

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 21/02/2013

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/34670-iter-criminis-o-caminho-do-crime>

Autore: William César Pinto de Oliveira

Iter criminis: o caminho do crime

ITER CRIMINIS: O CAMINHO DO CRIME

William César Pinto de Oliveira¹

Resumo

A presente monografia tem por objeto o estudo do *iter criminis*, o caminho do crime, identificando cada uma de suas etapas, justificando a sua impunidade ou punibilidade e destacando a sua relevância para o Direito Penal.

Inicialmente tem-se a análise do crime à luz da teoria do delito, através de seus diferentes conceitos. Na sequência, passa-se à conceituação do *iter criminis*, que vem acompanhada de uma análise histórica, da especificação de suas fases e da constatação de sua relevância.

Somente então é levada a efeito a análise minuciosa acerca de cada uma das etapas do caminho do crime, dando-se especial atenção à punibilidade e a relevância de cada uma delas. Por derradeiro, chegamos às conclusões do presente trabalho, alicerçadas na relevância do *iter criminis* como um todo.

Palavras-chave: Artigo. Direito Penal. Iter Criminis.

1. Introdução

O presente trabalho discorre sobre o caminho do crime, ou seja, sobre as etapas que se sucedem desde o foro íntimo do agente, na cogitação, até a plena realização do tipo penal, que se dá com a consumação. Trata também da punibilidade de cada um das fases do *iter criminis* e da relevância penal de cada uma delas.

O objetivo é identificar e delimitar as fases e etapas do *iter criminis*, apontando suas relações com outros institutos do Direito Penal. Tudo com vistas a demonstrar que o tema está longe de ser irrelevante, vez que sua compreensão erige-se como um importante instrumento na busca pelo aperfeiçoamento prático e teórico das ciências criminais, notadamente no que tange à teoria do crime. De início tem-se a análise do crime através de seus variados conceitos, sob diversos aspectos, pois seria impossível tratar do *iter criminis* sem antes explicar o que se entende por crime. Abordamos a teoria do delito no que tange às diferentes definições possíveis, relacionando o *iter criminis* ao conceito estratificado de crime.

Após a análise das definições de crime, e amparados em seu conceito estratificado, passamos à análise do caminho do crime. Apresentamos o seu conceito, na esteira do escólio de Zaffaroni e Pierangeli, e apontamos a origem histórica da problemática.

Em seguida, tratamos de discriminar as diferentes e sucessivas fases do *iter criminis*, percorrendo acerca da punibilidade deste caminho como um todo e da relevância penal do instituto, antes de dar início ao estudo minucioso de cada etapa.

Dissertamos, então, acerca da cogitação, a primeira fase do caminho do crime, conceituando-a e explicitando a razão pela qual não é atingida pela punibilidade. Após, dedicamo-nos a comprovar a sua especial relevância para o Direito Penal.

¹ Advogado
Bacharel em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba
Pós-graduando em Direito Penal e Processual Penal pela Escola Paulista de Direito

Na seqüência tratamos da decisão, a segunda fase do *iter criminis*, descrevendo-a e esmiuçando os motivos pelos quais também não é atingida pela punibilidade. Não nos esquecemos, como se verá, de comprovar a sua relevância para o Direito Penal.

Dispusemo-nos, com especial afincio, à missão de comprovar a relevância penal da cogitação e da decisão, que costumam ser ignoradas por parte da doutrina pátria. Capez², por exemplo, chega a enfatizar que tais etapas são penalmente irrelevantes.

Feito isso, discorreremos sobre a preparação, a terceira fase do *iter criminis*, conceituando-a e justificando, também, a sua impunidade. Tratamos, do mesmo modo, da relevância desta etapa do caminho delituoso para o Direito Penal.

Adentramos, em seguida, à execução, a quarta etapa do caminho do crime. Discutimos acerca da dificuldade existente em delimitar o término da preparação e o início da execução, apresentamos o seu conceito e dissertamos a respeito de sua punibilidade e de sua relevância.

Passada a fase de execução, à qual dedicamos especial atenção em virtude da dificuldade teórica em que está envolto o tema, tratamos da consumação, de seu conceito, da punibilidade e de sua relevância para o Direito Penal.

Quase que derradeiramente, abordamos o exaurimento, a última fase do *iter criminis*. Assim como nas etapas anteriores, tratamos de conceituar o instituto, destacando as razões de sua impunidade e justificando a sua relevância.

Todo o trabalho tem por alicerce a doutrina penal, que está longe de ser vasta sobre o assunto. São poucos os autores que abordam com profundidade todas as etapas do *iter criminis*, vez que boa parte dele nos remete a outras áreas do conhecimento.

As fases de cogitação e de decisão, que se desenvolvem no foro íntimo do agente, porque extremamente subjetivas, costumam ser ignoradas pelos estudiosos do Direito, que optam por considerá-las, num juízo *a priori*, penalmente irrelevantes.

Ainda assim, encontramos na doutrina melhor lastro teórico que na jurisprudência. Optamos, portanto, por abalizar todo o trabalho na doutrina, traçando, sempre que possível, considerações a respeito de eventuais desdobramentos práticos.

Acreditamos que as divergências jurisprudenciais, antes de auxiliar em tão complexo tema, nos levariam a discussões que fugiriam ao objeto do presente trabalho. O que se considerou início de execução em um determinado caso, por exemplo, nem sempre o será noutro.

Trata-se de um trabalho teórico, de cunho eminentemente doutrinário, que pretende funcionar como apoio para que se possa, somente após, analisar com propriedade os problemas do cotidiano, abordando-se, aí sim, a jurisprudência.

Um trabalho que traz à baila aspectos pouco lembrados do Direito Penal, convidando ao debate e à reflexão, com a esperança de contribuir para o aperfeiçoamento desta memorável ciência, que a cada dia que passa mais nos apaixona. Alicerçados em tão singelas pretensões, trazemos e deixamos as palavras de Darwin:

“Embora esteja plenamente convencido da verdade das concepções apresentadas neste volume [...], não espero, de forma alguma, convencer naturalistas experimentados cujas mentes estão ocupadas

² CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p 241.

por uma multidão de fatos, concebidos através de anos, de um ponto de vista diametralmente oposto ao meu [...] (Mas) encaro com confiança o futuro – os naturalistas jovens que estão surgindo, que serão capazes de examinar ambos os lados da questão com imparcialidade³”.

Com efeito, temos que tal objetivo somente será tangível após a análise minuciosa do caminho do crime, de cada uma as suas etapas, da sua punibilidade ou impunidade e de sua relevância para o Direito Penal. Passemos, pois, ao estudo do *iter criminis*.

2. Crime

2.1. A teoria do delito

À parte da ciência do direito penal que se ocupa de explicar o que é o delito em geral, ou seja, quais são as características que deve ter qualquer delito, dá-se o nome de teoria do delito, cuja menção se faz necessária para que se possa adentrar ao estudo do *iter criminis*.

Conforme destacam Zaffaroni e Pierangeli, a chamada teoria do delito consiste numa construção dogmática que tem por objetivo tornar mais fácil averiguar se há ou não crime em cada caso concreto.⁴ Sobre o assunto, cabe destacar a oportuna lição de Toledo:

“O crime, além de fenômeno social, é um episódio da vida de uma pessoa humana. Não pode ser dela destacado e isolado. Não pode ser reproduzido em laboratório, para estudo. Não pode ser decomposto em partes distintas. Nem se apresenta, no mundo da realidade, como puro conceito, de modo sempre idêntico, estereotipado. Cada crime tem a sua história, a sua individualidade; não há dois que possam ser reputados perfeitamente iguais. Mas não se faz ciência do particular. E, conforme vimos inicialmente, o direito penal não é uma crônica ou mera catalogação de fatos, quer ser uma ciência prática⁵”.

E continua o renomado autor:

“Para tanto, a nossa disciplina, enquanto ciência, não pode prescindir de teorizar a respeito do agir humano, ora submetendo-o a métodos analíticos, simplificadores ou generalizadores, ora sujeitando-o a amputações, por abstração, para a elaboração de conceitos, esquemas lógicos, institutos e sistemas mais ou menos cerrados⁶”.

2.2. Os conceitos de crime

Conforme ensina Nucci, a sociedade é quem cria o crime, definindo como tal as condutas ilícitas mais gravosas e merecedoras de maior rigor punitivo por parte do Estado. Somente após é que o legislador transforma esse intento em um tipo penal, criando a lei que permitirá a aplicação da vontade social aos casos concretos⁷. Nesse sentido:

“Quando a sociedade entende necessário criminalizar determinada conduta, através dos meios naturais de pressão, leva sua demanda ao Legislativo, que, aprovando uma lei, materializa o tipo

³ *apud* KUNH, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003. p. 193.

⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul. ; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.. p 386.

⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 79.

⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 79.

⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 6. ed. rev., ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 166.

penal. Assim sendo, respeita-se o princípio da legalidade (ou reserva legal), para o qual não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem lei anterior que a comine⁸.

