quando falta potencialidade causal, pois os instrumentos ou o modo postos a serviço da conduta são ineficazes, em hipótese alguma, para a produção do resultado

Exemplo: Agente quer matar seu desafeto e, para tanto, se vale de uma arma de brinquedo.

b) Crime impossível por ineficácia absoluta do objeto:

A pessoa ou coisa que representa o ponto de incidência da ação delituosa (objeto material) não serve à consumação do delito. A inidoneidade do objeto se verifica em razão das circunstâncias em que se encontra (objeto impróprio) quanto em razão da sua existência (objeto inexistente).

Exemplos: agente que tenta realizar aborto em mulher que não está grávida. Agente que dispara contra pessoa morta.

Importante: **Súmula 145 do STF:** “*não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação*”.

O agente é arditosamente induzido à prática do delito, tornando impossível, pela adoção de providências prévias, a consumação.

Difere do flagrante esperado, em que, diante de uma conduta espontânea, a autoridade policial aguarda o momento mais oportuno para efetuar a prisão.

Importante: **Súmula 567 do STJ**: *“sistema de vigilância realizado por monitoramento eletrônico ou por existência de segurança no interior do estabelecimento comercial, por si só, não torna impossível a configuração do crime de furto”*.

E se desde o início o crime não poderia ter se consumado mediante o meio de execução escolhido já que o sistema de monitoramento foi conjugado com um robusto sistema de acompanhamento, cerco, controle e abordagem do agente?