

Consumação e Tentativa

Iter criminis:

Segundo Zaffaroni e Pierangeli, dá-se o nome de *iter criminis* ou “caminho do crime” o conjunto de etapas que se sucedem, cronologicamente, no desenvolvimento do delito.

Vimos, inicialmente, que a ação é composta por duas fases: interna e externa. Na fase interna, o agente antecipa e representa mentalmente o resultado, escolhe os meios necessários a serem utilizados no cometimento da infração, bem como considera os efeitos concomitantes que resultarão dos meios por ele escolhidos, e em seguida exterioriza sua conduta, colocando em prática tudo aquilo que por ele fora elucubrado.

O *iter criminis*, assim, é composto pelas seguintes fases:

- a) cogitação;
- b) preparação;
- c) execução;
- d) consumação;
- e) exaurimento.

Cogitação é aquela fase do *iter criminis* que se passa na mente do agente.

Uma vez selecionada a infração penal que deseja cometer, o agente começa a se preparar com o fim de obter êxito em sua empreitada criminosa.

Em seguida, após a cogitação e a preparação, o agente dá início à execução do crime. Quando, efetivamente, ingressa na fase dos atos de execução, duas situações podem ocorrer:

- a) o agente consuma a infração penal por ele pretendida inicialmente; ou,
- b) em virtude de circunstâncias alheias à sua vontade, a infração não chega a consumir-se, restando, portanto, tentada.

Como última fase do *iter criminis*, e em somente determinadas infrações penais, temos o chamado exaurimento. É a fase que se situa após a consumação do delito, esgotando-o plenamente.

Merece ser frisado, finalmente, que o *iter criminis* é um instituto específico para os crimes dolosos, não se falando em caminho do crime quando a conduta do agente for de natureza culposa.

Consumação:

A consumação varia de acordo com a infração penal selecionada pelo agente. Podemos, dessa forma, dizer que ocorre a consumação nos crimes:

- a) materiais, omissivos impróprios e culposos → quando se verifica a produção do resultado naturalístico, ou seja, quando há a modificação no mundo exterior.
- b) omissivos próprios → com a abstenção do comportamento imposto ao agente.
- c) de mera conduta → com o simples comportamento previsto no tipo, não se exigindo qualquer resultado naturalístico.
- d) formais → com a prática da conduta descrita no núcleo do tipo, independentemente da obtenção

do resultado esperado pelo agente, que, caso aconteça, será considerado como mero exaurimento.

e) qualificados pelo resultado → com a ocorrência do resultado agravador.

f) permanentes → enquanto durar a permanência, uma vez que o crime permanente é aquele cuja consumação se prolonga, perpetua-se no tempo.

Não-punibilidade da cogitação e atos preparatórios:

A lei penal limitou a punição dos atos praticados pelo agente a partir de sua execução, deixando de lado a cogitação e os atos preparatórios.

Em hipótese alguma a cogitação poderá ser objeto de repreensão pelo Direito Penal. Regra geral é que os atos preparatórios não sejam puníveis. Contudo, em determinadas situações, o legislador entendeu por bem punir de forma autônoma algumas condutas que poderiam ser consideradas preparatórias, como nos casos dos crimes de quadrilha ou bando (art. 288, CP) e a posse de instrumentos destinados usualmente à prática de furtos (art. 25, LCP).

Essa punição somente acontece quando o legislador eleva à categoria de infração autônoma um ato que, por sua natureza, seria considerado preparatório ao cometimento de uma outra infração penal, como acontece com o referido crime de quadrilha.

Tentativa perfeita e imperfeita → podemos distinguir a tentativa perfeita e imperfeita. Fala-se em tentativa perfeita, acabada, ou crime falho, quando o agente esgota, segundo o seu entendimento, todos os meios que tinha ao seu alcance a fim de alcançar a consumação da infração penal, que somente não ocorre por circunstâncias alheias à sua vontade. Diz-se imperfeita, ou inacabada, a tentativa em que o agente é interrompido durante a prática dos atos de execução, não chegando, assim, a fazer tudo aquilo que intencionava, visando consumir o delito.

Tentativa e contravenção penal → Não há possibilidade de falarmos em tentativa de contravenção penal, uma vez que a LCP, considerada especial em relação ao CP, dispõe de modo diverso em seu art. 4º, asseverando “não ser punível a tentativa de contravenção”. Então, somente quando o agente alcançar a consumação de uma contravenção penal é que por ela poderá ser responsabilizado. Neste caso, não sendo permitida, no que diz respeito à tentativa, a chamada adequação típica de subordinação mediata ou indireta, se não houver a consumação, o fato será considerado atípico.