Com o escopo de identificar o delito surgiram conceitos unitários, que não admitem divisões e subdivisões, e estratificados, que as admitem⁹. Dentro da concepção unitária, o crime pode ser conceituado sob os aspectos material e formal, e dentro da concepção estratificada, de acordo com as teorias bipartida e tripartida.

2.2.1. Os conceitos unitários

Segundo o aspecto formal, o conceito de crime resulta da mera subsunção da conduta ao tipo legal. Nessa esteira, considera-se infração penal toda conduta proibida por lei sob a ameaça de pena, pouco importando o seu conteúdo¹⁰. Para os partidários dessa definição, o crime nada mais é que uma “infração punível”¹¹. A esse respeito, ensina Nucci:

“É a concepção do direito acerca do delito, constituindo a conduta proibida por lei, sob ameaça de aplicação de pena, numa visão legislativa do fenômeno. Cuida-se, na realidade, de fruto do conceito material, devidamente formalizado¹²”.

O aspecto material, por sua vez, é aquele que busca estabelecer a essência do conceito. Sob essa ótica, como aponta Capez, crime pode ser definido como toda ação ou omissão humana, consciente, voluntária e dirigida a uma finalidade, que lesa ou expõe a perigo bens jurídicos considerados essenciais para a existência da coletividade e da paz social¹³. Nesse mesmo sentido tem-se o escólio de Toledo¹⁴, complementado pelos ensinamentos de Nucci, que destacamos:

“É a concepção da sociedade sobre o que pode e deve ser proibido, mediante a aplicação de sanção penal. É, pois, a conduta que ofende um bem juridicamente tutelado, merecedora de pena. Esse conceito é aberto e informa o legislador sobre as condutas que merecem ser transformadas em tipos penais incriminadores¹⁵”.

⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 6. ed. rev., ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 167.

⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. ; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p 388.

¹⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p 113.

¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. ; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p 388.

¹² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 6. ed. rev., ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 167.

¹³ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p 113.

¹⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p 80.

¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 6. ed. rev., ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 166 .

2.2.2. Os conceitos estratificados

Como bem apontam Zaffaroni e Pierangeli, os conceitos unitários trazem consigo alguns inconvenientes práticos. Isso porque nem toda conduta proibida por lei sob a ameaça de pena pode, num juízo *a priori*, ser considerada criminosa. Tal problemática também afeta o conceito material de crime, tornando-o insuficiente. Nesse sentido:

“Tudo isto é certo, mas o que nos interessa – ao menos para nossos objetivos práticos – é saber que características deve ter uma conduta para ser considerada uma infração punível. Toda a vez que os supostos “conceitos unitários” se esgotam no formal e, *em definitivo, não são nenhum conceito*, sendo tremenda a sua ineficácia em termos de consequência práticas, não costumam ser sustentados por penalistas, mas de preferência por jusfilósofos¹⁶”.

A respeito, assevera Toledo:

“Da exposição feita sobre o bem jurídico protegido e das conclusões a que então se chegou, extrai-se, sem muito esforço, que, substancialmente, o crime é um fato humano que lesa ou expõe a perigo bens jurídicos (jurídico-penalmente) protegidos. Essa definição é, porém, insuficiente para a dogmática penal, que necessita de outra mais analítica, apta a pôr à mostra os aspectos essenciais ou os elementos estruturais do conceito de crime¹⁷”.

A concepção estratificada, ou analítica, busca estabelecer os elementos estruturais do crime, com a finalidade de propiciar a correta decisão sobre o crime e seu autor, fazendo com que o intérprete desenvolva o seu raciocínio em etapas¹⁸.

Surgem, dentro da concepção estratificada, duas teorias, a bipartida e a tripartida. Sustentam os defensores da teoria bipartida, dentre os quais se destacam Dotti, Damásio de Jesus e Julio Fabbrini Mirabete, que crime é o fato típico e ilícito.

Dentro dessa perspectiva, a fim de constatar se um fato concreto pode ser considerado criminoso, cabe ao intérprete observar se o fato é típico e, em caso positivo, se é ilícito. A partir daí, basta verificar se o autor foi ou não culpado pela sua prática, ou seja, se merece sofrer um juízo de reprovação pelo crime que cometeu¹⁹.

Para a teoria bipartida crime é o fato típico e ilícito, sendo a culpabilidade apenas um pressuposto para a aplicação da pena. Já os defensores da teoria tripartida, dentre os quais podemos citar Zaffaroni, Toledo e Fragoso, sustentam que crime é o fato típico, ilícito e culpável.

Sob a ótica da teoria tripartida deve-se perquirir se o fato é típico e, em caso positivo, se é ilícito e, finalmente, se é culpável. A culpabilidade é entendida como reprovabilidade da conduta ao autor, sem a qual não há crime, mas mero injusto penal²⁰. Nessa esteira, oportunamente consignam Zaffaroni e Pierangeli:

“Delito é uma conduta humana individualizada mediante um dispositivo legal (tipo) que revela sua proibição (típica), que por não estar permitida por nenhum preceito jurídico (causa de justificação) é

¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul. ; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p 388.

¹⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 80.

¹⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p 113.

¹⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p 113.

²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul. ; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p 392.

contrária à ordem jurídica (antijurídica) e que, por ser exigível do autor que agisse de maneira diversa diante das circunstâncias, é reprovável (culpável)²¹.

Sobre o tema, Nucci assevera que o conceito analítico “É a concepção da ciência do direito, que não difere, na essência, do conceito formal. Na realidade, é o conceito formal fragmentado em elementos que propiciam o melhor entendimento da sua abrangência”²².

2.3. O conceito estratificado e o *iter criminis*

Independentemente da existência de posições consideradas mais ou menos corretas acerca da teoria do crime, levaremos a efeito o estudo do caminho do crime em função da relação que se estabelece entre cada uma de suas etapas e os elementos do crime segundo a concepção analítica, que melhor se aplica ao objeto do presente trabalho.

É dentro dos elementos que compõe o conceito estratificado de crime que melhor se pode analisar o caminho do crime, que se reflete, em especial, na configuração do fato típico e na verificação da culpabilidade do agente. Tudo isso sem deixar de lado um dos objetos principais do Direito Penal, a proteção de bens jurídicos.

Nesse tocante, vale frisar que o risco ou a lesão ao bem jurídico podem nos remeter ao conceito material de crime. No entanto, temos que o risco ou a lesão ao bem jurídico, com amparo na teoria da imputação objetiva, também integram, de forma implícita, o fato típico²³.

Tratar da teoria da imputação objetiva certamente nos levaria a fugir do que se propõe com o presente trabalho, mas fica o destaque para que não se olvide de que optamos, porque mais conveniente, pelo conceito estratificado de crime, e não o material, quando mencionarmos o risco ou a lesão a bens jurídicos penalmente tutelados.

Essa é a razão pela qual não se busca aprofundar acerca das diferentes teorias existentes, mas apenas identificar suas principais feições e traçar os conceitos predominantes na doutrina, com o escopo de dar mínimo amparo teórico ao estudo do *iter criminis*.

3. *Iter criminis*

O caminho do crime, também denominado *iter criminis*, consubstancia-se num processo que tem seu início ainda no foro íntimo da pessoa, com o surgimento da idéia criminosa na mente do agente²⁴, e que culmina na consumação do delito, quando da reunião de todos os elementos do tipo penal.²⁵

Nesse mesmo sentido, assevera Mirabete: “Na realização do crime há um caminho, um itinerário a percorrer entre o momento da idéia de sua realização até aquele em que ocorre a consumação. A esse caminho se dá o nome de *iter criminis*”.²⁶ Também nesse diapasão, pode-se destacar a lição de Garcia:

²¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. ; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p 394.

²² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 6. ed. rev., ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 167.

²³ ESTEFAM, André. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 215.

²⁴ BECKER, Marina. **Tentativa criminosa**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p 51.

²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul. ; PIERANGELI, José Henrique. **Da tentativa**: doutrina e jurisprudência. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p 13.

²⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 156.

“Para chegar à fase de consumação, o delinquente transita por uma série de etapas, que constituem o *iter criminis* – o caminho do crime, o desenvolvimento da ação delituosa. Assim procede em busca da *meta optata* – o seu escopo, o resultado final²⁷”.

De outro lado, Zaffaroni e Pierangeli sustentam que esse caminho, ou processo, não se esgota na consumação, mas sim no exaurimento²⁸. Cabe frisar, por oportuno, que o exaurimento, como se verá adiante, nem sempre ocorre, de modo que o *iter criminis* pode perfeitamente findar com a consumação do delito.

O *iter criminis* pode ser conceituado, portanto, com respaldo nos ensinamentos de Becker, Mirabete, Zaffaroni e Pierangeli, como um caminho que tem seu início ainda no foro íntimo do agente, e que culmina na consumação ou no exaurimento do crime.

