

AULA: 1

Caros alunos, hoje iniciaremos efetivamente nosso curso. Daremos seqüência à aula zero. Portanto, trataremos ainda de crime. Seguiremos pressupondo o que foi falado na aula zero. Lá, finalizamos falando dos elementos do fato típico, mais precisamente acerca do nexu causal. Agora, falaremos da tipicidade como ultimo dos elementos do fato típico.

Boa sorte a todos.

Professor JULIO MARQUETI.

3.5 - DA TIPICIDADE

Agora, vamos tratar do último dos elementos constitutivos do fato típico, ou seja, falaremos da tipicidade. Para que possamos fazê-lo, concisa e eficientemente, necessário que tratemos, detidamente, do tipo penal.

O tipo penal **é o modelo de conduta descrito na norma penal** (Exemplo: Artigo 121: “Matar Alguém”). Aqui, no estudo da tipicidade, devemos dispensar atenção aos tipos penais que descrevem condutas e estabelecem as respectivas penas (tipos penais incriminadores). Deles emanam normas proibitivas. Estaremos tratando, então, das normas penais incriminadoras.

O conceito dado é insuficiente, pois não abrange os tipos penais que não descrevem condutas. Por ele não são abrangidos, por exemplo, o tipo penal previsto no artigo 327 do CP¹, onde o legislador não descreve conduta, mas conceitua, para efeito penal, funcionário público.

¹ Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§ 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

§ 2º - A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

CURSOS ON-LINE – DIR. PENAL – CURSO BÁSICO
PROFESSOR JÚLIO MARQUETI

Em que pese sua insuficiência, a doutrina tem conceituado **tipo penal** como o **conjunto dos elementos descritivos do crime contido na lei penal**².

Para falarmos da tipicidade como elemento do fato típico, dispensaremos atenção somente aos tipos penais que descrevem conduta e estabelecem a respectiva sanção. Portanto, normas penais incriminadoras.

Atenção: Não estamos falando do fato típico (fato concreto), mas sim do fato abstrato, descrito na norma penal (tipo penal). Devemos observar somente a norma penal (a letra da lei) e, só após, o fato concreto.

3.5.1 – DOS ELEMENTOS DO TIPO PENAL.

Os tipos penais (fato abstrato) têm seus elementos, os quais, de regra, vêm descritos na lei. **Elementos do tipo penal são as elementares e eventuais circunstâncias descritas na norma penal.** Observe, na descrição legal do crime de furto, que a expressão “coisa alheia” é um elemento, como também o é o verbo “subtrair”.³

Então, observando a literalidade de cada dispositivo, notaremos os seus elementos. Vimos que os elementos podem ser as elementares, como também as circunstâncias previstas no tipo penal. Devemos defini-las.

Elementar é o elemento sem o qual o crime não existe. Observe mais uma vez o crime de furto. A expressão “coisa alheia” é elementar do crime, pois se não houver a subtração da coisa alheia, mas sim de coisa própria, não há que se falar em crime de furto.

Circunstância, por sua vez, é o elemento que, apesar de descrito na norma penal, pode ou não estar presente quando da concreção do fato. A sua ausência não leva à inexistência do crime, pois ela nada mais é que uma situação de fato ou de direito que rodeia, circunda, o crime. Observe o furto qualificado pela destruição ou rompimento de obstáculo (artigo 155, parágrafo 4º, inciso I, do CP).⁴

² Jesus – Damasio Evangelista (Direito Penal – Parte Geral – Editora Saraiva)

³ (Artigo 155 do CP - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.)

⁴ Furto qualificado

Pergunto: O rompimento ou a destruição de obstáculo é elementar ou circunstância do crime de furto? **Respondo:** Trata-se de circunstância que qualifica o crime. Se, hipoteticamente, eliminarmos do fato concreto a destruição ou rompimento de obstáculo, o crime de furto persiste. Assim, o rompimento e a destruição de obstáculo não é elemento necessário para que o crime de furto exista. Pode haver furto sem que a circunstância ocorra. Mas, jamais existirá o crime de furto sem que haja a “coisa alheia”. Esta sim, é elementar do crime de furto.

Elemento do tipo penal é o gênero do qual decorrem duas espécies, a elementar e a circunstância. Aquela absolutamente necessária para a existência do crime, esta não tem influência sobre a existência ou não o ilícito, apesar de ter relevância jurídico-penal, pois pode estabelecer pena maior ou menor ao agente.

De acordo com a doutrina, os elementos do tipo penal podem ser objetivos ou subjetivos. Vamos conceituá-los de acordo com a doutrina majoritária⁵, não se esquecendo jamais que entre os doutrinadores não há consenso⁶.

Elementos do tipo penal:

1- **objetivos:** Tratam do fato em si (lugar, modo, objeto). Podem ser: 1- descritivos ou 2-normativos. **Descritivos** são aqueles em que a literalidade (simples leitura) do dispositivo permite compreender o seu sentido. Já os **normativos** exigem um juízo de valor, a simples literalidade não nos permite compreendê-los. Necessitamos fazer uma valoração para extrair da norma o verdadeiro sentido do elemento normativo.

Exemplo: A elementar, “funcionário público”, é um elemento normativo, já que para, para sua compreensão, necessitamos fazer um juízo de valor. É certo que a própria lei penal nos dá o conceito (artigo 327). Mas isso não retira do elemento seu caráter normativo. Também é elemento normativo o estado puerperal da mãe quando da prática do infanticídio⁷.

§ 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido:
I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa;

⁵ Classificação adotada por Rogério Greco (Curso de Direito Penal-Parte Geral- Editora Impetus).

⁶ Para Damasio E. de Jesus (in Direito Penal - Parte Geral – editora Saraiva) os elementos normativos não são espécies dos elementos objetivos. Têm autonomia em sua classificação os elementos normativos.

⁷ **Infanticídio**

CURSOS ON-LINE – DIR. PENAL – CURSO BÁSICO
PROFESSOR JÚLIO MARQUETI

2- **subjetivos**: Os elementos subjetivos guardam relação com a finalidade do agente. O dolo e, para alguns, a culpa são elementos subjetivos do tipo penal. Alguns tipos penais, além do dolo, exigem um fim especial do agente. É o que ocorre, por exemplo, com o crime de extorsão mediante seqüestro, onde o agente seqüestra (priva a liberdade) com o fim de obter vantagem. Há a vontade dirigida à privação da liberdade acrescida de um fim especial.

Conhecidos os elementos do tipo penal e os conceitos de elementares e circunstância, passemos a tratar da tipicidade.

Conceito de tipicidade: tipicidade é a qualidade que passa possuir o fato concreto (praticado pelo agente) ao se amoldar ao fato abstrato (descrito na norma penal). Estamos falando da adequação típica. O fato típico tem tipicidade exatamente por se ajustar ao tipo penal. O ajuste deve abranger todos os elementos do tipo penal, sob pena de atipicidade da conduta.

No crime de seqüestro (artigo 148 do CP)⁸, o agente não necessita querer nada além da vontade de privação da liberdade. Já no crime de extorsão mediante seqüestro (artigo 159)⁹, além da vontade de privar a liberdade, necessário que tenha um fim especial, isto é, vontade de obter qualquer vantagem como condição ou preço do resgate.

O que diferencia os ilícitos é tão-só o elemento consistente no fim especial exigido para a perfeição do crime do artigo 159 do CP. Caso ausente a finalidade especial, não se fala em extorsão mediante seqüestro, mas em seqüestro ou cárcere privado (artigo 148 do CP). Notamos, então, que a tipicidade depende de uma integral correspondência do fato concreto com o fato descrito na norma penal (tipo penal).

Art. 123 - Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após: Pena - detenção, de dois a seis anos.
--

<p>⁸ Seqüestro e cárcere privado</p>
--

Art. 148 - Privar alguém de sua liberdade, mediante seqüestro ou cárcere privado: Pena - reclusão, de um a três anos.

<p>⁹ Extorsão mediante seqüestro</p>
--

Art. 159 - Seqüestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate: Pena - reclusão, de oito a quinze anos.

CURSOS ON-LINE – DIR. PENAL – CURSO BÁSICO
PROFESSOR JÚLIO MARQUETI

A adequação típica (subsunção do fato à norma penal) pode ocorrer diretamente, oportunidade em que se fala em tipicidade direta ou imediata; ou indiretamente, quando se fala em tipicidade indireta ou mediata ou por extensão.

Será **direta** quando o fato concreto já, à primeira vista, se amoldar ao tipo penal.

Exemplo: Quando, com “animus necandi” (vontade de matar), Antonio desfere golpes de faca na região torácica de Jorge, causando-lhe a morte, concretizou um fato que se ajusta ao tipo penal do crime de homicídio. Há, aqui, uma adequação direta, ou seja, já, à primeira vista, o fato se amolda ao tipo penal.

A adequação típica será, por sua vez, **indireta** (ou mediata), quando a conduta, à primeira vista, não se amolda ao tipo penal. Para solucionar o problema o legislador lançou mão de dispositivos que permitem tipicidade por extensão. Assim ocorre nos casos de tentativa e de participação (modalidade de concurso de pessoas).

Exemplo: No exemplo dado acima, pensemos que Antonio não tenha conseguido, por circunstâncias alheias à sua vontade (intervenção médica), matar Jorge, apesar de ter desferido os golpes de faca. A conduta se amolda perfeitamente ao tipo penal do crime de homicídio (matar alguém)? É certo que não, pois morte não houve. Ausente a elementar “matar”, atípica a conduta. A conduta, assim, à primeira vista, é atípica.