Crimes que não admitem tentativa:

Podemos falar que o crime admite tentativa toda vez que pudermos fracionar o *iter criminis*. A doutrina, entretanto, especifica alguns delitos que, pelo menos em tese, não admitem a tentativa, ressalvando, sempre, a total impossibilidade de falarmos em tentativa de contravenção penal, em face da norma contida no art. 4º da LCP. Podemos citar os seguintes:

a) Crimes habituais → são delitos em que, para se chegar à consumação, é preciso que o agente pratique, de forma reiterada e habitual, a conduta descrita no tipo.

b) Crimes preterdolosos → fala-se em preterdolo quando o agente atua com dolo na sua conduta e o resultado agravador advém de culpa. Ou seja, há dolo na conduta e culpa no resultado; dolo no antecedente e culpa no consequente. Os crimes culposos são delitos que, obrigatoriamente, para sua consumação, necessitam de um resultado naturalístico. Se não houver esse resultado, não há falar em crime culposos.

c) Crimes culposos → quando falamos em crime culposo, queremos dizer que o agente não quis diretamente e nem assumiu o risco de produzir o resultado, ou seja, sua vontade não foi finalisticamente dirigida a causar o resultado lesivo, mas sim que este ocorreria em virtude de sua inobservância para com o seu dever de cuidado. Não se fala, portanto, em tentativa de crimes culposos, uma vez que se não há vontade dirigida à prática de uma infração penal não existirá a necessária circunstância alheia, impeditiva da sua consumação. Contudo, a doutrina costuma excepcionar essa regra dizendo que na chamada culpa imprópria, prevista no §1º do art. 20 do CP, que cuida das discriminantes putativas, pode-se cogitar de tentativa, haja vista que o agente, embora atuando com dolo, por questões de política criminal, responde pelas penas relativas a um delito culposo.

d) Crimes nos quais a simples prática da tentativa é punida com as mesmas penas do crime consumado → Ex: art. 352 do CP – não importa que o agente consiga evadir-se ou somente tenha tentado evadir-se, pois que, para a lei penal, as duas situações são equiparadas, sendo a tentativa punida da mesma forma que o crime consumado. Aqui, na verdade, pode haver tentativa; contudo, isto não conduzirá a qualquer redução na pena aplicada ao agente.

e) Crimes unissubsistentes → unissubsistente é o crime no qual a conduta do agente é exaurida num único ato, não se podendo fracionar o *iter criminis*. Ex: injúria.

f) Crimes omissivos próprios → nesta modalidade de infração penal, ou o agente não faz aquilo que a lei determina e consuma a infração, ou atua de acordo com o comando da lei e não pratica qualquer fato típico.

Desistência Voluntária e Arrependimento Eficaz

Desistência Voluntária:

Para que se possa falar em desistência voluntária, é preciso que o agente já tenha ingressado na fase dos atos de execução. Caso ainda se encontre praticando atos preparatórios, sua conduta será considerada um indiferente penal.

O agente interrompe, voluntariamente, os atos de execução, impedindo, por ato seu, a consumação da infração penal, razão pela qual a desistência voluntária também é conhecida por tentativa abandonada.

A lei penal, por motivos de política criminal, prefere punir menos severamente o agente que, valendo-se desse benefício legal, deixa de persistir na execução do crime, impedindo a sua consumação, do que puni-lo com mais severidade, por já ter ingressado na sua fase executiva. É preferível tentar impedir o resultado mais grave a simplesmente radicalizar na aplicação da pena. É como se a lei, querendo fazer o agente retroceder, interrompendo seus atos de execução, lhe estendesse essa “ponte de ouro”, para que nela pudesse retornar, deixando de prosseguir com seus atos, evitando a consumação da infração penal, cuja execução por ele já havia sido iniciada.

Impõe a lei penal que a desistência seja voluntária, mas não espontânea. Isto quer dizer que não importa se a ideia de desistir no prosseguimento da execução criminosa partiu do agente, ou se foi ele induzido a isso por circunstâncias externas que, se deixadas de lado, não o impediriam de consumir a infração penal. O importante, aqui, como diz Johannes Wessels, “é que o agente continue sendo dono de suas decisões”. Qualquer desistência é boa, desde que voluntária



. **Responsabilidade do agente somente pelos atos já praticados** → depois que o agente desistiu de prosseguir na execução, teremos de verificar qual ou quais infração(ões) penal(ais) cometeu até o momento da desistência, para que, nos termos da parte final do art. 15 do CP, por ela(s) possa responder.