Nesse mesmo sentido, têm-se as lições de Estefam, segundo o qual “Por *iter criminis* entende-se o itinerário, o caminho do crime, isto é, as etapas da infração penal, desde o momento em que ela é uma idéia na mente do agente até a sua consumação²⁹”.

3.1. Histórico

Os glosadores e comentadores italianos do final da Idade Média é que deram início ao estudo do *iter criminis*, em atenção ao conturbado cenário político-social da época, com a preocupação de estabelecer critérios que permitissem a defesa da segurança social.³⁰

“Esta preocupação surge num momento de desorganização político-social, com a sobreposição confusa de leis e costumes de origens diversas. A caótica realidade social exigia respostas, tornando inafastável o problema da extensão da punibilidade a um momento anterior à consumação do delito³¹”.

Já se mostrava imperioso, na época, estabelecer critérios que propiciassem a defesa da sociedade, tutelando, ao mesmo tempo, os direitos e liberdades individuais. Nota-se, portanto, que a distinção entre os atos puníveis e atos que devem permanecer impunes encontra suas origens em exigências de cunho político-social³².

3.2. Fases do *iter criminis*

Neste cenário, quando fracionado o instituto, foram identificadas quatro etapas sequenciais: o desígnio, a externalização, o ato remoto e o ato próximo. E nessa esteira prosseguiram os estudos realizados nos séculos posteriores, sempre na busca por critérios para o estabelecimento de limites que justificassem a impunidade ou a punição.³³

Os estudos mais modernos, ainda amparados nos mesmos objetivos, identificam não apenas quatro, mas seis etapas no *iter criminis*: a cogitação, a decisão, a preparação, a execução, a consumação e o exaurimento³⁴. Nesse diapasão, mostra-se oportuna a lição de Zaffaroni e Pierangeli:

²⁷ GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. v. 1. t. 1. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1972. p. 230.

²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul. ; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p 700.

²⁹ ESTEFAM, André. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 93.

³⁰ BECKER, Marina. **Tentativa criminosa**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p 50.

³¹ BECKER, Marina. **Tentativa criminosa**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p 50.

³² BECKER, Marina. **Tentativa criminosa**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p 50.

³³ BECKER, Marina. **Tentativa criminosa**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p 50.

³⁴ BECKER, Marina. **Tentativa criminosa**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p 50.

“Tenhamos em consideração que o delito se inicia, cronologicamente, com uma idéia na mente do autor, que através de um processo que abrange a concepção (idéia criminosa), a decisão, a preparação, a execução, a consumação e o exaurimento chega a afetar o bem jurídico tutelado na forma descrita pelo tipo”.³⁵

Em sentido distinto, Mirabete sustenta que o caminho do crime é composto de uma fase interna, que abrange apenas a cogitação, e de uma fase externa, que compreende os atos preparatórios, os atos de execução e a consumação³⁶, excluindo a decisão e o exaurimento. É esse também o entendimento de Capez³⁷.

Optamos pela posição mais abrangente, defendida por Becker, Zaffaroni e Pierangeli, uma vez que, como se demonstrará adiante, não há como não considerar a decisão como uma fase autônoma do *iter criminis*. O mesmo se aplica ao exaurimento que, malgrado nem sempre ocorra, quando presente, mostra-se como verdadeira fase desse caminho.

3.3. Punibilidade do *iter criminis*

Segundo o critério material, o *iter criminis* torna-se punível quando se verifica que houve perigo ao bem jurídico. De acordo com o critério formal a punição pode se verificar com o a realização do tipo, quando se inicia a realização da conduta nuclear. São esses, segundo Mirabete, os critérios mais aceitos³⁸.

Em regra, o *iter criminis* começa a ser punível quando tem início a fase de execução, por serem atípicos os atos preparatórios e as fases que os antecedem³⁹. As lições de Mirabete, Capez e Becker também convergem nesse sentido. Nessa esteira, ensina Garcia:

“Instaura-se a eventualidade da pena tão-só quando o agente penetra no campo dos atos executivos, passando a concretizar o seu desígnio no fato penalmente proibido. Nem podia deixar de ser assim, porquanto larga margem de atividade lhe sobriaria até a consumação, sendo bem possível que desistisse em meio ao *iter criminis*. Ora, a desistência, como adiante veremos, anula a tentativa. Como, pois, alçar ao grau de tentativa punível a mera preparação?”⁴⁰

Diz-se em regra porque o legislador, às vezes, transforma atos meramente preparatórios em tipos penais autônomos, como ocorre com os crimes de conspiração para a prática de motim e de quadrilha ou bando, destacados por Zaffaroni e Pierangeli⁴¹, e de falsificação de moeda, lembrado por Mirabete⁴².

Em outros casos o legislador tipifica como crimes independentes atos de externalização a terceiros da cogitação ou da decisão, a exemplo do que ocorre nos crimes de ameaça, e de incitação ao crime, oportunamente destacados também por Mirabete⁴³, que também fogem à regra.

³⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul. ; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p 700.

³⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 156.

³⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p 241.

³⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 157.

³⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. ; PIERANGELI, José Henrique. **Da tentativa**: doutrina e jurisprudência. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p 14.

⁴⁰ GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. v. 1. t. 1. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1972. p. 232.

⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. ; PIERANGELI, José Henrique. **Da tentativa**: doutrina e jurisprudência. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p 16.

⁴² MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 157.

⁴³ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 156.

3.4. Relevância penal do *iter criminis*

Consoante escólio de Bitencourt, “O Direito Penal apresenta-se como um conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes – penas e medidas de segurança”⁴⁴. O mesmo autor ainda destaca, de maneira oportuna, que:

“Esse conjunto de normas e princípios, devidamente sistematizados, tem a finalidade de tornar possível e convivência humana, ganhando aplicação prática nos casos correntes, observando rigoroso princípio de justiça. Com esse sentido, recebe também a denominação de Ciência Penal, desempenhando igualmente uma função criadora, libertando-se das amarras do texto legal ou da dita vontade estática do legislador, assumindo seu verdadeiro papel, reconhecidamente valorativo e essencialmente crítico, no contexto da modernidade jurídica⁴⁵”.

Em sentido análogo, ensina Toledo:

“Sob esse ângulo, o direito penal é realmente aquela parte do ordenamento jurídico que estabelece e define o *fato-crime*, dispõe sobre quem deva por ele responder e, por fim, fixa as penas e medidas de segurança a serem aplicadas. Usa-se também a expressão como sinônimo de ‘ciência penal’. No último sentido, direito penal é um conjunto de conhecimentos e princípios, ordenados metodicamente, de modo a tornar possível a elucidação do conteúdo das normas penais e dos institutos em que elas se agrupam, com vistas à sua aplicação aos casos correntes, segundo critérios rigorosos de justiça⁴⁶”. Como todo processo, o *iter criminis* compreende uma série de etapas que se sucedem de maneira coordenada com vistas a uma finalidade determinada⁴⁷. Boa parte delas, porque extremamente subjetivas, costumam ser ignoradas pela doutrina. Nesse diapasão:

“Para o que desejamos, interessa-nos assinalar alguns desses momentos, aqueles que são o que o tiço considera, para abraçar, desde logo, o fato dentro do campo do que é proibido ou dele fazer depender uma consequência prática. Todos os demais momentos que se pode assinalar – que têm importância para outras disciplinas, como as Ciências da conduta, por exemplo – não possuem importância prática para nós⁴⁸”.

Regra geral, as etapas que se verificam no foro íntimo do agente não podem ser atingidas pela tipicidade, na conformidade do antigo e elementar princípio *cogitationis poenam nemo patitur* (ninguém pode sofrer pena pelo pensamento)⁴⁹, o que leva alguns doutrinadores a considerarem-nas irrelevantes para o Direito Penal. Assim entendem Capez⁵⁰, Zaffaroni e Pierangeli⁵¹.

⁴⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. v. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 2.

⁴⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. v. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 2.

⁴⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 2.

⁴⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul. ; PIERANGELI, José Henrique. **Da tentativa**: doutrina e jurisprudência. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 14.

⁴⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul. ; PIERANGELI, José Henrique. **Da tentativa**: doutrina e jurisprudência. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 14.

⁴⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. ; PIERANGELI, José Henrique. **Da tentativa**: doutrina e jurisprudência. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 14.

⁵⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 241.

⁵¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. ; PIERANGELI, José Henrique. **Da tentativa**: doutrina e jurisprudência. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 14.

Ocorre que cada etapa do *iter criminis*, inclusive aquelas chamadas penalmente irrelevantes, está diretamente relacionada a outros elementos inerentes ao conceito analítico de crime, que podem nelas ser facilmente localizáveis.

Tem-se como exemplos o induzimento na fase de cogitação, a instigação na fase de decisão, a tentativa, a desistência voluntária e o arrependimento eficaz, nas fases de preparação e execução, o termo inicial da prescrição na consumação e o arrependimento posterior na fase de exaurimento do delito.

Nesse diapasão, oportunamente assevera Toledo que “Com esse sentido, atribui-se à ciência penal uma função criadora, não se limitando ela a repetir as palavras da lei ou a traduzir-lhes o sentido estático, ou a vontade histórica do legislador”⁵².