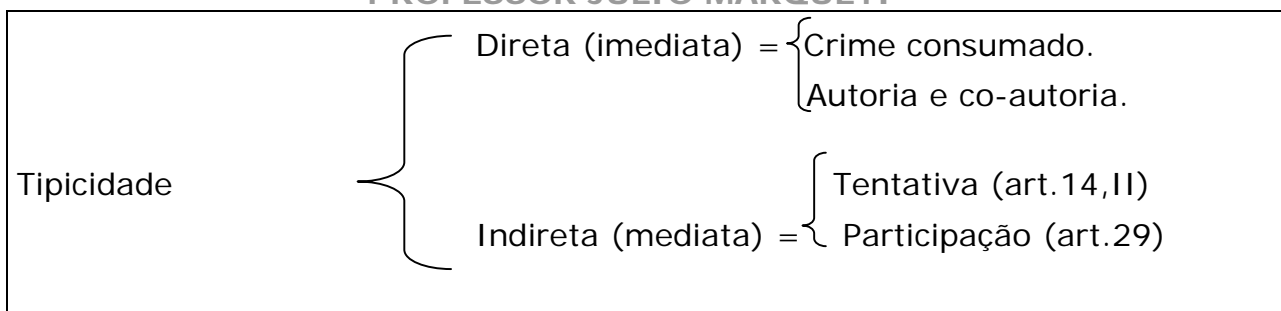
Todavia, a norma de extensão inserta no artigo 14, II, do CP¹⁰, nos permite tornar típica determinada conduta que à primeira vista é atípica. A tipicidade se dá por meio da norma de extensão e não diretamente. A respeito da participação e da autoria vamos falar mais adiante, quando formos tratar do concurso de pessoas (item 3.9).

Quadro sinótico :

¹⁰ **Art. 14** - Diz-se o crime:

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

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



3.5.2 – DA TIPICIDADE NO CRIME TENTADO (TENTATIVA).

Agora, vamos dispensar atenção à primeira hipótese de tipicidade por extensão. Para tanto, observemos, detidamente, a dicção do artigo 14 do CP. Devemos, com isso, distinguir o crime consumado do tentado.

Art. 14 - Diz-se o crime:

Crime consumado

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

Crime consumado: A consumação do ilícito ocorre no momento em que ele, de acordo com o que dispõe a norma penal, se aperfeiçoa. Fala-se em crime consumado quando o agente age e satisfaz o comando legal, isto é, na sua conduta ou, nos crimes materiais, da sua conduta, pode-se extrair todos os elementos constitutivos do tipo penal.

É óbvio que, diante de suas peculiaridades, cada tipo penal deve ser analisado isoladamente para que possamos emitir um juízo de valor acerca de sua consumação.

Nos crimes de resultado naturalístico, a consumação pode ser antecipada pelo legislador. Este, apesar de descrever no tipo penal o resultado naturalístico,

CURSOS ON-LINE – DIR. PENAL – CURSO BÁSICO
PROFESSOR JÚLIO MARQUETI

despreza-o para efeito de seu aperfeiçoamento (consumação). Assim ocorre no crime de concussão, onde o legislador não exige, para a consumação do crime, a efetiva obtenção da vantagem indevida exigida pelo sujeito ativo, bastando, para tanto, a conduta de EXIGI-LA. Tais crimes de consumação antecipada são pela doutrina chamados, como já vimos, de crimes formais.

De outra banda, os crimes conhecidos como materiais, são, como já sabemos, aqueles em que o resultado naturalístico é descrito na norma penal como um de seus elementos. Aqui, no entanto, diferentemente do que ocorre nos crimes formais, o resultado é absolutamente necessário para se dizer que o crime se consumou, atingiu sua perfeição (ex: crime de homicídio, lesões corporais, entre outros).

Já nos crimes onde se quer previsão legal de resultado existe, a consumação ocorre com a simples conduta. Em tal hipótese, está-se diante dos denominados crimes de mera conduta.

Crime tentado: Em primeiro lugar, devemos ressaltar a sapiência com que foi redigida a norma de extensão contida no inciso II do artigo 14 do CP. O legislador ao tratar da tentativa, em momento algum fala em resultado. Assim, até mesmo nos crimes em que não há previsão legal de resultado naturalístico (crimes de mera conduta), admite-se a tentativa.

O crime é considerado tentado quando o agente iniciou os atos executórios – transcendeu, portanto, a fase dos atos preparatórios – não tendo obtido sucesso em sua empreitada criminosa por circunstâncias quaisquer alheias à sua vontade.

Necessário que haja ocorrido ao menos um ato executório, sem que, com isso, ocorra a consumação. No caso da tentativa, o “iter criminis” (caminho do crime) é interrompido por circunstâncias alheias à vontade do agente. Este responderá por tentativa, sendo que a pena a ser aplicada será diminuída, salvo o caso de expressa disposição em sentido contrário.

Da distinção, concluímos que no crime consumado a tipicidade é direta, ao passo que no tentado é indireta.

Para que ocorra a tipicidade por extensão é necessário que o fato concreto se amolde ao tipo penal incriminador (ex: artigo 121 do CP) por meio da norma de extensão.

CURSOS ON-LINE – DIR. PENAL – CURSO BÁSICO
PROFESSOR JÚLIO MARQUETI

No caso da tentativa, a norma de extensão é aquela prevista no artigo 14, inciso II, do CP. Assim, devemos conhecer os elementos constitutivos tanto da norma penal incriminadora quando da norma de extensão.

Dos elementos constitutivos dos tipos penais incriminadores, vamos tratar quando formos falar dos crimes em espécie. Por ora, trataremos da norma de extensão.

3.5.2.1 – DOS ELEMENTOS DO CRIME TENTADO.

Primeiramente, vamos tratar do “**iter criminis**” (caminho do crime). O agente, quando pratica um ilícito penal, ultrapassa várias fases até chegar a sua consumação. Já sabemos que a consumação ocorre no momento em que estão presentes todos os elementos constitutivos do tipo penal, isto é, todos os elementos arrolados pela lei.

É certo que os crimes não se consumam no mesmo momento. Tudo depende do que dispõe a lei. Alguns, para se consumar, dependem do resultado naturalístico, outros, por seu turno, consumam-se com a conduta do agente, independentemente da ocorrência do resultado naturalístico (vide item 3.3).

O caminho do crime (iter criminis) inicia-se com a **cogitação**, oportunidade em que o agente, internamente, passa a vislumbrar a prática do ilícito (trabalho intelectual em que, por exemplo, estabelece o momento e modo mais adequado para a execução do crime).

A cogitação não ultrapassa o intelecto do agente. A partir do momento em que a cogitação é exteriorizada, ingressa-se no terreno dos **atos preparatórios**¹¹. Por meio de tais atos, o agente se prepara materialmente para a prática do ilícito (exemplo: o homicida compra a arma de fogo, o larápio adquire a chave falsa). **Tanto a cogitação, como a preparação, não é punível.**

Punível é a conduta que transcende a fase preparatória, ingressando nos **atos de execução**. **É na execução que a tentativa reside.** Na prática, às vezes, não é fácil distinguir ou visualizar o momento em que o agente ultrapassa a fase preparatória e ingressa na fase executória.

¹¹ Os atos preparatórios serão puníveis quando, por si só, constituírem ilícitos autônomos. É o que ocorre com o crime de quadrilha ou bando (Artigo - 388 do CP). O legislador, aqui, prevê como ilícito autônomo a simples reunião (preparação) de mais de 03 pessoas para a pratica de crimes futuros.

CURSOS ON-LINE – DIR. PENAL – CURSO BÁSICO
PROFESSOR JÚLIO MARQUETI

Assim, devemos analisar o caso concreto para sabermos o exato momento em que os atos, por serem de execução, passam a ser puníveis. **Atos executórios são aqueles que, segundo a doutrina, têm idoneidade (condição, aptidão) para levar à consumação.**

Pergunto: No filme “O dólar furado”, protagonizado pelo ator italiano Juliano Gema (perdoe-me se a grafia estiver incorreta), quando o seu personagem é atingido pelo tiro da arma de fogo, houve crime consumado ou tentado? Para aqueles que não conhecer a estória, respondo. O crime foi tentado, pois por circunstâncias alheias à vontade do agente o tiro não levou à morte, já que atingira uma moeda de dólar que estava em seu bolso esquerdo, protegendo seu coração.

No enredo mencionado, é óbvio que houve a prática de atos executórios – capazes de levar ao resultado.

O certo é que para a tentativa, necessário que o agente tenha praticado ao menos um ato executório.

Atenção :

Iter criminis = cogitação + preparação **execução + consumação.**

↓ ↓

IMPUNÍVEL PUNÍVEL

Da literalidade do tipo penal previsto no artigo 14, II, do CP, extraímos os elementos necessários para que ocorra a tentativa (conatus).

Para que o crime seja tentado, necessários dois elementos essenciais (elementares): 1-Início da execução e 2-interrupção da execução por circunstâncias alheias à vontade do agente. Tratemos de cada uma das elementares.

3.5.2.1.1 - Início da execução.

