



*Iter criminis*

---

**Prof<sup>a</sup>. Fernanda Rocha Martins**  
**@fequintao**



## *Iter criminis*

### 1. Conceito:

- É o itinerário, o caminho percorrido pelo crime, desde o momento da concepção até o momento em que ocorre a consumação.
- Compõe-se de uma fase interna (cogitação) e uma fase externa (é a exteriorização), conforme a seguir:
  - a) Fase interna: acontece na mente do agente. É a cogitação. Divide-se em:
    - Idealização: o agente tem a ideia de praticar o crime.
    - Deliberação: o agente pondera se cometerá o crime ou não.
    - Resolução: o agente decide praticar a infração.

**Obs.** Essa fase não é punida. Welzel: “a vontade má como tal não se pune, só se pune a vontade má realizada”.



## *Iter criminis*

b) Fase externa: o agente passa à ação objetiva. Divide-se em:

- Preparação: o agente começa a criar condições para realizar o crime (ex. arma-se dos instrumentos necessários à prática da infração penal, procura o local mais adequado, etc.), porém ainda não pratica os atos executórios. Em regra, não é punida. Excepcionalmente, os atos preparatórios podem ser punidos quando tipificados como crime autônomo. Trata-se de técnica legislativa ante a relevância de certos bens jurídicos. Ex. art. 288, CP - “Associação criminosa”. E art. 291, CP: “Petrechos para falsificação de moeda”.
- Execução: os atos executórios são aqueles idôneos a atingir o resultado, aqueles que se dirigem diretamente à prática do crime, isto é, à realização concreta dos elementos constitutivos do tipo penal.
- Consumação: preenchimento de todos os elementos trazidos no tipo penal (art. 14, I do CP).



## *Iter criminis*

**Obs.** Exaurimento: é a produção de outros resultados lesivos, após a consumação. **Não** faz parte do *iter criminis*, mas influencia na aplicação da pena. Ex. recebimento do resgate na extorsão mediante sequestro (art. 159 do CP).

### **2. Passagem dos atos preparatórios para os atos executórios:**

- Tema controverso;
- A doutrina buscou, então, meios para diferenciar os atos preparatórios, em regra atípicos, de atos executórios (penalmente típicos). Surgiram as seguintes teorias:
  - a) Teoria subjetiva: Não faz distinção entre ato preparatório e ato executório. Somente se importa com a vontade criminosa do autor. Tanto a fase de preparação quanto a fase de execução importam na punição do agente.



## *Iter criminis*

b) Teoria objetiva: Os atos executórios dependem do início da realização do tipo penal. É necessária a exteriorização de atos idôneos à produção de determinado resultado lesivo. Subdivide-se em:

- Teoria objetivo-formal ou lógico-formal (preferida pela doutrina brasileira): Ato executório suficiente e idôneo para atingir o resultado é aquele que se inicia com a realização do verbo nuclear contido na figura criminosa.
- Teoria objetivo-material: Ato executório é aquele suficiente e idôneo para atingir o resultado e, também, os imediatamente anteriores ao início da conduta típica, conforme critério de terceiro observador, ou seja, pessoa alheia aos fatos (análise externa).
- Teoria objetivo-individual (preferida pela jurisprudência): Ato executório é aquele suficiente e idôneo para atingir o resultado, englobando, também, os imediatamente anteriores ao início da realização do verbo núcleo do tipo, mas conforme o plano concreto do autor (análise do dolo).



## *Iter criminis*

Preocupa-se com a prova do plano concreto do autor, independentemente de análise externa.

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TENTATIVA DE ROUBO MAJORADO. ATOS EXECUTÓRIOS PERIFÉRICOS QUE COLOCARAM EM PERIGO O BEM JURÍDICO TUTELADO. TEORIA OBJETIVA-INDIVIDUAL. PRÉVIO ACERTO E DIVISÃO DE TAREFAS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Pela teoria objetiva-individual, associada a outros parâmetros materiais e subjetivos, é possível examinar se foram exteriorizadas condutas periféricas ao núcleo do tipo penal, mas que evidenciem perigo real ao bem jurídico tutelado.

2. A decisão agravada, lastreada nos fatos descritos no acórdão impugnado, consignou que os atos praticados pelo agravante e seus dois comparsas ultrapassaram a cogitação ou preparação, pois expuseram



## *Iter criminis*

a perigo o bem jurídico tutelado.

3. Houve o prévio acerto e a divisão de tarefas, inclusive, dois deles (um armado) já estavam no interior do veículo (conduzido pela vítima) a caminho do ponto combinado (onde o terceiro aguardava) para o anúncio do roubo, o que apenas não ocorreu pela intervenção policial.

4. Agravo regimental não provido (STJ - 6ª Tuma - AgRg no AREsp 1278535/MS - Ministro Rogério Schietti Cruz, j. 05.05.2020).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ATOS EXECUTÓRIOS PERIFÉRICOS. EFETIVO RISCO AO BEM JURIDICAMENTE TUTELADO. TENTATIVA CARACTERIZADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.