A finalidade desse instituto é fazer que o agente jamais responda pela tentativa. Isso quer dizer que se houver desistência voluntária o agente não responderá pela tentativa em virtude de ter interrompido, voluntariamente, os atos de execução que o levariam a alcançar a consumação da infração penal por ele pretendida inicialmente. Ao agente é dado o benefício legal de, se houver desistência voluntária, somente responder pelos atos já praticados, isto é, será punido por ter cometido aquelas infrações penais que antes eram consideradas delito-meio, para a consumação do delito-fim.

Arrependimento Eficaz:

Fala-se em arrependimento eficaz quando o agente, depois de esgotar todos os meios de que dispunha para chegar à consumação da infração penal, arrepende-se e atua no sentido contrário, evitando a produção do resultado inicialmente por ele pretendido.

Natureza jurídica → Para Hungria, são causas de extinção da punibilidade não previstas no art. 107 do CP. Defendendo posição contrária à de Hungria, Frederico Marques, citado por Damásio, concluiu que o caso não é de extinção de punibilidade, mas sim de atipicidade do fato.



. **Desistência voluntária ≠ arrependimento eficaz** → Conforme se verifica pela própria redação do art. 15, quando o agente se encontra, ainda, praticando atos de execução, fala-se em desistência se, voluntariamente, a interromper. Já no arrependimento eficaz, o agente esgota tudo aquilo que estava à sua disposição para alcançar o resultado, isto é, pratica todos os atos de execução que entende como suficientes e necessários à consumação da infração penal, mas arrepende-se e impede a produção do resultado. Em síntese, na desistência voluntária, o processo de execução do crime ainda está em curso; no arrependimento eficaz, a execução já foi encerrada

.
Não-impedimento da produção do resultado → Embora o agente tenha desistido voluntariamente de prosseguir na execução ou, mesmo depois de tê-la esgotado, atua no sentido de evitar a produção do resultado, se este vier a ocorrer, o agente não será beneficiado com os institutos da desistência voluntária e

do arrependimento eficaz.

Arrependimento Posterior

O arrependimento posterior, inovação trazida pela reforma na parte geral do Código Penal, vem previsto no art. 16 do CP, assim redigido: “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”.

O arrependimento posterior é considerado uma causa geral de diminuição de pena.

No item 16 da Exposição de Motivos da nova parte geral do Código Penal, justificou o legislador a criação do instituto do arrependimento posterior dizendo: “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”.

Deve ser ressaltado, por oportuno, que o artigo 16 fala em possibilidade de arrependimento posterior até o recebimento da denúncia. Assim, embora oferecida a denúncia, se o juiz não a tiver recebido, o agente poderá beneficiar-se com esta causa geral de diminuição de pena.

O arrependimento posterior só terá cabimento quando o agente praticar uma infração penal cujo tipo não preveja como seus elementos a violência ou a grave ameaça. A violência repelida pelo art. 16 é aquela dirigida contra pessoa, e não contra coisa.



. Tal regra é excepcionada, segundo a posição do STF, que veremos mais adiante, somente quando o agente cometer o crime previsto no inciso VI do §2º do art. 171 do CP (emissão de cheques sem provisão suficiente de fundos), aplicando-se, nessa hipótese, a Súmula 554 daquele Tribunal.

Contentou-se o art. 16 do CP em permitir a aplicação da causa de diminuição de pena por ele prevista quando o arrependimento posterior for voluntário, não se exigindo, aqui, o requisito da espontaneidade.

Pode ocorrer que terceira pessoa restitua a coisa ou repare o dano em nome do agente. Nessa hipótese, temos, pelo menos, duas correntes. A primeira, cuja interpretação atrela-se à letra da lei, exige a pessoalidade do ato, não permitindo a redução da pena se a reparação do dano ou a restituição da coisa forem levadas a efeito por terceira pessoa. A segunda corrente, numa interpretação mais liberal, permite a aplicação da redução mesmo que a reparação do dano ou a restituição da coisa tenham sido feitas por terceiros.