Para que haja a tentativa, necessário que tenha o agente iniciado a execução do ilícito. Assim, deve o agente ter ultrapassado a linha divisória entre os atos preparatórios e o início de execução. Para sabermos quando se iniciou a execução

CURSOS ON-LINE – DIR. PENAL – CURSO BÁSICO
PROFESSOR JÚLIO MARQUETI

do crime, necessário que estabeleçamos, casuisticamente, quando houve a prática do primeiro ato idôneo à consumação do ilícito.

A partir do primeiro ato que possibilite a consumação do ilícito, estaremos falando de início de execução e, com isso, da possibilidade de estarmos diante de um crime tentado, caso não tenha havido a consumação.

O portar a arma de fogo é ato preparatório. Já o puxar o gatilho é ato executório. Mas, normalmente a distinção não é tão fácil. Devemos analisar caso a caso para sabermos se houve ou não o início da execução.

Mas fiquem tranquilos, já que nos concursos públicos não se exige conhecer o momento em que ultrapassa a linha demarcatória entre ato preparatório e ato executório.

3.5.2.1.2 - Interrupção da execução por “circunstâncias alheias à vontade do agente”:

No crime tentado, o agente só não consegue seu desiderato (objetivo) por circunstâncias alheias à sua vontade. Ele não prossegue na execução do ilícito porque para ele não é possível fazê-lo. Circunstâncias exteriores (mesmo que só imaginadas pelo agente) o impedem de prosseguir.

Caso o não prosseguir se dê por vontade do agente, não há que se falar em tentativa, já que ausente a elementar “circunstância alheia à sua vontade”.

Exemplo clássico de crime tentado é o do ladrão que dentro do domicílio alheio, tendo já separado os bens móveis para subtração, se vê obrigado a parar tendo em conta a chegada do morador.

Atenção: Será o dolo do agente que indicará a existência de crime tentado. Observe o fato de João ter dado um tiro na perna de Antonio, causando-lhe lesão corporal. **Pergunto:** O crime foi tentado ou consumado? **Respondo:** Tudo depende de qual a intenção do agressor. Caso pretendesse causar lesão corporal, o crime seria consumado (lesão corporal consumada). Se, entretanto, pretendia matar Antonio, pode ter havido crime tentado (homicídio tentado). **Conclusão:** Concluimos, daí, que o dolo do crime tentado é o mesmo do crime consumado.

A tentativa pressupõe, então, execução fracionável. Caso não seja fracionável, impossível a interrupção do processo executório.

Observe o crime de desacato¹². Desacatar significa ofender, injuriar. A ofensa quando é verbal, não admite a tentativa, já que a conduta não é fracionável.

Quando, todavia, a ofensa é dirigida ao funcionário público por escrito, admite-se, em tese, a tentativa, já que fracionável o processo executório (a missiva pode ser, por terceiro, interceptada antes de chegar a seu destino).

Os crimes, cujo processo de execução é fracionável, são conhecidos como **crimes plurissubsistentes**. Aqueles, cuja fracionabilidade não é possível, são conhecidos como **unissubsistentes**. Não se admite, assim, tentativa nos crimes unissubsistentes. Não podemos jamais nos esquecer que os plurissubsistentes podem ser praticados por meio de atos não fracionáveis, oportunidade em que são eventualmente unissubsistentes.

Questão interessante :

Pergunto: Admite-se tentativa nos crimes culposos? **Respondo:** Nos crimes culposos, o agente dá causa ao resultado sem tê-lo previsto, apesar de previsível. Assim, não quis e nem mesmo assumiu o risco de produzir o resultado. Não há como tentar fazer o que não se quer (o que não se busca). Se no crime culposo não há previsão do resultado, não há como tentar alcançá-lo. Portanto, culpa em sentido estrito e tentativa são conceitos que não coexistem.

3.5.2.2 – DAS ESPÉCIES DE TENTATIVA.

A doutrina classifica em espécies a tentativa. Veremos as mais importantes, já que, em não poucas oportunidades, foram objeto de questionamento em concursos públicos.

1- Tentativa branca (ou incruenta): Diz-se tentativa branca, quando o agente não consegue causar lesão ao objeto material protegido pela norma penal. (Exemplo: Homicida (incompetente) que desfere vários disparos contra a vítima e não causa se quer lesão corporal – erra todos os disparos feitos e não pode prosseguir diante da chegada da polícia).

2- Tentativa cruenta: Diferentemente da tentativa branca, aqui, apesar de, por circunstâncias alheias a sua vontade, não poder prosseguir, o agente causou

¹² Art. 331 - Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela:
Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

CURSOS ON-LINE – DIR. PENAL – CURSO BÁSICO
PROFESSOR JÚLIO MARQUETI

lesão (exemplo: feriu a vítima mortalmente, a qual não faleceu em decorrência de exitosa intervenção médica).

3- Tentativa perfeita (tentativa acabada ou crime falho): O agente exaure todo o processo executório, mas não consegue o seu objetivo. (É o caso clássico daquele que dispara todos os projéteis de seu revólver na vítima – exauriu todo o processo executório -, mas, por ter sido socorrida, a vítima não sucumbiu).

4- Tentativa imperfeita (tentativa propriamente dita ou inacabada): O agente não exaure todo o processo executório. Este é seccionado (interrupção) diante de circunstância alheia à vontade do agente. (É o caso daquele que possuindo condição de prosseguir, pois ainda tem projéteis em condição de disparo, não pode fazê-lo, uma vez surpreendido pela polícia).

3.5.2.3 – DA NATUREZA JURÍDICA E DA APLICAÇÃO DA PENA.

Natureza jurídica da tentativa: Trata-se de norma de extensão temporal da figura típica. Leva à adequação típica por extensão, subsunção mediata. No que tange à aplicação da pena, funciona como causa geral de diminuição de penal.

Da aplicação da pena: Como já falamos, no que se refere à aplicação da pena, funciona como causa geral de diminuição de penal. O nosso legislador adotou como base de cálculo a pena aplicada ao crime consumado. Sobre a pena do crime consumado far-se-á a diminuição de 1/3 a 2/3. A menor ou maior diminuição levará em conta a maior proximidade do agente da consumação.

Assim, quanto mais próximo da consumação, menor será a diminuição (maior a pena). Para se estabelecer o quantum da diminuição não se leva em conta outra coisa que não seja extensão percorrida do “iter criminis”¹³.

¹³ TRIBUNAL DE CONTAS DO PI (PROCURADOR) 2005 – FCC.

21 – O critério utilizado pela jurisprudência para fixar o “quantum” da redução no caso de tentativa leva em conta, essencialmente, a maior ou menor:

- a- proximidade da consumação.
- b- intensidade de dolo do agente.
- c- punibilidade do agente.
- d- relevância do bem jurídico protegido.
- e- incidência de circunstância agravante ou atenuante.

Gabarito oficial : A

CURSOS ON-LINE – DIR. PENAL – CURSO BÁSICO
PROFESSOR JÚLIO MARQUETI

Como causa geral de diminuição que é, permite que a pena final seja fixada abaixo do mínimo legal. Observe o crime de furto simples (artigo 155 do CP), onde a pena cominada é de 01 a 04 anos de reclusão e multa. Levando em conta as circunstâncias judiciais (artigo 59 do CP), o juiz escolherá a pena base (de 01 a 04 anos de reclusão). Pensemos que tenha fixado a pena de 01 ano. Sobre esta incidirá a causa de diminuição do crime tentado. Se a diminuição for a máxima, a pena será reduzida de 2/3. O quantum final, assim, ficará abaixo da pena mínima prevista para o crime de furto que é de 01 ano.

Atenção: Recentemente foi objeto de questionamento no concurso do Bacen¹⁴, sendo certo que, naquela questão, a alternativa "A" estava incorreta, já que o redutor não leva em conta a culpabilidade do agente.

3.5.2.4 – DOS CRIMES QUE NÃO ADMITEM TENTATIVA.

Nosso objetivo não é exaurir o rol dos ilícitos que não admitem tentativa, como também não é entrar em embate doutrinário a respeito do tema. Vamos arrolar os ilícitos que a doutrina de forma consensual afirma não ser possível a tentativa.

1- **Crimes unissubsistentes:** Já vimos que unissubsistentes são os crimes em que o "iter criminis" não é fracionável. São os que se aperfeiçoam em um só ato, independentemente de serem materiais, formais ou de mera conduta. (exemplo: desacato verbal; injúria verbal).

2- **Crimes preterdolosos** (ou preterintencionais): Aqui, nos crimes preterdolosos, o resultado agravador não decorre de vontade do agente. Na realidade o resultado não é querido. Assim, não há como se tentar o que não se

¹⁴ ANALISTA DO BACEN – 2005 (FCC) PROVA 1 (AREA4).

22 – A tentativa :

a- constitui causa geral de diminuição de pena, devendo o respectivo redutor corresponder à culpabilidade do agente.

b- é impunível nos casos de ineficácia absoluta do meio e de relativa impropriedade do objeto.

c- exige comportamento doloso do agente.

d- não prescinde da realização de atos de execução, ainda que se trate de contravenção penal.

e- dispensa o exaurimento da infração, necessário apenas para que se reconheça a consumação.

Gabarito – C.