Destarte, ainda que algumas fases não sejam atingidas diretamente pela punibilidade, não podem ser ignoradas pela dogmática penal ou relegadas apenas à psicologia, à psiquiatria ou à antropologia⁵³. Contrariamente ao que sustentam os renomados doutrinadores citados, não há como negar a sua importância prática e científica, pois o Direito Penal, como se viu, não se resume ao conteúdo expresso na lei.

4. Cogitação

A cogitação é a fase inicial do *iter criminis*. Desenvolve-se no foro íntimo do agente e é de grande interesse para o estudo da personalidade, desenvolvido pelas ciências do pensamento, notadamente a psicologia e a psiquiatria.⁵⁴ Nessa esteira, ensina Becker:

“É caracterizado, muitas vezes, por uma profunda e conflituosa batalha que se desenvolve entre impulsos contraditórios e ambivalentes, provindos do consciente e do inconsciente do agente. É o momento de confronto entre forças opostas, entre a *spinta* e a *contro spinta* criminosa, entre *Eros* e *Tanatos*, entre a pulsão de vida e a pulsão de morte, como se refere parte da psiquiatria, ou entre a virtude e o pecado, como aponta a teologia”⁵⁵.

Nesta etapa o agente apenas pensa em praticar o delito, num momento de reflexão e imaginação que, geralmente, está envolto em indecisão e indefinição⁵⁶. Segundo Nucci, “é o momento de ideação do delito, ou seja, quando o agente tem a idéia de praticar o crime”⁵⁷.

Em alusão à cogitação, Bitencourt ensina que “Como em todo ato humano voluntário, no crime a idéia antecede a ação. É no pensamento do homem que se inicia o movimento delituoso, e a sua primeira fase é a ideação”⁵⁸. Nesse diapasão:

⁵² TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 2.

⁵³ BECKER, Marina. **Tentativa criminosa**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p. 49.

⁵⁴ BECKER, Marina. **Tentativa criminosa**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p. 51.

⁵⁵ BECKER, Marina. **Tentativa criminosa**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p. 51.

⁵⁶ BECKER, Marina. **Tentativa criminosa**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p. 53.

⁵⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 6. ed. rev., ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 319.

⁵⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. v. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 361.

“É a elaboração mental da resolução criminosa que começa a ganhar forma, debatendo-se entre os motivos favoráveis e desfavoráveis, e desenvolve-se até a deliberação e o propósito final, isto é, até que se firma a vontade cuja concretização constituirá o crime. São os atos internos que percorrem o labirinto da mente humana, vencendo obstáculos e ultrapassando barreiras que porventura existam no espírito do agente⁵⁹”.

4.1. Impunidade da cogitação

Os princípios *cogitationis poenam nemo patitur* e *de internis non curat praetor* são regras gerais, advindas da mais conhecida tradição jurídica romana⁶⁰. A fase de cogitação é absolutamente impune, uma vez que se desenvolve no campo impenetrável do “claustro psíquico”.⁶¹ Nessa esteira, destaca Becker:

“Os fundamentos deste princípio provém de várias fontes, tendo sido lembrado inclusive por Beccaria. O grande pensador alertava para as limitações do julgamento humano, com seus imperfeitos recursos, o que impossibilita a correta interpretação dos pensamentos e das intenções dos homens⁶²”.

O reconhecimento de tais princípios decorre, igualmente, da dificuldade de controlar os pensamentos⁶³. Como bem aponta Jakobs, os pensamentos pertencem à esfera constitutiva da pessoa e controlá-los destruiria a pessoa livre⁶⁴. Já advertia Carrara que castigar o pensamento é a fórmula comum com que se designa o apogeu da tirania⁶⁵. Sobre o assunto, oportuna a advertência de Bitencourt:

“Mas, nesse momento puramente de elaboração mental do fato criminoso, a lei penal não pode alcançá-lo, e, se não houvesse outras razões, até pela dificuldade da produção de provas, já estaria justificada a impunibilidade da *nuda cogitatio*⁶⁶”.

Nesse diapasão, assevera Capez que o crime, na fase de cogitação, é impunível porque cada um pode pensar o que quiser⁶⁷. No mesmo sentido, asseveram Zaffaroni e Pierangeli que as etapas que se desenvolvem no âmbito subjetivo não podem ser atingidas pela tipicidade⁶⁸.

4.2. Relevância penal da cogitação

Não obstante seja a cogitação impunível, não se pode concluir, como pretende Capez⁶⁹, que ela não interessa ao Direito Penal. Sua análise é de fundamental importância científica e prática, sobretudo no que diz respeito às circunstâncias judiciais e à possibilidade de induzimento.

⁵⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. v. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 362.

⁶⁰ BECKER, Marina. **Tentativa criminosa**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p. 52.

⁶¹ COSTA JR, Paulo José. **Direito penal**: curso completo. 2000. p. 71. in BECKER, Marina. **Tentativa criminosa**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p. 49.

⁶² BECKER, Marina. **Tentativa criminosa**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p. 52.

⁶³ RIPOLLÉS, A. Quintano. **Curso de derecho penal**. 1963. p. 222. in BECKER, Marina. **Tentativa criminosa**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p. 53.

⁶⁴ JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**: parte general, fundamentos y la teoría de la imputación. 1995. p. 853. in BECKER, Marina. **Tentativa criminosa**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p. 53.

⁶⁵ CARRARA, Francesco. apud GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. 1982, p. 255. in BECKER, Marina. **Tentativa criminosa**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p. 52.

⁶⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. v. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 362.

⁶⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 241.

⁶⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul. ; PIERANGELI, José Henrique. **Da tentativa**: doutrina e jurisprudência. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 14.

⁶⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 241.

A personalidade do agente, como ensina Mirabete⁷⁰, é circunstância judicial a ser levada em conta pelo magistrado na primeira das três fases da dosimetria da pena. É relevante, nesta etapa, a fase de cogitação, conforme frisa Becker:

“No caso de consumação do delito, a intensidade desta luta interior, eventualmente manifestada na conduta do sujeito nas etapas que antecederam a execução, pode ser considerada na apreciação da personalidade do agente. Não se pode afirmar, portanto, que esta fase seja sempre juridicamente irrelevante⁷¹”.

A esse respeito, assevera Dotti:

“...uma vez praticado o crime, a cogitação é examinada pelo juiz para estabelecer a pena adequada ao fato, declarando que a culpabilidade é mais ou menos reprovável em função da atitude psicológica do autor. Na redação original do CP, o art. 42 determinava que o magistrado, ao individualizar a pena, considerasse a intensidade do dolo⁷²”.

Já o induzimento, consoante escólio de Fragoso, pressupõe a iniciativa na formação da vontade de outrem. Remete-nos ao fato de plantar a idéia onde esta ainda não exista⁷³, de tal sorte que, se o agente já cogitava agir de tal ou qual forma, não haverá induzimento.

Sobre o tema, cabe trazer à baila a lição de Mirabete, em alusão ao crime de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, tipificado pelo artigo 122, *caput*, do Código Penal⁷⁴:

“Embora o induzimento e a instigação sejam situações semelhantes, pode-se distinguir o ato de induzir, que traduz a iniciativa do agente, criando na mente da vítima o desejo do suicídio quando esta ainda não pensara nele, do ato de instigar, que se refere à conduta de reforçar, acoroçoar, estimular a idéia preexistente de suicídio (RT 410/88)⁷⁵”.

Destarte, não se pode concluir que a cogitação, porque absolutamente impunível, é irrelevante para o Direito Penal. Interessa não só à dogmática, como também aos intérpretes e operadores do Direito na análise de casos concretos que envolvam a induzimento ou a valoração das circunstâncias judiciais.

5. Decisão

Na esteira dos ensinamentos de Welsel, a decisão ocorre quando o autor determina, com base no seu saber causal, os fatores requeridos para colocar em prática a causalidade, considerando os efeitos concomitantes e avaliando as eventuais variáveis⁷⁶.

Ou seja, quando já superada a cogitação e tendo prevalecido a vontade criminosa, o agente se decide pela prática do delito. Nesse sentido, aponta Becker:

“É o desígnio criminoso que vai assumindo contornos mais definidos na forma de um plano ou de um projeto, no qual são esboçados os detalhes, representados os resultados pretendidos, previstas as

⁷⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 293.

⁷¹ BECKER, Marina. **Tentativa criminosa**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p. 51.

⁷² DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 324.

⁷³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. 1962. p. 57. in BECKER, Marina. **Tentativa criminosa**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p. 54.

⁷⁴ BRASIL. **Código penal e Constituição federal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 74.

⁷⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte especial. v. 2. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 83.

⁷⁶ WELSEL, Hans. **Derecho penal aleman**. 1976. p. 73. in BECKER, Marina. **Tentativa criminosa**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p. 53.

dificuldades e antecipadas as alternativas de superação das mesmas. É o momento da seleção de meios para a consecução do fim pretendido⁷⁷.