## *Iter criminis*

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.
2. Ao que se tem dos autos, a paciente e o corréu ajustaram a prática de atos libidinosos contra uma menor de cinco anos de idade - filha da paciente. Os atos seriam cometidos em data previamente ajustada entre os denunciados, mas não ocorreram em razão da prisão preventiva da paciente no dia anterior ao acertado entre os acusados.
3. Tendo em vista a fragmentariedade e a subsidiariedade do Direito Penal, necessário estabelecer parâmetros para determinar quais condutas colocam em risco a integridade do bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora. Normalmente, a cogitação, que é uma fase que se situa no âmbito interno do



## *Iter criminis*

agente, não é punível. Já os atos preparatórios, ainda que sejam parte da organização dos planos do autor, já são externos e podem, inclusive, ser objeto de imputação autônoma.

4. Neste caso, constata-se a prática de atos executórios periféricos que antecederam a própria satisfação da lascívia dos acusados, de maneira que tais ações mostram-se idôneas para caracterizar a conduta típica e a probabilidade concreta de ofensa ao bem jurídico tutelado.

5. Habeas corpus não conhecido (STJ - 5ª Turma – HC 695860/SC - rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, j. 13.12.2021).

- Teoria da hostilidade do bem jurídico: Atos executórios são aqueles que atacam o bem jurídico, criando-lhes uma situação concreta de perigo; atos preparatórios são aqueles que não caracterizam afronta ao bem jurídico, que permanece inalterado, em estado de paz.



## *Iter criminis*

### 3. Consumação:

Art. 14 - Diz-se o crime:

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

- Consuma-se o crime, portanto, quando o tipo está inteiramente realizado, ou seja, quando o fato concreto se subsume no tipo abstrato da lei penal. Deve-se observar, entretanto, se o crime é:

- a) **Material:** nos crimes materiais, a consumação se dá com o advento do resultado naturalístico previsto no tipo. Ex.: homicídio (art. 121 do CP). Consuma-se com a morte da vítima; se a vítima não morrer, o crime considera-se tentado.
- b) **Formal:** nos crimes formais ou de consumação antecipada ou de resultado cortado, a consumação ocorre com a conduta, independentemente da produção de resultado naturalístico.



## *Iter criminis*

O tipo penal faz referência ao resultado naturalístico, que, no entanto, é dispensável para que o crime esteja consumado.

Súmula 500 do STJ: a configuração do crime do art. 244-B do ECA independe da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de delito formal;

Súmula 96 do STJ: o crime de extorsão consuma-se independentemente da obtenção da vantagem indevida.

c) De mera conduta: nos crimes de mera conduta ou de simples atividade, a consumação se aperfeiçoa com a conduta, não comportando resultado naturalístico. O tipo penal sequer faz referência a resultado naturalístico. Ex.: porte ilegal de arma de fogo.

d) Permanentes: nos crimes permanentes, a consumação se protraí no tempo. Ex. sequestro.



## *Iter criminis*

e) Habituais: nos crimes habituais, a consumação somente existirá quando houver a reiteração de atos, com habitualidade, já que cada um deles, isoladamente, constitui um indiferente penal. Ex. casa de prostituição.

**Obs.** Determinar o momento consumativo do crime é operação de extrema importância, pois reflete no termo inicial da prescrição (art. 111, inciso I do CP) e na competência territorial (art. 70, *caput* do CP).

### **4. Tentativa:**

Art. 14 - Diz-se o crime:

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



## *Iter criminis*

Parágrafo único - Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços.

- A tentativa é a realização incompleta do tipo penal, do modelo descrito na lei. Na tentativa há prática de ato de execução, mas o sujeito não chega à consumação por circunstâncias alheias a sua vontade.
- Diferença entre o crime consumado e o tentado:
  - a) O crime consumado é subjetivamente e objetivamente completo (agente teve a intenção de praticar a infração e efetivamente realizou o que pretendia).
  - b) O crime tentado é subjetivamente completo e objetivamente incompleto (agente teve a intenção de praticar a infração, mas, por circunstâncias alheias à sua vontade, não conseguiu realizar o que pretendia).



## *Iter criminis*

- Assim, a tentativa constitui uma violação incompleta da norma penal incriminadora, cuja adequação típica se perfaz através da **norma de extensão temporal** do art. 14, II, CP. Logo, a adequação típica, no caso da tentativa, se dá por subordinação indireta/mediata.
- A tentativa também é denominada de tipo manco ou incompleto, pois o aspecto objetivo é menor do que o subjetivo. Por isso, o crime tentado é punido com a pena correspondente à do crime consumado, diminuída de 1/3 a 2/3.

### **4.1. Teorias que fundamentam a punição da tentativa:**

a) teoria objetiva (realística ou dualista): é a adotada pelo Código Penal. Há análise do fato sob o aspecto objetivo, ou seja, leva-se em consideração o perigo proporcionado ao bem jurídico, considerando-se tanto o desvalor da ação quanto o desvalor do resultado. Na hipótese de tentativa, a redução da pena é obrigatória,



## *Iter criminis*

pois o bem jurídico não é vulnerado da mesma forma que na figura consumada.