CURSOS ON-LINE – DIR. PENAL – CURSO BÁSICO
PROFESSOR JÚLIO MARQUETI

quer. Exemplo: No crime de lesão corporal seguida de aborto¹⁵, o resultado agravador – o aborto, não é buscado pelo agente, decorre de culpa. Caso fosse querido, o crime seria de aborto (artigo 125 e 127 do CP). Assim, não é possível falar-se em tentativa de lesão corporal seguida de aborto. É o que também sucede com a lesão corporal seguida de morte (artigo 129, parágrafo 3º, do CP).

3- **Crimes culposos:** Nos crimes culposos, por sua vez, o resultado não é previsto pelo agente, apesar de previsível. Assim, não é possível tentar-se o que se quer é previsto.

4- **Crimes habituais:** Nos crimes habituais a habitualidade é elementar do crime. Não é possível tentar-se o crime habitual. Exemplo: Curandeirismo¹⁶. Não há um iter criminis. Se não houver habitualidade (reiteração de conduta) não há crime e, se houver, o crime se consumou.

5- **Crimes omissivos puros** (ou próprios): Nos crimes omissivos puros, a conduta de abster-se (deixar de fazer o que a lei manda) sem a necessidade de qualquer resultado naturalístico, faz desses crimes, crimes unissubsistentes, o que, por si só, não permite a tentativa. Não há como tentar deixar de fazer.

6- **As contravenções penais:** por expressa disposição legal, é impunível a tentativa de contravenção.¹⁷

¹⁵ **Lesão corporal**

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

Pena - detenção, de três meses a um ano.

§ 2º Se resulta:

V - aborto:

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

¹⁶ **Curandeirismo**

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.

¹⁷ Art. 4º Não é punível a tentativa de contravenção (Lei das contravenções penais).

Tendo em conta a proximidade do tema em relação à tentativa, vamos, antes de tratarmos da segunda hipótese de tipicidade por extensão (participação), falar da desistência voluntária e do arrependimento eficaz, como também do crime impossível.

3.6 – DA DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA E DO ARREPENDIMENTO EFICAZ.

A desistência voluntária e o arrependimento eficaz estão previstos no artigo 15 do CP, cuja literalidade segue.

Desistência voluntária e arrependimento eficaz

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 dispositivo legal acima traz dois institutos interessantíssimos para o nosso trabalho: a desistência voluntária que está prevista em sua primeira parte e o arrependimento eficaz cuja menção está na segunda. Ambos são conhecidos pela doutrina como **tentativa abandonada**.

Diz-se tentativa abandonada, uma vez que o agente, iniciada a execução, desiste ou se arrepende e, com isso, inibe a consumação do ilícito.

A desistência voluntária e o arrependimento eficaz levam à mesma consequência jurídica: **à atipicidade da conduta** frente o delito inicialmente almejado pelo agente. Este responderá, ocorrendo qualquer um dos eventos (desistência voluntária ou arrependimento eficaz), pelos atos praticados e não pelo crime tentado.

3.6.1 – DA DESISTENCIA VOLUNTÁRIA.

Na **desistência voluntária**, o agente interrompe o processo causal (a fase de execução), não por circunstâncias alheias à sua vontade, mas sim voluntariamente, apesar de possuir meios materiais para prosseguir.

Como a não consumação decorreu de ato voluntário do agente (abstenção, podendo prosseguir), não há que se falar em crime tentado, já que ausente a elementar: “circunstâncias alheias à vontade do agente”. Como não se consumou, não se fala em adequação típica direta. Tipicidade indireta também

CURSOS ON-LINE – DIR. PENAL – CURSO BÁSICO
PROFESSOR JÚLIO MARQUETI

não houve, já que não se pode falar em crime tentado. **Portanto, atípica a conduta.**

O agente, todavia, responderá pelos atos praticados, caso constituam ilícitos.

Exemplo: João, agindo com “animus necandi” (vontade de matar), desfere três tiros nos membros inferiores de Antônio. Com este caído ao solo, e tendo na arma mais três projéteis, João, voluntariamente, desiste de seu intento, apesar de ter condições para prosseguir.

João, no exemplo, desistiu voluntariamente de seu desiderato. A lei lhe concede uma oportunidade inigualável, tornando sua conduta atípica frente o delito buscado. Ele buscava o homicídio. É certo que não houve resultado morte. Mas, poderia ele responder, então, por homicídio tentado. Nem mesmo por crime tentado responderá. Todavia, pelos atos praticados, lesões corporais, responderá, pois constituem, por si só, ilícito penal.

Atenção: Só se admite a desistência voluntária antes de exaurido o processo causal (a fase executória é interrompida voluntariamente). Caso o agente não tenha como desistir, não há que se falar em desistência voluntária.

Dica importante: Se o agente, nas circunstâncias que se encontrava, disser a si mesmo: Posso prosseguir, mas não quero. Estaremos diante da desistência voluntária. Caso o agente, nas circunstâncias que se encontrava, afirmar a si próprio: Quero prosseguir, mas não posso. Estar-se-á falando de tentativa¹⁸.

3.6.2 – DO ARREPENDIMENTO EFICAZ.

No arrependimento eficaz, diferentemente do que ocorre na desistência voluntária, o agente exaure os atos executórios, mas não chega a produzir o resultado.

Tendo exaurido os atos executórios, o agente passa a agir em sentido oposto, adotando medidas eficazes no sentido de impedir o resultado danoso. Para que haja o arrependimento eficaz, é necessário que o crime não se tenha consumado.

¹⁸ Greco – Rogério (Curso de Direito Penal – Parte Geral – Editora Impetus).
www.pontodosconcursos.com.br

CURSOS ON-LINE – DIR. PENAL – CURSO BÁSICO
PROFESSOR JÚLIO MARQUETI

O arrependimento eficaz só é possível quando estivermos falando de crimes de resultado, isto é, de crimes em que o legislador descreve na norma penal incriminadora o resultado naturalístico.

Todavia, como estamos falando de crimes de resultado naturalístico e de evento que possa ser efetivado antes de sua consumação, não é possível o arrependimento eficaz nos crimes de mera conduta (onde não há previsão legal de resultado naturalístico). Como também nos crimes formais, já que nestes, apesar de existir a previsão legal de resultado naturalístico, este não é necessário para sua consumação. Esta ocorreu com a conduta, não se podendo falar em arrependimento eficaz se já ocorreu a consumação. **Concluimos, então, que o arrependimento eficaz só é possível nos crimes materiais.**

Mister, ademais, que o agente obtenha sucesso em seu arrependimento. Caso não seja ele eficaz, responderá o agente pelo resultado que não impediu.

Exemplo: A mulher que, com a intenção de matar o marido, serve-lhe no leito, pela manhã, café envenenado. Após ter ele ingerido a substância letal (exaurido o processo executório), ela, arrependendo-se, ministra-lhe antídoto. Obtendo êxito, houve arrependimento eficaz¹⁹.

A consequência jurídica é a mesma da desistência voluntária. Como a não consumação decorreu de ato voluntário do agente (ação em sentido contrário), não há que se falar em crime tentado, já que ausente a elementar: “circunstâncias alheias à vontade do agente”.

Como não se consumou, não se fala em adequação típica direta. Tipicidade indireta também não houve, já que não se pode falar em crime tentado. **Portanto, atípica a conduta.** Responderá, todavia, pelos atos praticados, casos constituam ilícitos.

3.7. – DO ARREPENDIMENTO POSTERIOR.

¹⁹ 51(FCC) - A ação de Cleópatra ao ministrar um antídoto que neutralizou, em tempo, o veneno dado anteriormente a Marco Antônio, caracteriza:

- a- crime impossível.
- b- arrependimento posterior.
- c- desistência voluntária.
- d- arrependimento eficaz.
- e- crime tentado.

Gabarito oficial : D

CURSOS ON-LINE – DIR. PENAL – CURSO BÁSICO
PROFESSOR JÚLIO MARQUETI

O arrependimento posterior previsto no artigo 16 do CP, não tem, em relação ao conceito analítico de crime, relevância, pois não trata de tipicidade ou antijuridicidade do fato.

Todavia, por termos tratado do arrependimento eficaz no item imediatamente anterior, devemos falar agora do arrependimento posterior, principalmente com o intuito de estabelecer os traços distintivos entre eles.

O arrependimento posterior está previsto no artigo 16 do Código Penal, cuja literalidade segue.

Arrependimento posterior

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: Não se trata de causa de atipicidade da conduta, mas sim de **causa geral de diminuição de pena**²⁰. Como tal, permite que a pena seja aplicada abaixo do mínimo legal²¹.

²⁰ PGE SÃO PAULO (PROCURADOR DO ESTADO) 2002 .

24 – O arrependimento posterior é :

- a- causa de extinção da punibilidade.
- b- conduta que impede a produção do resultado.
- c- circunstância atenuante.
- d- causa obrigatória de aumento de pena.
- e- causa obrigatória de diminuição de pena.

Gabarito oficial: E

²¹ ANALISTA DO BACEN – 2005 (FCC) PROVA 1 (AREA4).

23- O arrependimento posterior :

- a- permite, como causa geral de diminuição, que se reduza a pena abaixo do mínimo legal.
- b- não permite, como circunstância atenuante, que se reduza a pena abaixo do mínimo legal.
- c- exclui a tipicidade da conduta.
- d- não permite, como causa geral de diminuição, que se reduza a pena abaixo do mínimo legal.
- e- permite, como circunstância atenuante, que se reduza a pena abaixo do mínimo legal.