Poder-se-ia concluir que a decisão é, em verdade, mera consequência da cogitação, pois todo aquele que cogita agir de tal ou qual modo termina decidindo algo, ainda que conclua por não agir de forma nenhuma e manter-se inerte.

Entretanto, conforme apontam Zaffaroni e Pierangeli, o desenvolvimento do crime é um processo ininterrupto em que se pode distinguir diversos momentos, uma vez que não existem limites preestabelecidos ou demarcados⁷⁸.

Nessa esteira, mostra-se possível considerar a decisão como uma fase autônoma do *iter criminis*. Isso porque não se trata apenas da opção pelo agir ou não agir, mas também do como agir, no que tange aos detalhes, perspectivas, dificuldades e alternativas.

Na esteira do escólio de Becker acima declinado, nota-se que o agente, nesta fase, necessita tomar não uma, mas diversas decisões antes de passar para os atos preparatórios. Essa é a razão pela qual consideramos a decisão como uma fase autônoma do caminho do crime, assim como Becker⁷⁹, Zaffaroni e Pierangeli⁸⁰.

5.1. Impunidade da decisão

A decisão, também chamada de desígnio, ainda se desenvolve na esfera íntima do agente e, assim como a cogitação, é impunível. Sua exteriorização através de quaisquer manifestações, verbais, gestuais ou escritas, não configura sequer tentativa, se não for além da inócua manifestação do pensamento⁸¹.

“As manifestações orais ou escritas de um desígnio criminoso ou de uma opinião só são incriminadas quando, por si mesmas, criam uma situação de lesão ou perigo para um bem jurídico, constituindo condutas típicas, por exemplo, de ameaça, injúria, calúnia, difamação, incitação pública de crimes⁸²”.

O desígnio criminoso, se não lesa ou ameaça bem jurídico nenhum, exaure-se na esfera do pensamento, razão pela qual é insuscetível de qualquer punição no âmbito penal. Nessa esteira, lembra Hungria que *pensiero non paga gabella* (o pensamento não paga imposto)⁸³. A esse mesmo respeito, destaca Dias:

“A mera decisão de realização de um tipo de ilícito objectivo, independente de um começo de realização efectiva, não é punível. A esta conclusão conduz o princípio indiscutido cogitationes poenam Nemo patitur. A justificação deste princípio deriva da própria função do direito penal de proteção subsidiária de bens jurídicos, não de puros valores morais: se o direito penal não visa, ao menos directamente, contribuir para a modelação moral do indivíduo, mas proteger uma ordenação social, só a violação desta ordenação – e assim, a conduta externa do agente – pode constituir um

⁷⁷ BECKER, Marina. **Tentativa criminosa**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p 53.

⁷⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul. ; PIERANGELI, José Henrique. **Da tentativa**: doutrina e jurisprudência. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p 13.

⁷⁹ BECKER, Marina. **Tentativa criminosa**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p 50.

⁸⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul. ; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p 700.

⁸¹ BECKER, Marina. **Tentativa criminosa**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p 54.

⁸² BECKER, Marina. **Tentativa criminosa**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p 54.

⁸³ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. t. 2, v. 1. 1995. p. 72. in BECKER, Marina. **Tentativa criminosa**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p 55.

ilícito. A decisão de realização analisa-se num puro processo interior, insusceptível, em si mesmo, de violar interesses socialmente relevantes⁸⁴.

5.2. Relevância penal da decisão

Malgrado seja a decisão impunível, porque subjetiva, interessa, assim como a cogitação, ao Direito Penal e à sua dogmática. Diz respeito, mais especificamente, às hipóteses de instigação trazidas pela legislação penal pátria.

Instigar, segundo ensina Capez, é reforçar uma idéia já existente⁸⁵. Somente após a decisão é que pode ocorrer, por parte de terceiros, a instigação, que já pressupõe a existência, na mente do agente, de uma cogitação criminosa⁸⁶.

De outro lado, se o agente já tiver decidido pela prática do delito, não há que se falar em induzimento, porque induzir, como destaca Capez⁸⁷, é fazer brotar a idéia na mente do agente.

Com efeito, assim como ocorre com a cogitação, não se pode afirmar que a fase de decisão é penalmente irrelevante. É evidente, do mesmo modo, a sua importância científica e prática.

6. Preparação

A preparação, que precede o início da agressão ao bem jurídico penalmente tutelado, consubstancia-se na prática dos atos indispensáveis à execução do delito⁸⁸. São atos que se dirigem à conduta criminosa⁸⁹. Conforme ensina Maurach:

“... é aquela forma de atuar que cria as condições prévias adequadas para a realização de um delito planejado. Por um lado, deve ir mais além do simples projeto interno (mínimo) sem que deva, por outro, iniciar a imediata realização tipicamente relevante da vontade delitiva (máximo)⁹⁰”.

Como espécies de atos preparatórios, é possível mencionar, dentre inúmeros outros, a aquisição de uma arma para a prática de um homicídio, o planejamento para a prática de um roubo e a observação da vítima para a prática de um seqüestro. Sobre o assunto, ensina Dotti:

“Os atos preparatórios constituem atividades materiais ou morais de organização prévia dos meios ou instrumentos para o cometimento do crime. Tanto pode ser a aquisição ou o municiamento da arma para o homicídio, como a atitude de atrair a vítima para determinado lugar para ser atacada⁹¹”.

Nesse sentido, destaca Garcia:

“Ninguém dirá que é começo de execução o ato, na verdade preparatório, de escolha da arma para perpetrar o homicídio. O indivíduo compra um revólver e municia-o. Não está tentando matar. Está apenas na fase preparatória. Esse mesmo indivíduo ajusta-se com um co-autor: ainda não se acha no início da execução, mas, somente, preparando o crime⁹²”.

⁸⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. P. 682.

⁸⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 347.

⁸⁶ BECKER, Marina. **Tentativa criminosa**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p. 54.

⁸⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 347.

⁸⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 241.

⁸⁹ BECKER, Marina. **Tentativa criminosa**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p. 55.

⁹⁰ MAURACH, Reinhart. **Tratado de derecho penal**. v. 2. Ediciones Ariel: Barcelona, 1967. p. 168.

⁹¹ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 325.

⁹² GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. v. 1. t. 1. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1972. p. 231.

6.1. Impunidade da preparação

A rigor os atos preparatórios são atípicos e não são alcançados pela punibilidade. Dotti assevera que “Em geral, os atos preparatórios não são puníveis, se o crime não chega a ser tentado”⁹³.

Becker atribui essa impunidade à ambigüidade que permeia a matéria, já que não se pode auferir com precisão o desígnio de cometer um delito específico⁹⁴.

“A aquisição e o municiamento de arma tanto pode ser ato preparatório de homicídio, como o apresto para a prática de um esporte de tiro. A aquisição de veneno pode indicar a preparação de um venefício, mas pode sugerir, também, uma cogitação ou desígnio suicida, bem como a intenção de eliminar insetos. O ato de sair à rua munido de gazuas pode significar a preparação de um furto, como pode corresponder à necessidade de abrir a porta do próprio escritório, cuja fechadura apresenta problemas⁹⁵”.

O ato é sempre equívoco e não representa, *de per se*, um dano ou perigo de dano a um bem jurídico⁹⁶. Há exceções, todavia, em que o legislador, por razões de política criminal, tipifica atos preparatórios como delitos autônomos, como nos crimes de petrechos para falsificação de moeda e petrechos de falsificação⁹⁷.

Tal se dá porque as condutas configuram perigo para os bens jurídicos, sem que se exija a consumação dos delitos dos quais constituem atos preparatórios⁹⁸. Nesse mesmo sentido, verificam-se as lições de Mirabete⁹⁹, Zaffaroni e Pierangeli¹⁰⁰.

6.2. Relevância penal da preparação

Os atos preparatórios, em que pese não sejam puníveis, ostentam evidente relevância para o Direito Penal, mormente no que se refere às circunstâncias do crime, a serem sopesadas quando da dosimetria da pena¹⁰¹, e à configuração da tentativa¹⁰².

Deve o magistrado, na fixação da pena-base, levar em consideração todas as circunstâncias que envolveram a prática criminosa, inclusive os atos preparatórios, que podem indicar menor ou maior grau de periculosidade do agente¹⁰³.

De outro lado, para que se possa falar em tentativa criminosa é necessária a identificação do exato momento em que findam os atos meramente preparatórios e iniciam-se os atos de execução. É fundamental, pois, bem delinear o limite que separa os atos preparatórios dos atos de execução.

⁹³ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 325.

⁹⁴ BECKER, Marina. **Tentativa criminosa**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p. 55.

⁹⁵ BECKER, Marina. **Tentativa criminosa**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p. 56.

⁹⁶ BECKER, Marina. **Tentativa criminosa**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p. 56.

⁹⁷ BECKER, Marina. **Tentativa criminosa**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p. 56.