O critério para diminuição da reprimenda é a distância percorrida do iter criminis – tanto maior será a diminuição quanto mais distante ficar o agente da consumação, bem como tanto menor será a diminuição quanto mais se aproximar o agente da consumação do delito. Não se leva em conta qualquer circunstância – objetiva ou subjetiva -, tais como crueldade no cometimento do delito ou maus antecedentes do agente.

b) Teoria subjetiva (voluntarística ou monista): para a punição da tentativa leva-se em conta a vontade criminosa. Considera-se, apenas, o desvalor da ação. Tanto no crime consumado quanto no crime tentado, houve a mesma intenção do agente na produção do resultado ilícito, e, portanto, ambas as formas são punidas com a mesma pena, sem qualquer redução.



## *Iter criminis*

**Obs.** Essa teoria é excepcionalmente aceita pelo CP, que estabelece no parágrafo único do artigo 14 a expressão “salvo disposição em contrário”. São os casos, restritos, dos chamados crimes de atentado ou empreendimento, nos quais os crimes consumados recebem a mesma pena do que os crimes tentados. Exemplo: “Evadir-se ou tentar evadir-se o preso ou o indivíduo submetido à medida de segurança detentiva, usando de violência contra a pessoa” (art. 352, CP).

c) Teoria subjetivo-objetiva (teoria da impressão): leva em consideração a vontade criminosa, associada ao risco ao bem jurídico protegido, ou seja, o abalo que a sua manifestação pode causar na sociedade. A redução de pena é faculdade do juiz.

Busca limitar o alcance da teoria subjetiva, evitando o alcance desordenado dos atos preparatórios porque torna possível a punição da tentativa apenas a partir do momento em que a conduta do agente seja capaz de



## *Iter criminis*

abalar a confiança na vigência do ordenamento jurídico e o sentimento de segurança jurídica dos que tenham conhecimento do delito.

Conforme Roxin, “a tentativa é punível, quando e na medida em que é apropriada para produzir na generalidade das pessoas uma impressão juridicamente 'abaladora'; ela põe, então, em perigo a paz jurídica e necessita, por isso, de uma sanção correspondente a esta medida”.

d) Teoria sintomática: para a punição da tentativa, leva-se em conta a periculosidade subjetiva do agente. Permite a punição de atos preparatórios, sem necessidade de redução da pena.

### **4.2. Elementos da tentativa:**

1. Início da execução (realização de parte do tipo objetivo);



## *Iter criminis*

1. Ausência de consumação por circunstâncias alheias à vontade do agente;
2. Dolo de consumação (dolo da tentativa é idêntico ao dolo do crime consumado, ou seja, há dolo em relação a realização total do crime, realizando-se, assim todo o tipo subjetivo);
3. Resultado possível.

### **4.3. Admissibilidade da tentativa:**

- A admissibilidade da tentativa está atrelada ao caráter plurrisubsistente do delito. Isto é, a possibilidade de fracionamento da conduta.
- Em geral, os crimes são compatíveis com o *conatus*. Todavia, algumas espécies de crime não admitem a tentativa. Confira-se:



## *Iter criminis*

- a) Delitos culposos: o agente não possui o dolo de consumação, sendo o resultado naturalístico involuntário, contrário à intenção do agente. Desse modo, são incompatíveis com a tentativa. Exceção: culpa imprópria (art. 20, §1º, parte final do Código Penal), que ocorre nas discriminantes putativas por erro de tipo evitável.
- b) Crimes preterdolosos: não admitem a tentativa, porquanto o resultado agravador é culposos, não querido pelo agente. O dolo está apenas na conduta antecedente. **Obs.** Será admitida a tentativa quando frustrada a conduta antecedente (dolosa), verificando-se somente o resultado qualificador (culposos). Exemplo: o médico não consegue interromper a gravidez da paciente, porém a gestante, em razão das manobras abortivas, morre. Nesse caso, prevalece o entendimento de que o médico responderá por tentativa de aborto qualificado pela morte culposa.



## *Iter criminis*

- c) Crimes unissubsistentes: cometidos mediante ato único, não sendo fracionável o iter criminis (ex.: injúria verbal).
  
- d) Crimes omissivos próprios ou puros: pune-se um “não fazer”, que não admite fracionamento. Enquadram-se no bloco de crimes unissubsistentes. **Obs.** é admitida a tentativa nos crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão (art. 13, §2º, do CP).
  
- e) Crimes de perigo abstrato: não admitem, pois também se enquadram no bloco de crimes unissubsistentes.
  
- f) Delitos habituais próprios: são crimes que apenas se configuram quando a conduta é reiterada, com



## *Iter criminis*

habitualidade (ex. curandeirismo - art. 284 do CP). Atos isolados não são relevantes do ponto de vista penal.

g) Contravenções penais: a tentativa é vedada no art. 4º da Lei das Contravenções Penais. Atenção: alguns autores indicam que as contravenções penais admitem tentativa, mas que estas não são puníveis.

h) Delitos condicionados: são aqueles cuja configuração fica condicionada ao advento de uma condição. Ou a condição se realiza e o crime está consumado, ou não se realiza e o fato não é punível. Ex.: induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio (art. 122, CP) – configura-se apenas se houver lesão grave ou morte da vítima.