Gabarito oficial: A

CURSOS ON-LINE – DIR. PENAL – CURSO BÁSICO
PROFESSOR JÚLIO MARQUETI

Observe, “mutatis mutandis”, o que foi falado a respeito quando tratamos da tentativa, que também é uma causa geral de diminuição de pena: “Como causa geral de diminuição que é, permite que a pena final seja fixada abaixo do mínimo legal. Observe o crime de furto simples (artigo 155 do CP), onde a pena cominada é de 01 a 04 anos de reclusão e multa. Levando em conta as circunstâncias judiciais (artigo 59 do CP), o juiz escolherá a pena base (de 01 a 04 anos de reclusão). Pensemos que tenha fixado a pena de 02 anos. Sobre esta incidirá a causa de diminuição do crime tentado. Se a diminuição for a máxima, a pena será reduzida de 2/3. O quantum final, assim, ficará abaixo da pena mínima prevista para o crime de furto que é de 01 ano”.

Para que o agente seja beneficiado pela diminuição de pena prevista no artigo 16 do CP, necessário que preencha objetivamente os requisitos exigidos pela lei.

São requisitos necessários para o arrependimento posterior:

- 1- Crime sem violência ou grave ameaça à pessoa.
- 2- Restituição da coisa ou a reparação do dano:
 - a. voluntária
 - b. antes do recebimento da denúncia ou da queixa crime.

Vamos analisar detidamente cada um dos requisitos.

3.7.1- Crime sem violência ou grave ameaça à pessoa.

Para receber a benesse da lei, o agente não pode ter se valido de violência ou grave ameaça à pessoa. É óbvio que a violência contra a pessoa no crime culposos não faz inibir a concessão do benefício (Ex: lesão corporal culposa). A violência empregada contra a coisa também não proíbe a concessão do benefício (Ex: furto mediante destruição de obstáculo).

Os crimes dolosos, praticados com o emprego de violência (vis absoluta) ou agrava ameaça (vis compulsiva) contra a pessoa, estão excluídos da incidência do arrependimento posterior.

Não se admite, por exemplo, o arrependimento posterior nos crimes de roubo, extorsão, entre outros.

3.7.2 - Reparação do dano ou restituição da coisa.

CURSOS ON-LINE – DIR. PENAL – CURSO BÁSICO
PROFESSOR JÚLIO MARQUETI

Tratando-se de crime sem violência ou grave ameaça à pessoa ou tratando-se de crime culposos, mesmo que tenha havido violência contra a pessoa, a concessão do benefício depende de um evento: reparação do dano ou a restituição da coisa.

O evento, ou seja, a reparação do dano ou a restituição da coisa só produzirá efeito se for **voluntária**. A voluntariedade não se confunde com espontaneidade. Ser voluntário significa que não decorra de coação. Mister que por vontade própria o agente repare o dano ou restitua a coisa. Não exclui a benesse o fato de ter sido, por exemplo, aconselhado a fazê-lo.

Não constitui, por exemplo, restituição voluntária aquela que decorre de apreensão da “res furtiva” (coisa furtada) pela autoridade policial. Assim, no furto a restituição feita pela autoridade policial, após apreensão dos bens furtados, à vítima não constitui arrependimento posterior.

Para que produza efeito, necessário que a restituição da coisa ou a reparação do dano se efetive **até o recebimento da denúncia ou da queixa-crime**. Aqui, o momento preclusivo. Mas, o que isso significa?

Vamos, agora, abrir um parêntese para tratarmos, de forma sintética e singela, de matéria de Direito Processual Penal. Trataremos um pouco de ação penal e de seus requisitos, bem como de seus titulares.

Nosso objetivo é só localizar, dentro do processo penal, onde está o recebimento da denúncia ou queixa-crime. Discorrerei, assim, da forma mais simples possível.

DA DENÚNCIA E DA QUEIXA-CRIME :

O processo penal pode ser iniciado no fórum por iniciativa do Promotor de Justiça (ação penal pública) ou pela vítima (ação penal privada). A eles caberá protocolar no fórum o pedido para o processo ser iniciado contra determinada pessoa. Esse pedido tem o nome de DENUNCIA, na ação penal pública, e de QUEIXA-CRIME, na ação penal privada.

A ação penal, pública ou privada, será manejada por seu titular (titular do direito de agir). A este caberá levar a querela ao Poder Judiciário. Este só se manifestará se provocado. A provocação, por sua vez, efetivar-se-á por meio do exercício do direito de ação. Para tanto, isto é, para promover a respectiva ação penal, caberá aos titulares do direito de agir formularem a DENUNCIA, no caso de ação penal pública (movida pelo Ministério Público), ou a QUEIXA-CRIME, caso privada a ação penal (movida pelo ofendido ou por seu representante legal). Assim, portanto, a DENUNCIA e a QUEIXA-CRIME são as peças inaugurais do processo penal. A primeira, relativa à ação penal pública e a segunda à ação penal privada.

CURSOS ON-LINE – DIR. PENAL – CURSO BÁSICO
PROFESSOR JÚLIO MARQUETI

O direito de ação (jus postulandi) é, no direito processual penal, exercido por meio da DENÚNCIA e da QUEIXA-CRIME. Entretanto, não podemos nos esquecer que eventual processo depende da existência de requisitos mínimos para que nasça validamente. Portanto, sempre deverão estar presentes: 1)- indícios suficientes de autoria; e 2)- prova da materialidade delitiva.

Os requisitos da denúncia e da queixa-crime estão elencados no artigo 41 do CPP, cuja literalidade é a seguinte: Artigo 41 do CPP : “A denúncia ou a queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas”.

Oferecida (protocolada no fórum) a denúncia pelo Ministério Público, na ação penal pública, ou a queixa-crime pelo ofendido ou seu representante legal (a vítima = particular), caberá ao juiz analisar se é realmente o caso de processar alguém. Nesse momento ele, juiz, apreciará os requisitos dos pedidos que lhe foram feitos. Admitindo o processo, o juiz **RECEBERÁ** a denúncia ou a queixa-crime, determinado que se inicie o processo.

Retornemos, então, ao arrependimento posterior. Para que produza, então, efeito a restituição da coisa ou a reparação do dano, necessário que o juiz ainda não tenha recebido a denúncia ou a queixa-crime.

A partir do momento em que o juiz admite o processo, recebendo formalmente a queixa-crime ou a denúncia, ao agente que vier a restituir a coisa ou reparar o dano não se aplicará o arrependimento posterior.

Atenção: (DICA IMPORTANTE) Muitas questões objetivas buscam confundir o candidato. O que proíbe a concessão do benefício é o **RECEBIMENTO** e não o OFERECIMENTO (protocolo) da denúncia ou da queixa-crime.

Questão interessante: A restituição da coisa ou a reparação do dano deve ser integral? A lei nada diz a respeito. Entendo que a restituição parcial da coisa, como a reparação parcial do dano, surte efeito sim. Não levaria, é óbvio, à redução máxima da pena (2/3). Mas também não seria desprezada quando da aplicação da pena. Solução justa é se estabelecer o “quantum” da diminuição, entre o mínimo 1/3 e o máximo 2/3, levando-se em conta a satisfação do prejuízo da vítima. Ressalto, todavia, que tanto a jurisprudência quanto a doutrina não são uniforme a respeito. **No entanto, para nós, máxime nas**

provas da ESAF, o arrependimento posterior só irá produzir efeito quando a reparação do dano ou a restituição da coisa for integral²².

ATENÇÃO, muita atenção:

Diferença entre: ARREPENDIMENTO EFICAZ e ARREPENDIMENTO POSTERIOR.

O arrependimento:

- 1- eficaz: o evento* exclui a tipicidade.
- 2- posterior: o evento* é causa de diminuição de penal.
- 3- eficaz: o evento* ocorre antes do resultado danoso.
- 4- posterior: o evento* é **posterior** ao resultado danoso e busca minimizar seus efeitos.

***evento = restituição da coisa ou reparação do dano.**

Observe que no arrependimento posterior ocorre o evento ocorre sempre depois de consumada a infração penal. O que o agente busca, é minimizar os efeitos danosos de sua conduta.

3.7.1 – DO ARREPENDIMENTO POSTERIOR NO PECULATO.

No crime de peculato (artigo 312 do CP) admite-se o arrependimento posterior quando doloso o crime. Já na modalidade culposa (parágrafo 2º), a lei prevê benefício maior àquele que repara o dano ou restitui a coisa (parágrafo 3º). Observe a literalidade da lei.

Peculato

²² **PROCURADOR DO BACEN – 2002 – ESAF.**

81- No que se refere ao arrependimento posterior pode-se afirmar que:

- a) para que haja a redução da pena, exige-se a completa reparação do dano ou a restituição da coisa, além da necessidade da voluntariedade do ato realizado pelo agente.
- b) se trata de causa facultativa de diminuição de pena.
- c) só é aplicável caso a reparação do dano ou a restituição da coisa ocorra após o recebimento da denúncia ou da queixa.
- d) a redução da pena neste caso atinge todos os crimes, inclusive aqueles cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa.
- e) a reparação feita por um dos acusados não aproveita aos demais.

Gabarito oficial : A

CURSOS ON-LINE – DIR. PENAL – CURSO BÁSICO
PROFESSOR JÚLIO MARQUETI

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.

No peculato culposo, a lei prevê a extinção da punibilidade (benefício maior) àquele que repara o dano até a sentença penal irrecorrível.