⁹⁸ BECKER, Marina. **Tentativa criminosa**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p. 56.

⁹⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 157.

¹⁰⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul. ; PIERANGELI, José Henrique. **Da tentativa**: doutrina e jurisprudência. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 15.

¹⁰¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 294.

¹⁰² ZAFFARONI, Eugenio Raul. ; PIERANGELI, José Henrique. **Da tentativa**: doutrina e jurisprudência. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 16.

¹⁰³ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 294.

Como observam Zaffaroni e Pierangeli, a distinção entre atos preparatórios e atos de tentativa é um dos problemas mais árdios da dogmática e, seguramente, o mais difícil da tentativa¹⁰⁴. Mirabete também comunga desta opinião¹⁰⁵.

¹⁰⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul. ; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p 704.

¹⁰⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 157.

7. Execução

Conforme destaca Antolisei, citado por Becker¹⁰⁶, um dos temas mais debatidos no Direito Penal é a fronteira que separa os atos preparatórios do início de execução. É somente com o início da execução que se pode falar em punibilidade, porque os atos preparatórios permanecem impunes, por mais inequívocos que sejam. Nesse sentido:

“A grande dificuldade reside em precisar, através de uma fórmula geral, em que momento do *iter criminis* o agente, ultrapassando o campo da volição e da preparação, deu início, efetivamente, à execução do delito. Trata-se de uma questão de fundamental importância teórica e prática, porque representa a delimitação da fronteira entre atos puníveis e atos impunes¹⁰⁷”.

Em que pese os avanços havidos na tentativa de melhor traçar este limite, a doutrina admite que é impossível a elaboração de uma fórmula precisa, mas com um grau de generalização que não permita a existência de qualquer dúvida¹⁰⁸.

Isso porque não há como precisar, de forma taxativa, o momento exato em que termina a preparação e se inicia a execução, de modo que se possa aplicar tal fórmula a todos os casos concretos. Reside nisso a dificuldade encontrada pela doutrina.

Não obstante, temos que é perfeitamente possível, e até necessário, que se estabeleçam critérios genéricos com o escopo de resolver a problemática, que não pode permanecer sem solução. Nessa esteira, tem-se o escólio de Becker:

“A indistinção gera insegurança jurídica, levando a que o limite entre atos puníveis e impunes permaneça numa zona sombria e insondável, comprometendo a necessária certeza do direito. Identificadas as imensas dificuldades para o reconhecimento preciso do início de execução, originárias das ilimitadas possibilidades dos casos particulares, maiores são os subsídios requeridos à doutrina, de forma a garantir ao máximo a segurança jurídica, restringindo o arbítrio na aplicação da lei, praticamente inevitável quando se trata de esquemas especialmente amplos e gerais¹⁰⁹”.

Conforme destacam Zaffaroni e Pierangeli, a respeito do tema, as teorias subjetivas negam a distinção entre atos preparatórios e executivos, enquanto as teorias objetivas, por outro lado, enfatizam-na¹¹⁰, sempre com o escopo de melhor delimitá-la.

Dentre as inúmeras teorias desenvolvidas com o objetivo de resolver a questão, destaca-se a teoria objetivo-individual, com uma especial contribuição de Welzel¹¹¹. Segundo essa teoria, o início de execução só pode ser apontado se considerado o grau de desenvolvimento da conduta, dentro do plano traçado pelo autor¹¹².

Para que se possa falar em início de execução, exige-se o início da ação típica, sem esquecer os atos imediatamente anteriores, tomando-se em conta, para tanto, o plano concreto do autor. Nesse diapasão, têm-se os ensinamentos de Zaffaroni e Pierangeli:

¹⁰⁶ BECKER, Marina. **Tentativa criminosa**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p. 129.

¹⁰⁷ BECKER, Marina. **Tentativa criminosa**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p. 130.

¹⁰⁸ BECKER, Marina. **Tentativa criminosa**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p. 130.

¹⁰⁹ BECKER, Marina. **Tentativa criminosa**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p. 133.

¹¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul. ; PIERANGELI, José Henrique. **Da tentativa**: doutrina e jurisprudência. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 57.

¹¹¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 157.

¹¹² BECKER, Marina. **Tentativa criminosa**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p. 160.

“Para determinar a imediatidade da conduta em relação à realização típica de maneira alguma se apresenta como suficiente a mera consideração do tipo *in abstracto*, porquanto há necessidade de apelar-se para a modalidade particular de considerar a aproximação típica no caso concreto, o que obriga a tomar-se em conta, de maneira iniludível, o plano concreto do autor¹¹³”.

Zaffaroni e Pierangeli consideram que a teoria objetivo-individual é a que mais se aproxima do cerne do problema, mas admitem, entretanto, que não resolve a questão, devendo servir, segundo afirmam, como um princípio geral orientador¹¹⁴, para que se possa continuar em busca do aperfeiçoamento da segurança jurídica. Nesse mesmo diapasão, oportuno destacar a lição de Becker:

“Embora não exista a possibilidade da elaboração de uma fórmula suficientemente genérica e precisa, capaz de abarcar as infinitas possibilidades no âmbito do tema, a construção teoria tem avançado, de forma indiscutível, na necessária busca da segurança jurídica, mantendo viva e atual a discussão sobre o tema¹¹⁵”.

De outra banda, Mirabete argumenta que os critérios mais aceitos são os do ataque ao bem jurídico, quando se verifica que houve risco ao bem jurídico, e o do início da realização do tipo, quando tem início a realização do verbo núcleo do tipo¹¹⁶. Todavia, destaca que:

“O Código Penal adotou a teoria objetiva (formal) e exige que o autor tenha realizado de maneira efetiva uma parte da própria conduta típica, penetrando, assim, no ‘núcleo do tipo’¹¹⁷”.

Cabe frisar que Mirabete, em que pese aponte para critérios distintos, reconhece, assim como Zaffaroni, Pierangeli e Becker, que nenhum dos critérios é definitivo, podendo, somente, auxiliar a distinção nos casos concretos¹¹⁸.

Se o início da execução verifica-se com o início da ação típica, levando-se em consideração, também, os atos imediatamente anteriores, de acordo com a intenção do agente, pode-se concluir que a execução consiste na própria ação típica, ou seja, na realização do tipo penal incriminador pelo sujeito ativo da infração penal.

7.1. Punibilidade da execução

Na cogitação, na decisão e na preparação ainda não há, inequivocamente, lesão ou ameaça de lesão a qualquer dos bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal. É com o início da execução que o agente passa a colocar em risco o bem jurídico tutelado pela norma¹¹⁹, justificando, pois, a punibilidade nesta fase do *iter criminis*.

“Entre a primeira manifestação do desígnio delituoso e a consumação, não é possível encontrar outro limite, que satisfaça às exigências de segurança jurídica, que não seja o representado pelo princípio de execução¹²⁰”.

Quando iniciada a execução é que o fato passa a ser punível, podendo o agente responder pelo crime em sua forma tentada, consumada ou até mesmo exaurida, como se verá adiante. A forma com

¹¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raul. ; PIERANGELI, José Henrique. **Da tentativa**: doutrina e jurisprudência. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p 53.

¹¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul. ; PIERANGELI, José Henrique. **Da tentativa**: doutrina e jurisprudência. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p 55.

¹¹⁵ BECKER, Marina. **Tentativa criminosa**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p 166.

¹¹⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 157.

¹¹⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 157.

¹¹⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 157.

¹¹⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p 242.

¹²⁰ BECKER, Marina. **Tentativa criminosa**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p 60.

que os acontecimentos se darão após a o início da execução é que delimitará, nos termos da lei penal, a pena a ser aplicada ao agente.

Se o crime não se consumir por circunstâncias alheias à sua vontade, o agente responderá pela pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços, nos termos do artigo 14, parágrafo único, do Código Penal¹²¹. Caso o agente, voluntariamente, desista de prosseguir na execução ou impeça a produção do resultado, responderá pelos atos já praticados, nos moldes do artigo 15 do mesmo Diploma Legal¹²².

Cabe frisar que todos os institutos supracitados somente podem se verificar após o início da execução. Regra geral, o agente será, em qualquer das hipóteses, alcançado pela punibilidade, em virtude da exposição do bem jurídico a risco.

7.2. Relevância penal da execução

A execução do crime é tema relevante para a dogmática penal, em especial, como se viu, para a delimitação entre o término dos atos preparatórios e o seu início. Mas não é este o único ponto importante no que tange à execução.

Consoante exposto acima, a execução abrange os institutos da tentativa, da desistência voluntária e do arrependimento eficaz, relacionando-se diretamente com eles. Isso porque só se poderá falar em tais institutos quando evidente o início de execução.

O crime impossível também é tema afeto à execução. Há, no crime impossível, início de execução, mas o crime não se consuma por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, nos termos do artigo 17 do Código Penal¹²³.