Reparação ou restituição total → entendemos que a reparação do dano ou a restituição da coisa devam ser totais, e não somente parciais. Existem duas situações que merecem ser objeto de análise. Na primeira delas, que diz respeito à restituição da coisa, esta deve ser total, para que se possa aplicar a redução, não se cogitando, aqui, do conformismo ou da satisfação da vítima quanto à recuperação parcial dos bens que lhe foram subtraídos. Na segunda, ou seja, não havendo mais a possibilidade de restituição da

coisa, como quando o agente a destruiu ou dela se desfez, para que se possa falar em arrependimento posterior é preciso que exista a reparação do dano. Nessa situação específica é que devemos aplicar o raciocínio de Alberto Silva Franco, conjugando-se o conformismo da vítima com a reparação parcial do dano levada a efeito pelo agente, para que possa ser ele beneficiado com a redução.

Extensão da redução aos coautores e partícipes → No caso de dois agentes que praticam um delito, pode acontecer que somente um deles voluntariamente restitua a *res furtiva* à vítima. Se a restituição tiver sido total, entendemos que ambos os agentes deverão ser beneficiados com a redução, mesmo que um deles não os tenha entregado voluntariamente à vítima. É a posição do STJ (RHC 4.147-1).

Cooperação dolosamente distinta → trata-se da hipótese do §2º do art. 29 do CP. Suponhamos que dois agentes, agindo em concurso, resolvam praticar um crime de furto numa residência. Um dos agentes fica de vigia do lado de fora da residência, enquanto o outro nela adentra. O agente, já no seu interior, não desiste do seu propósito de subtrair e agride o caseiro. Durante a fuga, narra o ocorrido ao outro agente que ali comparecera com o fim de praticar um crime de furto, e não de roubo.

Se, nesse caso, ainda na fase extrajudicial, o agente que tinha a intenção de praticar o crime de furto devolver a *res furtiva*, poderemos aplicar-lhe a redução do arrependimento posterior? Entendemos que sim, pois que responderá por uma infração penal cujo tipo não prevê como seus elementos o emprego de grave ameaça ou violência contra a pessoa. Somente o agente que desejava praticar o crime de furto é que será beneficiado com a redução do arrependimento posterior, uma vez que responderá por essa infração penal, ficando impossibilitada a sua aplicação ao agente que cometera o crime de roubo, ou seja, aquele que não desistira do propósito criminoso mesmo sabendo da presença do caseiro no interior daquela residência.

Arrependimento posterior ≠ arrependimento eficaz → a diferença básica entre os institutos reside no fato de que no arrependimento posterior o resultado já foi produzido e no arrependimento eficaz o agente impede a sua produção. Deve ser frisado, ainda, que não se admite a aplicação da redução de pena relativa ao arrependimento posterior aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça, não havendo essa restrição para o arrependimento eficaz. No primeiro, há uma redução obrigatória de pena; no segundo, o agente só responde pelos atos já praticados, ficando afastada, portanto, a punição pela tentativa da infração penal cuja execução havia sido iniciada.



. **Súmula 554 do STF** → Assim está redigida: “O pagamento de cheque sem suficiente provisão de fundos, após o recebimento da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal”. Numa interpretação *a contrario sensu* da referida súmula, chegamos à conclusão de que não será possível o início da ação penal se o agente efetuar o pagamento relativo ao cheque por ele emitido sem suficiente provisão de fundos, até o recebimento da denúncia.

A indagação que surge agora é a seguinte: “Terá aplicação a súmula 554 do STF, mesmo diante do instituto do arrependimento posterior?” A maior parte de nossos doutrinadores entendeu de forma positiva, opinando pela aplicação da súmula nos casos específicos de cheques emitidos sem suficiente provisão de fundos, ficando as demais situações regidas pelo art. 16 do CP, quando a ele se amoldarem.

O entendimento sumulado e ratificado posteriormente pelo STF diz respeito tão-somente aos cheques emitidos sem suficiente provisão de fundos, e não àqueles falsamente preenchidos por estelionatários, que não praticam, como sabemos, a infração penal prevista no inciso VI do §2º do art. 171 do CP, mas sim aquela tipificada em seu caput. Nessa hipótese, embora fique afastada a aplicação da súmula 554, impedindo o início da *persecutio criminis in judicio*, poderá o agente beneficiar-se com a redução relativa ao arrependimento posterior, caso venha a reparar o dano por ele causado.

Reparação do dano após o recebimento da denúncia → se a reparação do dano ou a restituição da coisa é feita por ato voluntário do agente, até o recebimento da denúncia ou da queixa, nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça, aplica-se a causa geral de redução de pena do art. 16 do CP. Se a reparação do dano ou a restituição da coisa é feita antes do julgamento, mas depois do recebimento da denúncia ou da queixa, embora não se possa falar na aplicação da causa de redução de pena prevista no art. 16 do CP, ao agente será aplicada a circunstância atenuante elencada na alínea b do inciso III do art. 65 do diploma repressivo.