Assim, se a reparação do dano ocorre até o recebimento da denúncia ou queixa, portanto antes da sentença irrecorrível, o benefício não é a diminuição da pena, mas sim a extinção da punibilidade. Extinguindo-se a punibilidade, o processo deverá ser arquivado e a pena não será aplicada.

Logicamente, não se aplicará a regra do arrependimento posterior (artigo 16 do CP), mas sim o benefício específico previsto no parágrafo 3º do artigo 312 do CP. Já, entretanto, ao peculato doloso, ao qual não há que se falar em extinção da punibilidade, será aplicado o arrependimento posterior, desde que presentes os seus requisitos.

ATENÇÃO: A reparação do dano ou a restituição da coisa feita por um dos acusados, estende-se a todos. Portanto, nos crimes praticados por mais de uma pessoa (concurso de agentes – artigo 29 do CP), a reparação do dano ou a restituição da coisa por um dos acusados, a todos beneficiará.

3.8 – DO CRIME IMPOSSÍVEL.

A figura do crime impossível está prevista no artigo 17 do CP, cuja letra segue abaixo. É conhecido, o crime impossível, como tentativa inidônea, tentativa inadequada ou quase-crime.²³

²³Capez – Fernando (Curso de Direito Penal – Parte Geral - editora Saraiva).

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.

Aqui, o legislador, diante de duas hipóteses em que o crime não se consumaria de maneira alguma, despreza o dolo do agente, para considerar **impunível a sua conduta**.

Do crime impossível decorre a atipicidade da conduta, já que tanto o meio empregado quanto o objeto não permitem a consumação do ilícito. **Em síntese: Não há como se tentar o impossível.** Assim, até mesmo a tentativa é impunível, já que atípica a conduta. De acordo com a letra da lei, em duas hipóteses há crime impossível, são elas: 1- ineficácia absoluta do meio; e 2- absoluta impropriedade do objeto. Tratemos de cada uma delas individualmente.

3.8.1 – DA INEFICÁCIA ABSOLUTA DO MEIO.

Meio é tudo que possibilita a prática do ilícito e que se mostra necessário para que a consumação se efetive. A utilização de arma de fogo pode ser meio para causar lesão corporal e levar à morte alguém. O envenenamento também é meio. O falso é meio para iludir a vítima no estelionato.

No crime impossível, a consumação já não houve. Necessário perquirirmos a eficácia do meio empregado pelo agente, para sabermos se houve crime tentado.

O meio empregado pelo agente, no crime impossível, se mostra absolutamente ineficaz, o que leva à absoluta impossibilidade de consumação do delito. Se o meio empregado não possui capacidade de levar à consumação, por mais que se queira, não há que se falar nem mesmo em crime tentado.

A ineficácia, todavia, deve ser absoluta. Caso relativa, há crime tentado.

São meios absolutamente ineficazes: Envenenamento com açúcar; disparo de revólver sem munição; a falsidade grosseira que não tem capacidade de enganar.

O meio relativamente ineficaz é aquele que poderia ter levado a efeito a consumação do ilícito, apesar de não tê-lo feito. É o caso clássico daquele que dispara arma de fogo com munição velha. Por estar envelhecida a munição, o disparo não se efetivou. Mas, apesar de envelhecida, poderia a munição ter

CURSOS ON-LINE – DIR. PENAL – CURSO BÁSICO
PROFESSOR JÚLIO MARQUETI

levado ao disparo. Assim, relativamente ineficaz o meio. Responderá o agente por crime tentado.

Observe: Apesar de envelhecida a munição, caso o agente de forma reiterada buscasse o disparo (acionasse por várias vezes o gatilho do revólver), tenho como afirmar, com absoluta certeza, que a arma não dispararia? Já, entretanto, no caso da arma sem munição, tenho certeza absoluta que, mesmo a busca incessante, jamais levaria a efeito a consumação do ilícito. Naquele caso, o meio é relativamente eficaz, enquanto neste, o meio é dotado de ineficácia absoluta.

São meios relativamente ineficazes: Ingestão de abortivo com prazo de validade vencido; disparo de revolver com munição envelhecida.

3.8.2 – DA ABSOLUTA IMPROPRIEDADE DO OBJETO.

Objeto do ilícito é a pessoa ou a coisa sobre a qual recai a conduta delituosa. Não são poucas vezes que o objeto se mostra impróprio para o ilícito. A impropriedade deve ser absoluta. Caso relativa, há crime tentado.

Exemplo: João, pretendendo matar Antônio, dispara contra ele vários tiros. Antônio, que parecia estar dormindo, na realidade já estava morto em razão de envenenamento.

No exemplo dado, o objeto é absolutamente impróprio para a consumação do crime de homicídio, já que Antônio quando atingido pelos disparos já estava morto.

Outro exemplo interessantíssimo, inclusive para diferenciar a impropriedade absoluta da relativa: O punquista (batedor de carteiras), na praça da Sé, centro de São Paulo, pretendendo subtrair a carteira do bolso de um senhor, aposentado, que se encontrava na fila de um posto de atendimento do INSS, coloca, sorrateiramente, a mão no bolso direito, oportunidade em que não obtém sucesso, já que naquele bolso havia nada, estava vazio.

Pergunto: No exemplo, há crime impossível por absoluta impropriedade do objeto ou há crime tentado diante da relativa impropriedade do objeto?

Respondo: Caso o aposentado não estivesse com a carteira, nem mesmo em seu bolso esquerdo, pois não a portava naquele momento, estaríamos diante de um crime impossível, por absoluta impropriedade do objeto. Se, entretanto, a carteira estivesse no outro bolso (esquerdo), a impropriedade seria relativa. O

CURSOS ON-LINE – DIR. PENAL – CURSO BÁSICO
PROFESSOR JÚLIO MARQUETI

que levaria à inexistência do crime impossível, respondendo o punquista por crime tentado.

No caso de ausência de carteira (o aposentado não a portava), não houve exposição do patrimônio a perigo de lesão. Já no caso de a carteira estar no bolso esquerdo, o ataque direcionado ao bolso direito, expôs, ao menos, a perigo de lesão o patrimônio do aposentado.

Notamos, então, que, no crime impossível, o objeto (coisa ou pessoa) não sofre sequer perigo de lesão.

No que se refere ao crime impossível, observe a alternativa “B” da questão objetiva que segue, a qual foi objeto de indagação no último concurso de Analista do Banco Central pela fundação Carlos Chagas.

ANALISTA DO BACEN – 2005 (FCC) PROVA 1 (AREA 4).

22 – A tentativa:

- a- constitui causa geral de diminuição de pena, devendo o respectivo redutor corresponder à culpabilidade do agente.
- b- é impunível nos casos de ineficácia absoluta do meio e de relativa impropriedade do objeto.
- c- exige comportamento doloso do agente.
- d- não prescinde da realização de atos de execução, ainda que se trate de contravenção penal.
- e- dispensa o exaurimento da infração, necessário apenas para que se reconheça a consumação.

Gabarito oficial: C

A alternativa “B” que trata de hipótese de crime impossível está errada tendo em conta afirmar ser impunível a tentativa nos casos de ineficácia absoluta do meio e de relativa impropriedade do objeto. Já sabemos que a impropriedade do objeto, como também a ineficácia do meio, para que a tentativa seja impunível, deve ser absoluta. Caso relativa, há tentativa punível. Portanto, a relatividade da impropriedade do objeto tornou a alternativa equivocada.

3.9 – DO CONCURSO DE PESSOAS.

O concurso de pessoas, também conhecido como concurso de agentes, ocorre quando duas ou mais pessoas colaboram para o mesmo crime. Colaborar ou concorrer para o crime é praticar ato (moral ou material) que tenha relevância para a perpetração do ilícito.

CURSOS ON-LINE – DIR. PENAL – CURSO BÁSICO
PROFESSOR JÚLIO MARQUETI

Vamos, nas linhas seguintes, tratar de forma detida do concurso de pessoas. Antes, todavia devemos observar que há crimes que só podem ser praticados por mais de uma pessoa. Tais crimes são conhecidos como crimes de concurso necessário de pessoas ou crimes plurissubjetivos. Exemplo: crime de quadrilha ou bando (artigo 288 do CP).

Para que ocorra o crime de quadrilha ou bando, necessário que ocorra a reunião de mais de 03 pessoas com o fim de cometerem crimes. Trata-se, portanto, de crime de concurso necessário de pessoas.

Há outros crimes (a grande maioria) que podem ser praticados por uma ou mais pessoas. Estes são os crimes de concurso eventual de pessoas. É o caso, por exemplo, do furto (artigo 155 do CP), do homicídio (artigo 121 do CP). Estes crimes são também conhecidos como unissubjetivos.

Aqui, no estudo do concurso de pessoas, vamos nos ocupar dos crimes que eventualmente podem ser praticados por várias pessoas. Daremos atenção, entretanto, quando formos falar da participação, aos crimes que, em que pese exigirem o concurso de várias pessoas para sua existência, admitem a participação de terceiro.

O concurso de pessoas está previsto no artigo 29 do CP, cuja literalidade segue abaixo.

Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§ 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

§ 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.

Notamos que concurso de pessoas ocorre quando duas ou mais pessoas concorrem para o mesmo ilícito. Há, no caso, colaboração de todos para o mesmo ilícito. Assim, todos, na medida de sua culpabilidade, responderão pelo mesmo ilícito.