## *Iter criminis*

i) Crimes de atentado (delitos de empreendimento): a tentativa é punida com pena autônoma ou igual à do crime consumado. Ex.: art. 352 do Código Penal. Atenção: parte da doutrina afirma que os crimes de atentado admitem tentativa, mas não admitem a aplicação da redução da pena relativa à tentativa.

j) Crimes que punem somente os atos preparatórios: já há uma antecipação da punição, não se podendo punir a mera tentativa de preparação.

k) Crimes subordinados a uma condição objetiva da punibilidade: se o próprio delito completo não é punível se não houver o implemento da condição, muito menos será sua forma tentada (Ex.: art. 180, LRE).

**Obs.** Crimes formais e de mera conduta, via de regra, são compatíveis com a tentativa, desde que sejam



## *Iter criminis*

plurissubsistentes. A possibilidade ou não da tentativa relaciona-se com a ausência de aperfeiçoamento de todos os elementos do tipo penal, e não com a falta de superveniência de resultado naturalístico.

### **4.4. Espécies de tentativa:**

a) Quanto ao *iter criminis* percorrido:

- Tentativa imperfeita (inacabada ou tentativa propriamente dita): O agente inicia a execução sem, contudo, utilizar todos os meios que tinha ao seu alcance, e o crime não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.
- Tentativa perfeita (acabada, frustrada ou crime falho): apesar de praticar todos os atos executórios à sua disposição, não consegue consumir o crime por circunstâncias alheias à sua vontade.



## *Iter criminis*

b) Quanto ao resultado produzido no objeto material:

- Tentativa branca ou incruenta: o objeto material não é atingido pela conduta criminosa. Ex.: o golpe desferido não atinge o corpo da vítima;
- Tentativa vermelha ou cruenta: o objeto material é atingido pela atuação do agente.

c) Quanto à possibilidade de alcançar o resultado:

- Tentativa idônea: o resultado, apesar de possível de ser alcançado, só não ocorre por circunstâncias alheias à vontade do agente;
- Tentativa inidônea, impossível, inútil, inadequada ou quase crime: o crime mostra-se impossível na sua consumação (art. 17, CP) por absoluta ineficácia do meio empregado ou por absoluta impropriedade do objeto material.



## *Iter criminis*

### 4.5. Desistência voluntária, arrependimento eficaz e arrependimento posterior.

- Os institutos da desistência voluntária e do arrependimento eficaz são chamados de “pontes de ouro”.
- São formas de **tentativa abandonada ou qualificada**, nas quais a consumação do crime não ocorre em razão da vontade do agente que, além de interromper o processo executório, ou após o esgotamento deste, emprega diligências que impedem o resultado.
- Natureza jurídica: há três correntes:
  - a) Causa de exclusão da tipicidade: afasta-se a tipicidade do crime inicialmente desejado pelo agente, subsistindo a tipicidade dos atos já praticados. Trata-se, então, de uma hipótese de ausência de tipicidade por exclusão da adequação típica indireta. É a posição dominante na jurisprudência e a mais aceita nas provas.



## *Iter criminis*

b) Causa de exclusão da culpabilidade: como o agente desiste voluntariamente do resultado inicialmente desejado, afasta-se, em relação a ele, a reprovabilidade social, não se justificando punir pelo crime principal. Responde, entretanto, pelo crime mais brando cometido.

c) Causa pessoal de exclusão da punibilidade ou isenção de pena: Não se pune por razões de política criminal. É um incentivo para o agente desistir.

**Obs.** A desistência voluntária e arrependimento eficaz são incompatíveis com crimes culposos, pois pressupõem que o agente tenha agido com dolo e, voluntariamente, desista ou impeça o resultado.

### **4.5.1. Desistência voluntária (tentativa qualificada ou abandonada):**



## *Iter criminis*

Art. 15 - O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados.

- O agente inicia os atos executórios, mas desiste de prosseguir na execução. Requisitos:
  - a) Interrupção dos atos executórios pelo agente.
  - b) Voluntariedade da desistência: deve ser livre de coação. Não precisa ser espontânea, bastando que seja voluntária. Ou seja, não precisa decorrer de um sincero arrependimento. O agente pode desistir, por exemplo, justamente para tentar evitar a punição criminal.
- Consequência: só responde pelos atos já praticados.

**Obs.** É inadmissível nos crimes unissubsistentes, já que nestes, a conduta não comporta fracionamento.



## *Iter criminis*

### 4.5.2. Arrependimento eficaz (arrependimento ativo ou resipiscência)

Art. 15 - O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados.

- O agente pratica todos os atos executórios suficientes à consumação do crime. No entanto, antes que a consumação ocorra, por meio de providências aptas, ele voluntariamente impede a ocorrência do resultado naturalístico. Ex.: ministra veneno na vítima. Muda de ideia e dá o antídoto, salvando o ofendido.

**Obs.** O arrependimento eficaz apenas é possível nos crimes materiais (aqueles em que é possível impedir a ocorrência do resultado naturalístico).



## *Iter criminis*

### **Requisitos:**

- a) **Voluntariedade:** livre de coação. Não precisa ser espontâneo (sincero arrependimento), bastando que seja voluntário.
  - b) **Impedimento eficaz do resultado:** a atuação do agente deve ser capaz de impedir o resultado. Ex. ministra veneno na vítima. Muda de ideia e dá o antídoto, mas, ainda assim, o ofendido morre. Não se aplica o arrependimento eficaz.
- **Consequência:** só responde pelos atos já praticados.