Se o artigo supracitado determina que a tentativa não será punida em caso de crime impossível, é evidente que houve início de execução e que o crime não se consumou por circunstâncias alheias à vontade do agente. Caso contrário não sealaria em tentativa. Veja-se:

“Art. 17. Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumir-se o crime¹²⁴”.

Podem os meios empregados na execução do crime ser levados em consideração quando da aplicação da pena como circunstâncias do crime, nos moldes do artigo 59, *caput*, do Código Penal¹²⁵, podendo funcionar também como circunstâncias qualificadoras, agravantes genéricas ou causas de aumento de pena¹²⁶, desde que não haja *bis in idem*. Nessa esteira, oportuna a lição de Mirabete:

“A referência às circunstâncias e conseqüências do crime é de caráter geral, incluindo-se nelas as de caráter objetivo ou subjetivo não inscritas em dispositivos específicos. As primeiras podem referir-se à duração do tempo do delito, que pode demonstrar maior determinação do criminoso; ao local do crime, indicador, por vezes, de maior periculosidade do agente; à atitude durante ou após a conduta criminosa (insensibilidade e indiferença ou arrependimento” etc¹²⁷”.

¹²¹ BRASIL. **Código penal e Constituição federal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 52.

¹²² BRASIL. **Código penal e Constituição federal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 52.

¹²³ BRASIL. **Código penal e Constituição federal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 52.

¹²⁴ BRASIL. **Código penal e Constituição federal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 52.

¹²⁵ BRASIL. **Código penal e Constituição federal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 61.

¹²⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte geral**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 295.

¹²⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte geral**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 294.

De todo o exposto, denota-se que a fase de execução é das mais relevantes no *iter criminis*. Isso se deve, em especial, pela enorme discussão doutrinária acerca do limite que marca o esgotamento dos atos preparatórios e o seu início.

8. Consumação

A consumação do crime, segundo o artigo 14, inciso I, do Código Penal, opera-se quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal¹²⁸. Verificada a presença de todos os elementos objetivos, subjetivos e normativos do tipo penal, tem-se a consumação do delito. Nessa esteira, o escólio de Mirabete:

“Está consumado o crime quando o tipo está inteiramente realizado, ou seja, quando o fato concreto se subsume no tipo abstrato descrito na lei penal. Preenchidos todos os elementos do tipo objetivo pelo fato natural, ocorreu a consumação¹²⁹”.

No mesmo sentido, destaca Becker:

“Para que se considere o delito consumado não é necessário que o agente tenha atingido sua meta, mas apenas que estejam presentes os elementos do tipo. A consumação se rege, como observa Maurach, por pontos de vista de política criminal, sem que deva coincidir com a meta proposta pelo autor¹³⁰”.

As diversas espécies de delito, como bem consignam Mirabete¹³¹ e Capez¹³², contam com diferentes formas de consumação. Nos crimes materiais e nos crimes omissivos impróprios a consumação se dá com a produção do resultado naturalístico, ou seja, com a modificação no mundo exterior provocada pela conduta.

Nos crimes formais verifica-se a consumação com a simples atividade; o resultado é possível, mas não necessário para que haja consumação. Já nos delitos de mera conduta a consumação opera-se com a ação ou omissão criminosa, o que também se aplica aos crimes omissivos impróprios, em que basta a omissão. Não há, nestas modalidades de crime, resultado previsto pela legislação penal.

A consumação, nos crimes qualificados pelo resultado, dá-se com a produção do resultado agravador, e nos crimes habituais, com a reiteração de atos. Nos crimes permanentes o momento consumativo se alonga no tempo, enquanto perdurar a conduta do sujeito ativo. Nos crimes complexos a consumação ocorre quando os crimes componentes estejam integralmente realizados.

Há estudiosos, dentre os quais se destacam Bettiol e Reyes, a sustentar que é necessária para a consumação, também, a lesão efetiva ao bem jurídico, em harmonia com a noção teleológica do delito. Entretanto, conforme destaca Becker, em alusão aos ensinamentos de Liszt, “a maioria da doutrina adota a concepção formal, para a qual basta a correspondência do fato ao tipo abstrato”¹³³.

Nesse diapasão:

“Antolisei, defendendo a concepção formal, afirma que, para que se tenha o crime consumado, basta a constatação da completa realização da figura ou modelo Del reato descrita pelo legislador. Considera que qualquer indagação ulterior é, além de supérflua, suscetível de conduzir a conclusões

¹²⁸ BRASIL. **Código penal e Constituição federal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 52.

¹²⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 155.

¹³⁰ BECKER, Marina. **Tentativa criminosa**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p. 63.

¹³¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 156.

¹³² CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 241.

¹³³ BECKER, Marina. **Tentativa criminosa**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p. 63.

erradas, especialmente porque a pesquisa do bem protegido e a determinação da sua lesão, na prática, dão lugar, freqüentemente, a graves incertezas¹³⁴.

8.1. Punibilidade da consumação

Com a consumação, o agente responde pela pena prevista *in abstracto* para o delito, na medida de sua culpabilidade, nos termos do artigo 5.º, inciso XLVI, da Constituição Federal¹³⁵, dentro dos critérios individualizadores da sanção penal.

Realizado o tipo penal e superada a fase de persecução penal, e desde que não haja excludentes de ilicitude ou de culpabilidade, chega-se à pena *in concreto*, que será aplicada ao sujeito ativo da infração penal. A fixação da reprimenda, conforme ensina Mirabete, obedecerá aos critérios previstos no Código Penal¹³⁶.

8.2. Relevância penal da consumação

O momento consumativo é fundamental para determinar a quantidade da pena a ser aplicada, para a fixação do foro competente para processar e julgar a infração¹³⁷, bem como para determinar o termo inicial do prazo da prescrição da pretensão punitiva, nos termos do artigo 111, inciso I, do Código Penal¹³⁸. Com a consumação já não há que se falar em tentativa criminosa, desistência voluntária ou em arrependimento eficaz¹³⁹.

A tentativa verifica-se quando o crime não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente, nos termos do artigo 14, inciso II, do Código Penal¹⁴⁰. Em havendo consumação, impossível o reconhecimento da tentativa¹⁴¹.

O mesmo se aplica à desistência voluntária, que ocorre quando o agente, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução, em etapa que antecede a consumação. No arrependimento eficaz o agente, também voluntariamente, impede que o resultado se produza, obstando a consumação. É o que se extrai do artigo 15 do Código Penal¹⁴².

Nessa mesma esteira, destaca Dotti que “Sua ocorrência torna inviáveis tanto a desistência voluntária (de prosseguir na execução) como o arrependimento eficaz (de voltar ao *status quo ante*). Tais condutas poderão somente influir na individualização da pena”¹⁴³.

Com efeito, nota-se que a fase de consumação é amplamente relevante para o Direito Penal, gerando efeitos até mesmo no âmbito do Direito Processual Penal. A consumação pode ser considerada o apogeu do *iter criminis*, já que o exaurimento do delito, consoante se demonstrará adiante, nem sempre ocorre.

9. Exaurimento

¹³⁴ BECKER, Marina. **Tentativa criminosa**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p. 62.

¹³⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 23.

¹³⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte especial. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 210.

¹³⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 261.

¹³⁸ BRASIL. **Código penal e Constituição federal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 71.

¹³⁹ BECKER, Marina. **Tentativa criminosa**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p. 67.

¹⁴⁰ BRASIL. **Código penal e Constituição federal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 52.

¹⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. ; PIERANGELI, José Henrique. **Da tentativa**: doutrina e jurisprudência. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 23.

¹⁴² BRASIL. **Código penal e Constituição federal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 52.

¹⁴³ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 325.

O exaurimento ocorre quando o agente alcança, de maneira efetiva, o objetivo que motivou a sua conduta delituosa. É a etapa final, o esgotamento do *iter criminis*. Nesse sentido, tem-se o ensinamento de Becker, citando Jescheck e Asúa:

“Em alguns casos, o delito depois de consumado tem um desenvolvimento posterior, suscetível de provocar um novo dano, até que o agente atinja o objetivo que se havia proposto, quando então se considera o delito exaurido¹⁴⁴”.

Com efeito, pode configurar uma nova lesão ao mesmo bem jurídico ou uma vantagem para o agente, mas não configura um novo delito. O exaurimento funciona como *post factum* não punível, que apenas exaure um delito já consumado¹⁴⁵. Nessa esteira, ensina Capez:

“Crime exaurido é aquele no qual o agente, após atingir o resultado consumativo, continua a agredir o bem jurídico, procura dar-lhe uma nova destinação ou tenta tirar novo proveito, fazendo com que sua conduta continue a produzir efeitos no mundo concreto, mesmo após a realização integral do tipo¹⁴⁶”.

A esse respeito, Becker:

“Com a consumação o agente viola a norma jurídica, e com o exaurimento consegue o resultado visado. O delito estará exaurido quando produzir todos os efeitos danosos conseqüentes à violação, não podendo mais o agente intervir para impedi-la¹⁴⁷”.