Para que ocorra a incidência da norma inserta no artigo 29 do CP, necessário que estejam presentes alguns requisitos. São requisitos do concurso de pessoas: 1-

CURSOS ON-LINE – DIR. PENAL – CURSO BÁSICO
PROFESSOR JÚLIO MARQUETI

pluralidade de agentes; 2- relevância causal; 3- liame subjetivo (adesão ao menos) e 4- identidade de infração.

Caso inexista qualquer dos requisitos, não há que se falar em concurso de pessoas.

Analisaremos, a seguir, cada um dos requisitos.

3.9.1-Pluralidade de agentes.

No caso do concurso de agentes, necessário que o crime tenha sido praticado por mais de um agente. Assim, a pluralidade de agentes sempre deve ocorrer para que tenhamos o concurso de agentes.

Mas, aqui, devemos distinguir o autor daquele que é conhecido como partícipe. Assim, no concurso de agentes, cuja conduta é, de acordo com a letra da lei, concorrer de qualquer modo para o ilícito, a colaboração poderá ser através da realização, em conjunto, do verbo contido no tipo penal, oportunidade em que há concurso de autores e, portanto, **co-autoria**. Quando, todavia, a colaboração é a prática de ato que não seja a realização da conduta descrita no verbo do tipo penal, diz-se **participação**.

Autor é aquele que realiza a conduta descrita no núcleo do tipo penal. Quando dois ou mais indivíduos realizam o núcleo (verbo) do tipo penal, há **co-autoria**. Necessário, entretanto, que entre eles haja vínculo (liame) subjetivo, ou seja, vontade de colaborar para a conduta do outro.

Partícipe é aquele que, de qualquer modo, sem realizar a conduta descrita no núcleo do tipo, colabora para o evento criminoso. É o caso daquele que fica na motocicleta esperando seu companheiro que ingressa na residência alheia para a prática do furto.

Perceba você que o partícipe não realiza a conduta “subtrair” do tipo penal do furto (artigo 155 do CP). Entretanto, colaborou de qualquer modo para o crime. Assim, responderá na medida de sua culpabilidade.

Enquanto o autor realiza o núcleo do tipo penal, o partícipe realiza ato acessório.

Atenção: O conceito que demos a autor é um conceito limitado, estrito. Para alguns doutrinadores, considera-se autor, em que pese não realizar o núcleo do

CURSOS ON-LINE – DIR. PENAL – CURSO BÁSICO
PROFESSOR JÚLIO MARQUETI

tipo penal, aquele que tem o **domínio do fato**, isto é, aquele que tem o domínio da ação delituosa. Exemplo: O “chefão” da máfia italiana, cuja notoriedade foi dada por meio da série de filmes “O PODEROSO CHEFÃO”, de regra não praticava as condutas delituosas, mas tinha ele o comando das ações. O domínio a ação leva, para alguns, a autoria e não à participação.

Sabemos o que é autoria e o que é participação. **Co-autoria**, por sua vez, ocorre quando dois ou mais agentes, havendo liame subjetivo (vontade de praticar em conjunto), praticam o núcleo do tipo penal. Exemplo: Dois ou mais indivíduos, cada qual com sua arma (faca), desferem golpes mortais na vítima.

No exemplo dado, todos executaram o núcleo do tipo: “mataram alguém”. Assim, são autores. Mas, por terem atuado em conjunto, diz-se que o crime foi praticado em co-autoria.

Síntese conceitual:

Autor: realiza o núcleo do tipo ou, para alguns, apesar de não realizar o núcleo do tipo, tem o domínio do fato.

Partícipe: é aquele que, sem realizar o núcleo do tipo, colabora de qualquer modo para que o crime ocorra²⁴.

Co-autoria: ocorre quando dois ou mais agentes realiza o núcleo do tipo penal.

Há crimes, entretanto, que a conduta descrita no tipo penal denota participação. Mas, quando cometidos, o agente é seu autor e não partícipe. É o que ocorre, por exemplo, com o crime de auxílio ao suicídio²⁵ (Artigo 122 do CP).

²⁴ ANALISTA DO BACEN – 2005 (FCC) PROVA 1 (AREA4).

25- Aquele que, sem praticar ato executório, concorre, de qualquer modo, para a realização de um crime, por ele responderá na condição de:

a- co-autor.

b- partícipe.

c- autor mediato.

d- co-autor moral.

e- autor.

Gabarito oficial : B.

²⁵ **Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio**

Art. 122 - Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça:

Pena - reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.

Parágrafo único - A pena é duplicada:

Aumento de pena

I - se o crime é praticado por motivo egoístico;

II - se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência.

CURSOS ON-LINE – DIR. PENAL – CURSO BÁSICO
PROFESSOR JÚLIO MARQUETI

Observe que, quando o agente induz outrem a se suicidar, está realizando o verbo do tipo penal, isto é, é autor do crime previsto no artigo 122 do CP e não partícipe.

O mesmo ocorre com o crime de peculato, na modalidade subtrair, onde a letra da lei considera crime, além do “subtrair”, o concorrer para que outrem subtraia²⁶. Quando o agente concorre para que outrem subtraia, está na realidade praticando o verbo previsto no tipo penal e, portanto, é autor, não partícipe.

3.9.2- Relevância causal.

A colaboração, seja por meio de participação ou de co-autoria, deve ser relevante para que o desiderato seja alcançado, mesmo que alcançado não seja (tentativa).

A conduta de todos aqueles que colaboraram para um crime deve ser uma conduta relevante. Caso irrelevante, não há que se falar em concurso de agentes.

Observe o caso daquele que cede sua arma a outrem que pretende praticar um crime de homicídio. Pensemos que, apesar de ter a arma em mãos, o autor resolve se valer de um pedaço de madeira que está no chão para matar a vítima.

No caso em tela, a cessão da arma não teve relevância no processo causal. Assim, não há que se falar em concurso de agentes. Aquele que cedeu a arma não é considerado partícipe.

3.9.3- Liame (vínculo) subjetivo.

Entre os agentes, para que ocorra o concurso de pessoas, necessário o vínculo subjetivo, ou seja, o conhecimento de, pelo menos um dos autores, estar aderindo à vontade do outro. No caso, não é necessário o conluio, ou seja, o ajuste prévio entre os agentes. Basta, entretanto, a simples adesão de um à vontade do outro.

É o que ocorre quando A, desafeto de B, se coloca em posição para matá-lo. C, também inimigo mortal de B, sabendo da vontade de A, adere a ela e também se

²⁶ **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.

CURSOS ON-LINE – DIR. PENAL – CURSO BÁSICO
PROFESSOR JÚLIO MARQUETI

coloca em posição para matar B. Ambos disparam e conseguem o objetivo comum: matar B.

No caso, A e C cometeram o crime em co-autoria, pois C aderiu à vontade de A e agiu com o intuito de colaborar para que o crime ocorresse.

Pensemos, no exemplo dado que A tenha conseguido alvejar a vítima que veio a falecer e que, em contrapartida, C tenha errado o alvo. A questão é saber se houve co-autoria ou não. Se C aderiu à vontade de A é certo que houve co-autoria, oportunidade em que ambos responderão pelo crime de homicídio consumado, apesar de C não ter acertado o alvo.

O oposto ocorrerá quando C, que aderiu à vontade de A, alveja mortalmente a vítima e A, de cuja adesão é desconhecida, não consegue seu intento, ou seja, acertar a vítima. Aqui, só responderá pelo resultado morte C, já que não houve co-autoria, pois A, que não tem conhecimento da adesão, responderá por crime tentado e não consumado.

ATENÇÃO: Assim, o partícipe e o co-autor têm que ao menos aderir à vontade do autor. Caso este, que não conhece a adesão, ou seja, a reunião de esforços para o mesmo fim, não responderá pelo resultado que de sua conduta não adveio.

3.9.4 - Identidade de infração.

Todos que, de algum modo, colaboram para o ilícito, responderão por ele, mesmo que isoladamente tenha sua conduta tenha idoneidade de levar à consumação do crime.

Observe o caso daquele que, com vontade de matar B, combina com outrem esperar-lo B em determinado local, oportunidade em que cada um dos algozes dispararia contra ele. No momento e local entabulados, ambos disparam contra B que é atingido por um único projétil. Como ambos estavam agindo em co-autoria, responderão pelo mesmo crime, apesar de um deles ter somente tentado.

Por expressa disposição legal, em algumas oportunidades, apesar de as condutas convergirem material e subjetivamente para o mesmo crime, cada um dos agentes responderá por crimes distintos.

CURSOS ON-LINE – DIR. PENAL – CURSO BÁSICO
PROFESSOR JÚLIO MARQUETI

É o que ocorre, por exemplo, nos casos de corrupção passiva e ativa.²⁷ Aquele que oferece vantagem indevida a funcionário público está cometendo corrupção ativa (artigo 333 do CP), ao passo em que o funcionário ao receber a vantagem que lhe é oferecida esta cometendo crime de corrupção passiva (artigo 317 do CP).

A rigor, haveria concurso de agente, já que aquele que oferece a vantagem está, na realidade, colaborando para a corrupção passiva do funcionário público. Entretanto, neste caso a lei despreza a teoria unitária (ou monista), segundo a qual todos responderão pelo mesmo crime, e adota a teoria pluralista.

3.9.4.1. – Participação de menor importância²⁸.