**Obs.** Lei Antiterrorismo (Lei 13.260/2016): Na sistemática do CP, para que haja reconhecimento de desistência voluntária e arrependimento eficaz é imprescindível o início da execução do crime. Contudo, na Lei 13.260/16, o critério é diverso: o art. 5º do novo diploma pune atos preparatórios de terrorismo de



## *Iter criminis*

forma independente. O art. 10º da lei prevê que, “mesmo antes de iniciada a execução do crime de terrorismo, na hipótese do art. 5º desta Lei, aplicam-se as disposições do art. 15 do Código Penal”. Há, portanto, adaptação dos institutos da desistência voluntária e do arrependimento eficaz à fase da preparação do delito de terrorismo.

**Atenção:** Com o objetivo de estabelecer a distinção entre tentativa e desistência voluntária, o alemão Hans Frank desenvolveu o que a doutrina costuma chamar de “Fórmula de Frank”, segundo a qual na tentativa o agente quer praticar o crime, mas não pode, e, na desistência voluntária, o agente pode praticar o crime, mas não quer.

### **4.5.3. Arrependimento posterior:**



## *Iter criminis*

Art. 16 - 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.

- Natureza jurídica: Causa obrigatória de diminuição de pena. Chamada de “ponte de prata”, por reduzir a punição do agente.
- Critérios de diminuição da pena: para fixar a variação de  $1/3$  a  $2/3$  da pena na terceira fase da dosimetria, o juiz deve analisar:
  - a) Sinceridade;
  - b) Presteza;
  - c) Celeridade da reparação.



## *Iter criminis*

### **Requisitos:**

- a) Crime praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa (violência contra coisa não exclui o benefício; na violência culposa é cabível o benefício).
- b) Voluntariedade (como nos casos anteriores, não importa se espontâneo ou não).
- c) Restituição/ reparação do dano: deve ser:
  - Pessoal: Feita pelo próprio agente (não basta, por exemplo, o policial devolver), salvo se impossibilitado e pedir que terceiro o faça em seu nome.
  - Integral: A quantidade da diminuição deve levar em consideração o tempo entre o crime e a devolução. Quanto mais rápido, maior a diminuição da pena. Neste sentido:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.



## *Iter criminis*

ART. 1º, INCISO I, DO DECRETO-LEI Nº 201/67 . ARREPENDIMENTO POSTERIOR. FRAÇÃO DE REDUÇÃO DA PENA. QUESTÃO LEVANTADA PELA DEFESA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, a incidência do instituto do arrependimento posterior pressupõe a integral reparação do dano antes do recebimento da denúncia, cuja fração de diminuição de pena será fixada de acordo com o aspecto temporal entre a prática do ilícito e a conduta voluntária do agente em restituir à vítima o seu prejuízo (AgRg no REsp n. 1.262.608/BA, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe de 21/10/2015.). Precedentes.

2. A questão do acusado ter realizado o ressarcimento imediatamente ao tomar conhecimento dos fatos, devendo a redução do art.16 do CP ser aplicada na fração máxima, não foi analisada pela Corte de origem, mesmo com a apresentação dos embargos de declaração, estando ausente o prequestionamento.



## *Iter criminis*

Súmulas 211/STJ e 282/STF.

3. Agravo regimental não provido (STJ – 5ª Turma - AgRg no AREsp 2075797/SP – rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, j. 07.06.2022).

- Contudo, há posição no sentido de que a devolução não precisa ser integral e que a quantidade da reparação é o que determina a maior ou menor diminuição (STF, HC 98658/PR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio, 1ª T., j. 09/11/2010).
- Como a lei fala em reparação do dano ou restituição da coisa, entende-se majoritariamente que a causa de diminuição de pena requer, para sua aplicação, que o crime seja patrimonial (ex. furto) ou possua efeitos patrimoniais (ex. peculato). Não serve para homicídio, por exemplo.



## *Iter criminis*

d) Limite Temporal: a restauração deve ocorrer até o recebimento da denúncia. **Obs.** Se posterior, pode-se aplicar a atenuante genérica prevista no art. 65, III, b, do Código Penal.

- Comunicabilidade: a reparação do dano por um dos agentes se estende aos demais? Duas correntes:
  - a) Não. Tratando-se de causa subjetiva (pessoal) de diminuição da pena, o arrependimento de um não aproveita automaticamente aos coautores. A redução fica na dependência da vontade de cada um restituir a coisa ou reparar o dano (Nucci, Regis Prado etc.).
  - b) Sim. Trata-se de circunstância objetiva. Do contrário, havendo a reparação por um dos agentes, ficariam os demais impedidos de obterem o benefício (Damásio, Mirabete e STJ). É a que prevalece.

**Observações:**



## *Iter criminis*

- Não se aplica o instituto do arrependimento posterior ao crime de moeda falsa (STJ, 6ª Turma, REsp 1.242.294-PR, Rel. originário Min. Sebastião Reis Júnior, Rel. para acórdão Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 18/11/2014 - Informativo 554).
- Não se aplica o instituto do arrependimento posterior (art. 16 do CP) para o homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302 do CTB) mesmo que tenha sido realizada composição civil entre o autor do crime a família da vítima (STJ, 6ª Turma, REsp 1561276-BA, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 28/6/2016 - Informativo 590).