Reparação dos danos e a Lei n. 9099/95 → a reparação dos danos recebeu um tratamento muito especial pela Lei n. 9099/95, na parte referente ao Juizado Especial Criminal. Diz o p. único do art. 74 desta lei: “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 composição dos danos entre o autor do fato e a vítima, realizada na audiência preliminar (art. 72 da Lei n. 9099/95), terá o condão de fazer com que ocorra a extinção da punibilidade (art. 107, V, CP), em face da renúncia legal imposta à vítima ao seu direito de ingressar em juízo com sua queixa-crime, ou mesmo de oferecer sua representação.

A Lei n. 9099/95 não fez distinção, ainda, se a infração penal foi ou não cometida com emprego de violência ou grave ameaça à pessoa. Desde que o crime seja da competência do JECrim, não importando se cometido com violência ou grave ameaça, e se a iniciativa da ação for privada ou pública condicionada à representação, o acordo referente à reparação dos danos, realizado entre o autor do fato e a vítima, resultará em renúncia, por parte desta, ao seu direito de queixa ou de representação.

Crime Impossível

O crime impossível veio previsto no art. 17 do CP, com a seguinte redação: “Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumir-se o crime”.

Quando o legislador inicia a redação do artigo que prevê o crime impossível, parte da premissa de que o agente já ingressara na fase dos chamados atos de execução, e a consumação da infração penal só não ocorre por circunstâncias alheias à sua vontade. Por essa razão é que o crime impossível também é conhecido como tentativa inidônea, inadequada ou quase-crime.

Absoluta ineficácia do meio → podemos perceber que o art. 17 do CP considera o crime impossível quando o agente, depois de dar início aos atos de execução tendentes a consumir a infração penal, só não alcança o resultado por ele inicialmente pretendido porque se utilizou de meio absolutamente ineficaz.

Meio é tudo aquilo utilizado pelo agente capaz de ajudá-lo a produzir o resultado por ele pretendido.

O art. 17 do CP fala em meio absolutamente ineficaz. Será aquele de que o agente se vale a fim de cometer a infração penal, mas que, no caso concreto, por mais que o agente queira realizar a conduta descrita no tipo, jamais o conseguirá com a utilização desse meio por ele escolhido, porque absolutamente ineficaz, ou seja, não possui a mínima aptidão para produzir os efeitos pretendidos.

O art. 17 do CP é claro quando diz que somente quando o meio for absolutamente ineficaz é que poderemos falar em crime impossível; caso contrário, quando a ineficácia do meio for relativa, estaremos diante de um crime tentado.

Pelo fato de ser relativamente ineficaz, o meio utilizado pelo agente pode vir ou não a causar o resultado. Na ineficácia absoluta, em hipótese alguma o resultado será alcançado com a sua utilização. Na lição de Hungria, “dá-se a inidoneidade relativa do meio quando este, embora normalmente capaz de produzir o evento intencionado, falha no caso concreto, por uma circunstância acidental na sua utilização”.

Absoluta impropriedade do objeto → não só a absoluta ineficácia do meio inibe a punição pelo crime tentado, como também a absoluta impropriedade do objeto.

Objeto, como já conceituamos, é a pessoa ou coisa sobre a qual recai a conduta do agente.

Nessas situações, por mais que o agente quisesse alcançar o resultado por ele pretendido, jamais conseguiria. Isso até por razões de ordem lógica: não se pode matar quem já estava morto; não se pode abortar quando não há gravidez, etc. A consumação dos crimes pretendidos seria, portanto, impossível.



. **Crime impossível e a Súmula 145 do STF** → diz a súmula n. 145 do STF: “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

Por intermédio da súmula 145 do STF foi pacificado o entendimento daquela Corte no sentido de que, em determinadas situações, se a polícia preparar o flagrante de modo a tornar impossível a consumação do delito, tal situação importará em crime impossível, não havendo, por conseguinte, qualquer conduta que esteja a merecer a reprimenda do Estado.

Uma vez preparado o flagrante pela polícia, a total impossibilidade de se consumir a infração penal pretendida pelo agente pode ocorrer tanto no caso de absoluta ineficácia do meio por ele utilizado como no de absoluta impropriedade do objeto