§ 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](#))

No concurso de agentes, modalidade participação, como o agente não pratica a conduta descrita no núcleo do tipo penal, poderá, no processo executório, exercer papel diminuto frente às condutas dos demais comparsas.

Neste caso, o legislador possibilita a aplicação de pena menor, isto é, permite ele que o juiz aplique a pena de acordo com a tonalidade da participação.

²⁷ **Corrupção passiva**

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](#))

Corrupção ativa

Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:

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

²⁸ **PGE SERGIPE (PROCURADOR DO ESTADO) 2005 FCC (PROVA TIPO 1).**

95 – a chamada participação de menor importância :

- a- circunstância atenuante.
- b- causa de exclusão da tipicidade.
- c- causa supralegal de exclusão da ilicitude.
- d- causa geral de diminuição de pena.
- e- causa legal de exclusão da culpabilidade.

Gabarito oficial : D

CURSOS ON-LINE – DIR. PENAL – CURSO BÁSICO
PROFESSOR JÚLIO MARQUETI

Assim, quando o agente teve pequena participação, sua pena, obrigatoriamente, deverá ser aplicada nos moldes do que dispõe o parágrafo 1º do artigo 29 do CP.

Fica, com isso, mantida a regra segundo a qual os que colaboram para o crime responderão por ele na medida de sua culpabilidade. Aplicada, portanto, a teoria monista ou unitária. Todos respondem pelo mesmo crime.

É o que ocorre com aquele que fica no carro esperando os seus comparsas que ingressaram em residência alheia para a prática de furto. Tendo ficado do lado externo e, com isso, não tendo praticado o núcleo do tipo, aplicar-se-á a pena levando-se em conta a participação de menor importância.

3.9.4.2. – Participação em crime diverso.

§ 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](#))

Há hipóteses, todavia, em que o partícipe colabora para um crime praticando atos que não são a realização do núcleo do tipo. No entanto, no momento da prática do ilícito o autor ou autores vão além do imaginado pelo partícipe.

Observe o indivíduo que pretende colaborar para o crime de furto. Para tanto fica do lado de fora da residência esperando que o autor execute o núcleo do tipo, isto é, subtraia coisa alheia móvel.

O autor, todavia, sem que o partícipe tivesse conhecimento, ingressa na residência portando uma arma de fogo e, com ela emprega ameaça para a subtração e, com isso, pratica crime de roubo (artigo 157 do CP)²⁹ e não furto (artigo 155).

Aqui, o legislador quebra a regra segundo a qual todos irão responder pelo mesmo delito. Como o partícipe pretendeu praticar crime menos grave, responderá pelo crime pretendido, no caso por furto.

O mesmo ocorre quando previsível o resultado mais grave, ou seja, o crime de roubo. Havendo a imprevisão do resultado mais grave, apesar de previsível, o

²⁹ **Roubo**

Art. 157 - 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:

Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa

CURSOS ON-LINE – DIR. PENAL – CURSO BÁSICO
PROFESSOR JÚLIO MARQUETI

legislador determina que a ele deve ser aplicada a pena do crime menos grave. Mas, diante da imprevisão do previsível, a pena será aumentada até a metade.

Assim, se previsível o resultado mais grave (o roubo), ao partícipe se aplicará a pena do furto (crime menos grave), acrescida ela de até a metade.

3.9.4.3 – Participação nos crimes próprios.

Circunstâncias incommunicáveis

Art. 30 - Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime. ([Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984](#))

Crimes próprios são aqueles que exigem uma qualidade especial do agente. Assim, são crimes cujos autores devem ter tal qualidade especial. Hipóteses que muito nos interessam são dos crimes praticados contra a administração pública por funcionário público.

Os crimes praticados por funcionário público contra a administração pública estão previstos nos artigos 312 a 326 do CP. Neles, a condição de funcionário público é elementar, pois, caso não exista no fato concreto, não estaremos diante de, por exemplo, crime de peculato³⁰. Temos vários outros crimes próprios. Exemplo também de crime próprio é o infanticídio³¹, onde somente a mãe pode ser a autora do ilícito, já que só ela pode estar em estado puerperal (trauma) pós-parto, oportunidade em que mata o próprio filho.

Mas o que agora nos ocupa não são propriamente os crimes próprios. Estes, já sabemos, exigem uma qualidade especial do autor. Interessa-nos, neste momento, saber se pode praticar crime próprio aquele que não atende a condição especial do autor exigida pela lei.

O dispositivo acima, isto é, o artigo 30 do CP, nos traz uma proibição e, por via oblíqua, uma permissão. De acordo com a letra da lei não se comunicam as circunstâncias e as condições de cunho pessoal.

³⁰ **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

³¹ **Infanticídio**

Art. 123 - Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após:

Pena - detenção, de dois a seis anos.

CURSOS ON-LINE – DIR. PENAL – CURSO BÁSICO
PROFESSOR JÚLIO MARQUETI

Portanto, no concurso de agentes, as circunstâncias e as condições de cunho pessoal não se comunicam. Todavia, quando elementares, a comunicação existirá.

Observe os crimes praticados por funcionário público contra a administração pública. A condição de funcionário público exigida do autor é uma elementar, já que, se não estiver presente no caso concreto, na teremos o crime, por exemplo, de concussão³². Se é uma elementar ela, de acordo com a regra inserta no artigo 30 do CP, se comunica aos que colaboraram para o ilícito sem, todavia, serem funcionários públicos.

Assim, aquele que de qualquer modo colabora para que o funcionário público pratique crime de corrupção passiva, apesar de não ser funcionário público, responderá pelo crime previsto no artigo 317 do CP³³, já que a elementar – funcionário público, a ele se comunicará.

Atenção: Para que ocorra a comunicação da elementar é necessário que o colaborador tenha conhecimento dela. No caso acima, se o particular que colaborou para a corrupção passiva não saiba da condição de funcionário público do autor do ilícito, não responderá por crime de corrupção passiva.

Dica: Nos crimes de mão própria não se comunica a condição pessoal, mesmo que elementar. É o que ocorre no crime de infanticídio. Trata-se de crime de mão própria que só pode ser cometido pela mãe, já que só ela pode estar em estado puerperal. O crime exige uma condição especial do agente: ser mãe. Mas, além disso, não admite a participação de outrem já que só ela pode estar em estado puerperal logo após o parto. Mas sobre crime próprio falaremos mais detidamente quando formos tratar de crimes contra a administração, onde temos alguns crimes que são de mão própria.

3.9.4.4 – Participação impunível.

³² **Concussão**

Art. 316 - Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa

³³ **Corrupção passiva**

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.

CURSOS ON-LINE – DIR. PENAL – CURSO BÁSICO
PROFESSOR JÚLIO MARQUETI

Casos de impunibilidade

Art. 31 - O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado. ([Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984](#))

A participação só será punível se o crime tenha pelo menos sido tentado. Quando falamos da tentativa (item 3.5.2), dissemos que a tentativa só existirá quando iniciada a execução.

Mas, também, dissemos que, apesar de iniciada a execução, não haverá crime tentado quando estivermos diante: 1- da desistência voluntária; 2- do arrependimento eficaz; e 3- do crime impossível.

A participação que ocorre com a colaboração, de qualquer modo, para a perpetração do ilícito, não será punível quando estivermos e não superarmos a fase de preparação do crime.

Quando, por exemplo, cedo minha arma de fogo a outrem para que cometa homicídio, só serei responsabilizado pelo meu ato (colaborar) se o autor ao menos tenha iniciado a execução do ilícito.

Necessário que o crime seja ao menos tentado. Assim, mesmo iniciada a execução, se estivermos diante de hipótese que caracterize a desistência voluntária, o arrependimento eficaz ou crime impossível, não responderei por ter colaborado por um crime que nem mesmo tentado foi.

Exemplo: Cedo minha arma a A que pretende matar C. A se utiliza da arma, alvejando mortalmente C. Este, todavia, já estava morto quando atingido, uma vez que fora envenenado por sua mulher. Não responderei por ter colaborado (participado), já que o crime não foi nem mesmo tentado (crime impossível).

Assim, impunível a participação quando o crime nem mesmo foi tentado. É o que estatui o artigo 31 do CP.

3.9.5 – DA TIPICIDADE INDIRETA NA PARTICIPAÇÃO.

Quando falamos da tipicidade (3.5.1), notamos que ela pode ser direta ou indireta. Como a tipicidade nada mais é que a qualidade que possui o fato concreto (fato social) de se amoldar, se ajustar, ao tipo penal (tipo abstrato), isto é, à norma penal, a tipicidade direta dificuldade não nos traz. A indireta, por sua

CURSOS ON-LINE – DIR. PENAL – CURSO BÁSICO
PROFESSOR JÚLIO MARQUETI

vez, já exige um raciocínio mais dinâmico. Observe o caso do crime tentado, onde o agente pratica conduta que não satisfaz diretamente a norma penal.

Aquele que tentou matar, não matou. Assim, sua conduta não se ajusta diretamente ao tipo penal do homicídio. Mas, por meio de uma norma de extensão, típica passa a ser uma conduta que a rigor é atípica.

Na participação, onde o agente não pratica o verbo descrito no tipo, mas colabora de algum modo para que o crime se concretize, não há tipicidade direta. Mais uma vez, o legislador se vale de uma norma de extensão, agora aquela incerta no artigo 29 do CP, para tornar típica uma conduta que a rigor é atípica.