### **Situações especiais:**

- a) Estelionato: conforme a 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.



## *Iter criminis*

- Logo, a interpretação a contrário sensu autoriza inferir que o pagamento do cheque sem fundos (art. 171, §2º, VI, CP) até o recebimento da denúncia, impede o prosseguimento da ação penal.
- Súmula 246 do STF: Comprovado não ter havido fraude, não se configura o crime de emissão de cheques sem fundos.

b) Peculato culposo: CP, art. 312, § 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”.

c) Tributos: Há leis que beneficiam o agente que sonegou tributo, mas faz o pagamento.

Exemplo: Art. 34 da Lei 9.249/95 (Lei do IRPJ e CSLL) - “Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o



## *Iter criminis*

agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia”.

**Obs.** Informativo 622 do STJ. O pagamento do débito oriundo de furto de energia elétrica antes do recebimento da denúncia não é causa de extinção da punibilidade, mas causa de redução de pena relativa ao arrependimento posterior.

### **4.6. Crime impossível (tentativa inidônea, tentativa inadequada, tentativa impossível ou quase crime).**

- Trata-se da tentativa não punível, pois o agente se vale de meio absolutamente ineficaz (crime impossível por ineficácia absoluta do meio) ou volta-se contra objeto absolutamente impróprio (crime impossível por impropriedade absoluta do objeto), razão pela qual é impossível consumar o crime.



## *Iter criminis*

Ex. disparar contra um cadáver para matá-lo (objeto absolutamente impróprio)/ tentar abortar bebendo chá desprovido de propriedades abortivas (meio absolutamente ineficaz).

- No crime impossível ocorre uma causa de exclusão da tipicidade, de forma que não é crime, pois o fato é atípico, não havendo sequer crime tentado.
- Previsão legal:

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.
- Teorias sobre o crime impossível:



## *Iter criminis*

- a) Subjetiva: não admite o instituto do crime impossível, pois o agente tem vontade ilícita e essa vontade deve ser punida.
- b) Sintomática: o crime impossível revela a periculosidade do agente, portanto, o agente deve suportar uma medida de segurança.
- c) Objetiva: leva em conta a potencialidade da conduta para ofender o bem jurídico. Quando a conduta não possui potencialidade lesiva, surge a chamada inidoneidade. A teoria objetiva é subdividida em duas:
  - Teoria objetiva pura: se a inidoneidade for absoluta ou relativa é caso de crime impossível. Não admite a tentativa, pois sempre que o agente não conseguir consumir o crime será caso de crime impossível.
  - Teoria objetiva temperada ou intermediária: se a idoneidade for absoluta o crime é impossível, se a inidoneidade for relativa, será hipótese de tentativa. Foi a adotada pelo Código Penal.



## *Iter criminis*

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

### 5. Questões

#### **2018 - CESPE / CEBRASPE - DPE-PE ´**

Com relação à tentativa, à desistência voluntária e ao arrependimento, assinale a opção correta.

- a) No arrependimento eficaz, o agente interrompe a execução do crime; na desistência voluntária, o resultado é impedido após o agente ter praticado todos os atos.
- b) O arrependimento posterior pode ser aplicado aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça.



## *Iter criminis*

- c) Em se tratando de tentativa branca ou incruenta, a vítima não é atingida e não sofre ferimentos; se tratar-se de tentativa cruenta, a vítima é atingida e é lesionada. **correta**
- d) A diferença entre a tentativa e a tentativa abandonada é que, no primeiro caso, o agente diz “eu consigo, mas não quero” e, no segundo, o agente diz “eu quero, mas não consigo”.
- e) A desistência voluntária e a tentativa abandonada são espécies de arrependimento eficaz.

### **2022 - FGV - TJ-AP**

Sobre os institutos da desistência voluntária, do arrependimento eficaz e do arrependimento posterior, é correto afirmar que:

- a) a não consumação, por circunstâncias alheias à vontade do agente, é compatível com a desistência voluntária;



## *Iter criminis*

- b) o reconhecimento da desistência voluntária dispensa o exame do *iter criminis*;
- c) as circunstâncias inerentes à vontade do agente são irrelevantes para a configuração da desistência voluntária;
- d) o arrependimento eficaz e a desistência voluntária somente são aplicáveis a delito que não tenha sido consumado; **correta**
- e) o reconhecimento da desistência voluntária dispensa o exame do elemento subjetivo da conduta.



## Direito Penal e Constituição

### 1. Direito Penal e Constituição

- A Constituição Federal constitui a primeira manifestação legal da política penal, dentro de cujo âmbito deve enquadrar-se a legislação penal propriamente dita, em face do princípio da supremacia constitucional.
- As principais diretrizes da política criminal constitucional, segundo o professor Zaffaroni, são:
  - a) Princípio republicano (ou democrático), que impõe a racionalização dos atos do poder público e, conseqüentemente, também do Poder Judiciário, o que obriga à interpretação lógica e coerente das leis penais (art. 1º da CF).
  - b) Princípio da soberania do povo: impede que a justiça penal seja exercida sob invocações de poderes absolutos ou maiores do que aqueles que emergem da vontade do povo (art. 1º da CF).
  - c) Princípio da legalidade: artigo 5º, XXXIX da CF.



## Direito Penal e Constituição

- d) Princípio da retroatividade da lei penal mais benigna: art. 5, LX da CF;
- e) Princípio da personalidade ou da intranscendência da pena: art. 5º XLV da CF.
- f) Princípio de racionalidade e de humanidade da pena: expressam-se na proibição de pena de morte, de prisão perpétua, de trabalhos forçados, de banimento e de penas cruéis (art. 5º, XLVII da CF). Além disso, o princípio da humanidade encontra-se fixado no art. 5º, XLIX da CF que garante ser assegurado ao preso o respeito à integridade física e moral.
- g) Princípio da individualização da pena: art. 5º XLVI da CF. Além disso, o inciso XLVII proíbe a prisão por dívida.

- Para a teoria constitucionalista do direito, os princípios, regras e valores constitucionais condicionam



## Direito Penal e Constituição

os fins do Direito Penal; a teoria do delito está diretamente atrelada ao modelo de Estado vigente, que é o Constitucional e Democrático de Direito.

### **Mandados de criminalização:**

- Além disso, a doutrina indica “mandados de criminalização” que seriam matérias determinadas na Constituição sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e dentro do possível, integral.
- Fundamento: Um Estado com deveres positivos de conduta, entre as quais o dever de proteção dos direitos fundamentais. Os mandados constitucionais de tutela penal são a expressão, no âmbito do



## Direito Penal e Constituição

direito penal, da teoria dos deveres estatais de proteção. Podem ser:

- 1) Mandados Expressos: São os mandados que, como o próprio nome já diz, estão expressos no texto constitucional. Ex.: Art. 5º, inciso XLII da CF/88 – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;
- 2) Mandados Tácitos: Segundo a maioria dos doutrinadores, existem mandados constitucionais implícitos, os quais possuem a finalidade de evitar a intervenção insuficiente do Estado na tutela dos bens jurídicos mais relevantes. Ex. tipificação do crime de homicídio.

### **Jurisprudência e os mandados de criminalização:**

- As teses fixadas na ADO 26/DF:



## Direito Penal e Constituição

1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”);
2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e



## Direito Penal e Constituição

ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero;

3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos



## Direito Penal e Constituição

estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito.

### 8. Direito Penal e Direitos Humanos



## Direito Penal e Direitos Humanos

- A Declaração Universal de Direitos do Homem foi aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10.12.1948. Tal Declaração desenvolveu princípios já consagrados pela Carta das Nações Unidas, razão pela qual é reconhecida sua obrigatoriedade jurídica por todos os países, seus membros, tal como ficou estabelecido na Declaração de Teerã, de 1968. O Brasil só tardiamente ratificou os Pactos das Nações Unidas e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mas já se encontrava juridicamente vinculado à Declaração Universal, como também à Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, aprovada pela IX Conferência Interamericana, reunida em Bogotá, como membro que é da Organização dos Estados Americanos (OEA).
- Segundo o professor Zaffaroni, são os seguintes os aspectos mais relevantes em Direitos Humanos que se constituem em fonte de conhecimento:



## Direito Penal e Direitos Humanos

- a) Princípio da igualdade de todos perante a lei e a dignidade da pessoa de todo ser humano, sendo que todos os homens nascem livres e iguais e iguais em dignidade e direitos e tem capacidade para gozar os direitos e liberdade sem qualquer tipo de discriminação (a CF, em seu art. 5º, I, VI e VIII, está em perfeita consonância com os artigos I e II da Declaração Universal).
- b) O artigo III consagra o direito à vida, à segurança pessoal e à liberdade. O artigo IX estabelece que ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado, o art. XI, n. 2, estabelece o princípio da legalidade – a Constituição, art. 5º, XLI, XXXIX e XL reproduz essa consagração.
- c) O artigo V estabelece o princípio da humanidade (art. 5º, III da CF).
- d) O art. XII institui o direito à privacidade ou intimidade como limitação ao Poder do Estado e também das pessoas. A Constituição reproduz em seu art. 5º X, XI e XII.



## Direito Penal e Direitos Humanos

### **Aplicação e interpretação da lei penal a luz dos Direitos Humanos:**

- Controle de convencionalidade: diretrizes básicas.
- STJ, RHC 136961:

“(...) a controvérsia se cinge ao termo inicial de efetividade da já mencionada Resolução da Corte IDH, de 22 de novembro de 2018, no que concerne ao item 4, onde se determinou que se computasse “em dobro cada dia de privação de liberdade cumprido no IPPSC, para todas as pessoas ali alojadas, que não sejam acusadas de crimes contra a vida ou a integridade física, ou de crimes sexuais, ou não tenham sido por eles condenadas, nos termos dos Considerandos 115 a 130 da presente resolução”. Vale asseverar, por oportuno, que conforme constatado pelo Juiz da Execução, na hipótese, “não houve vulneração da integridade física das vítimas” (e-STJ fls. 56), situação que, de plano, afasta qualquer necessidade de digressão acerca do tema, ante os termos do item 4 retrotranscrito.



## **Direito Penal e Direitos Humanos**

Posta tal premissa, a aprovação da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), também conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica, em 1969, trouxe aos Estados americanos, signatários do documento internacional, uma série de direitos e deveres envolvendo o tema. A partir do Decreto 4.463, de novembro de 2002, o Brasil submeteu-se à jurisdição contenciosa da Corte IDH e passou a figurar no polo passivo de demandas internacionais, o que resultou em obrigações de ajustes internos para que suas normas pudessem se coadunar com a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Ao sujeitar-se à jurisdição da Corte IDH, o País amplia o rol de direitos das pessoas e o espaço de diálogo com a comunidade internacional. Com isso, a jurisdição brasileira, ao basear-se na cooperação internacional, pode ampliar a efetividade dos direitos humanos.

As sentenças emitidas pela Corte IDH, por sua vez, têm eficácia vinculante aos Estados que sejam partes processuais, não havendo meios de impugnação aptos a revisar a decisão exarada. Em caso de descumprimento



## **Direito Penal e Direitos Humanos**

da sentença, a Corte poderá submetê-la à análise da Assembleia Geral da Organização, com o fim de emitir recomendações para que as exigências sejam cumpridas e ocorra a consequente reparação dos danos e cessação das violações dos direitos humanos.

A supervisão de cumprimento de sentença ocorre pela própria Corte, a qual pode requerer informações ao Estado-parte, quando consideradas pertinentes. Essa característica deriva do princípio internacional do pacta sunt servanda. Isto é, parte-se da premissa que os Estados têm de cumprir suas obrigações e deveres de boa-fé ao assumirem a responsabilidade diante da comunidade internacional. Tal princípio evita que os Estados se eximam das obrigações adimplidas, perante o Direito Internacional, em razão de seu direito interno, o qual deve se coadunar com as resoluções e documentos internacionais dos quais faça parte. A propósito, o artigo 26 da CADH afirma que os Estados-partes se comprometem a adotar, tanto no âmbito interno quanto no internacional, as providências necessárias para conseguir o desenvolvimento progressivo e a plena efetividade dos direitos



## Direito Penal e Direitos Humanos

constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, inclusive para prevenir a violação dos direitos humanos.

Portanto, a sentença da Corte IDH produz autoridade de coisa julgada internacional, com eficácia vinculante e direta às partes. Todos os órgãos e poderes internos do país encontram-se obrigados a cumprir a sentença.

Sobre o tema vale destacar o art. 69 da CADH que afirma que a “sentença da Corte deve ser notificada às partes no caso e transmitida aos Estados Partes na Convenção”.

Contudo, na hipótese, as instâncias inferiores ao diferirem os efeitos da decisão para o momento em que o Estado Brasileiro tomou ciência da decisão proferida pela Corte Interamericana, deixando com isso de computar parte do período em que o recorrente teria cumprido pena em situação considerada degradante, deixaram de dar cumprimento a tal mandamento, levando em conta que as sentenças da Corte possuem eficácia imediata para os Estados Partes e efeito meramente declaratório.



## Direito Penal e Direitos Humanos

De fato, não se mostra possível que a determinação de cômputo em dobro tenha seus efeitos modulados como se o recorrente tivesse cumprido parte da pena em condições aceitáveis até a notificação e a partir de então tal estado de fato tivesse se modificado. Em realidade, o substrato fático que deu origem ao reconhecimento da situação degradante já perdurara anteriormente, até para que pusesse ser objeto de reconhecimento, devendo, por tal razão, incidir sobre todo o período de cumprimento da pena.

Nesse ponto, vale asseverar que, por princípio interpretativo das convenções sobre direitos humanos, o Estado-parte da CIDH pode ampliar a proteção dos direitos humanos, por meio do princípio *pro personae*, interpretando a sentença da Corte IDH da maneira mais favorável possível aquele que vê seus direitos violados.

No mesmo diapasão, as autoridades públicas, judiciárias inclusive, devem exercer o controle de convencionalidade, observando os efeitos das disposições do diploma internacional e adequando sua estrutura interna para garantir o cumprimento total de suas obrigações frente à comunidade internacional, uma vez que os



## Direito Penal e Direitos Humanos

países signatários são guardiões da tutela dos direitos humanos, devendo empregar a interpretação mais favorável a indivíduo.

Logo, os juízes nacionais devem agir como juízes interamericanos e estabelecer o diálogo entre o direito interno e o direito internacional dos direitos humanos, até mesmo para diminuir violações e abreviar as demandas internacionais. É com tal espírito hermenêutico que se deduz que, na hipótese, a melhor interpretação a ser dada, é pela aplicação a Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 2018 a todo o período em que o recorrente cumpriu pena no IPPSC” (STJ, Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, j. 28.04.2021).



## Direito Penal e Direitos Humanos

### Referências bibliográficas

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. 12<sup>a</sup> ed. Saraiva: São Paulo, 2015.
- OLIVE, Juan Carlos Ferré. NUÑEZ PAZ. Miguel Ángel. OLIVEIRA. William Terra de. BRITO, Alexis Couto de. **Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. Princípios Fundamentais e Sistema. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SMANIO, Gianpaolo Poggio. FABRETTI. Humberto Barrionuevo. **Introdução ao Direito Penal**. Criminologia, Princípios e Cidadania. São Paulo: Atlas, 2010.
- ZAFFARONI. Eugênio Raúl. PIERANGELI. José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. 14<sup>a</sup> ed. rev e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.