Oportuno consignar que esta fase nem sempre se verifica. É o que ocorre quando o sujeito ativo da infração penal limita-se a consumir o crime, sem que haja uma nova lesão ao mesmo bem jurídico ou uma vantagem para o agente.

São inúmeras as hipóteses de exaurimento trazidas pela legislação penal pátria. No caso da extorsão mediante seqüestro, por exemplo, o delito se consuma quando a vítima é privada de sua liberdade, e o exaurimento se opera com o pagamento do resgate exigido pelo agente¹⁴⁸.

Também configura mero exaurimento a conduta do autor do furto que, após a subtração, vende a *res furtiva* ou influi para que terceiro de boa-fé a receba¹⁴⁹. Pode-se citar, ainda, a extorsão e a fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro¹⁵⁰.

9.1. Impunidade do exaurimento

Consoante se mencionou alhures, o exaurimento não configura um novo crime, ainda que encontre tipificação autônoma na legislação penal, funcionando como fato posterior impunível¹⁵¹. Conclusão diversa levaria à dupla punição a um mesmo fato delituoso, que é vedada pelo Direito Penal, com amparo no princípio *non bis in idem*.

Impende frisar que a impunidade somente se verifica em caso de nova lesão ao mesmo bem jurídico, com fulcro no supracitado princípio. No caso de homicídio sucedido pela ocultação do cadáver, por serem diferentes os bens jurídicos atingidos, o agente responderá pelos dois crimes, em concurso material¹⁵².

¹⁴⁴ BECKER, Marina. **Tentativa criminosa**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p. 67.

¹⁴⁵ BECKER, Marina. **Tentativa criminosa**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p. 68.

¹⁴⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 240.

¹⁴⁷ BECKER, Marina. **Tentativa criminosa**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p. 68.

¹⁴⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte especial. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 255.

¹⁴⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte especial. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 225.

¹⁵⁰ BECKER, Marina. **Tentativa criminosa**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p. 68.

¹⁵¹ BECKER, Marina. **Tentativa criminosa**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p. 68.

¹⁵² MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte especial. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 77.

9.2. Relevância penal do exaurimento

Conforme destaca Becker, alguns autores consideram irrelevante o exaurimento, uma vez que não encontra espaço na configuração jurídica do delito¹⁵³. Todavia, constata-se que o exaurimento, apesar de impune, tem também relevância para o Direito Penal.

O exaurimento do delito pode, quando não estiver previsto como causa específica de aumento de pena¹⁵⁴, ser levado em consideração quando da análise das circunstâncias judiciais para a fixação da pena-base¹⁵⁵. Isso porque, em regra, são mais brandas as consequências do crime não exaurido. Nesse sentido:

“De regra, o exaurimento apenas influi na quantidade da pena, seja por estar previsto como causa especial de aumento (ex.: CP, art. 317, § 1.º), seja por figurar como circunstância judicial desfavorável (pois o juiz deve levar em conta na dosagem da pena-base as consequências do crime – art. 59, *caput*, do CP)¹⁵⁶”.

E é somente na fase posterior à consumação que se pode falar em arrependimento posterior¹⁵⁷. Com efeito, o autor do furto consumado que, ao invés de vender a *res furtiva* a terceira pessoa, devolve-a para a vítima, terá a sua pena reduzida.

No que tange à participação, como bem destacam Becker¹⁵⁸, Zaffaroni e Pierangeli¹⁵⁹, não incide na pena cominada ao crime a pessoa que intervém após a consumação do delito, em momento anterior ao exaurimento, que é impunível. Nesse sentido:

“Por outro lado, o concurso criminoso não pode ocorrer depois da consumação, a menos que a conduta posterior esteja relacionada com a anterior, podendo sobrevir apenas outro delito acessório, como a receptação ou o favorecimento pessoal ou real¹⁶⁰”.

Em que pese não seja o exaurimento alcançado pela punibilidade, nota-se que não há como considerá-lo irrelevante sob a ótica do Direito Penal. Assim como as demais fases do *iter criminis*, o exaurimento ostenta importância evidente.

10. Conclusão

Depois de discorrer sobre o conceito de crime e de identificar cada uma das fases do *iter criminis*, sempre justificando a sua impunidade ou punibilidade e destacando a sua relevância para o Direito Penal, chegamos a importantíssimas conclusões.

Por primeiro, demonstramos que as etapas subjetivas, ainda que se verifiquem na mente do agente, ostentam fundamental relevância para o Direito Penal, tanto sob o ponto de vista teórico quanto prático, notadamente no que diz respeito ao induzimento e à instigação.

O Direito Penal, enquanto ciência, não cuida apenas da tipificação de condutas e da cominação de penas, abrangendo também a dogmática, a criminologia¹⁶¹, a política criminal¹⁶², etc. Se considerados

¹⁵³ BECKER, Marina. **Tentativa criminosa**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p. 69.

¹⁵⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 240.

¹⁵⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 293.

¹⁵⁶ ESTEFAM, André. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 236.

¹⁵⁷ BECKER, Marina. **Tentativa criminosa**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p. 68.

¹⁵⁸ BECKER, Marina. **Tentativa criminosa**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p. 67.

¹⁵⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. ; PIERANGELI, José Henrique. **Da tentativa**: doutrina e jurisprudência. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 25.

¹⁶⁰ BECKER, Marina. **Tentativa criminosa**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p. 67.

¹⁶¹ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 80.

¹⁶² DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 73.

os avanços da ciência criminal, fica cada vez mais difícil encontrar o que possa ser considerado penalmente irrelevante.

Ainda que a discussão acerca da relevância penal seja aparentemente terminológica, não podemos concordar com aqueles que tomam por irrelevantes as etapas que se desenvolvem no foro íntimo do agente, pois, como se demonstrou, não o são.

É impossível analisar a conduta do agente, dentro do conceito estratificado de crime, sem levar em consideração as fases de cogitação e de decisão. São etapas, evidentemente, mais afetas às ciências do pensamento, mas que não podem ser ignoradas pelos penalistas.

Concluimos que tais fases, também porque subjetivas, não são alcançadas pela punibilidade, pois não se pode ousar punir o pensamento. Seria extremamente arbitrário, ainda que com as melhores intenções, encarcerar o pensamento humano.

O Direito Penal é também ciência. E de tão vasto, fica difícil afirmar que tais ou quais institutos, mormente entre aqueles que se relacionam com o crime, são penalmente irrelevantes, mesmo em se tratando daqueles que não podem ser alcançados pela punibilidade.

Observamos ainda que os atos preparatórios também não são atingidos pela punibilidade, porque, apesar de exteriorizados, são sempre equívocos e não constituem ofensa a um bem jurídico determinado. Mas são, assim como as demais fases, extremamente relevantes, principalmente quando da dosimetria da pena.

Ficou demonstrado, do mesmo modo, que o critério objetivo-individual é o que mais se aproxima de apontar o momento em que se dá o início da execução, o que é essencial para a configuração da tentativa, da desistência voluntária e do arrependimento eficaz.

Não há como concluir pelo início da execução sem considerar o plano do agente e o início da ação típica, sempre levando em conta lesão ou possibilidade de lesão ao bem jurídico, que nos remete à configuração do fato típico, dentro do conceito analítico de delito.

Extraí-se que o caminho do crime passa a ser punível com o início da execução, estendendo-se a punibilidade à fase de consumação, mas sem atingir o exaurimento. Esta última etapa que, apesar de impune, é também importante.

Verificamos que a fase de exaurimento, quando ocorre, pode influir na dosimetria da pena, como causa de aumento ou circunstância do crime, com reflexos em institutos também relevantes, como o arrependimento posterior e a participação.

De todo o exposto, nota-se que o *iter criminis* se insurge como um instituto fundamental para o Direito Penal, em seu sentido mais amplo, abrangendo todas as ciências que o compõe e as que com ele se relacionam, merecendo especial atenção dos penalistas, tanto sob o ponto de vista teórico quanto prático.

Referências bibliográficas

BECKER, Marina. **Tentativa criminosa**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. 398 p.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. v. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 745 p.

BRASIL. **Código penal e Constituição federal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 223 p.

- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 315 p.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 601 p. (volume 1)
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 1061 p.
- DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 777 p.
- ESPINAR, Gonzalo Fernández. **El desistimiento en la fase externa de ejecución del iter criminis**. Actualidad Penal, Madri, n. 2, p. 637-650. 1995.
- ESTEFAM, André. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2010. 490 p.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Bushatsky, 1978. 356 p.
- GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. v. 1. t. 1. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1972. 395 p.
- ISHIDA, Valter Kenji. **Curso de direito penal: parte geral e parte especial**. São Paulo: Atlas, 2009. 628 p.
- LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Tradução de José Higino Duarte Pereira. 1. ed. Campinas: Russell Editores, 2003. 438 p. (tomo 1)
- MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal: da infração penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. 380 p. (volume 2)
- MAURACH, Reinhart. **Tratado de derecho penal**. v. 2. Ediciones Ariel: Barcelona, 1967. p. 168.
- MIR, José Cerezo. **La regulación del iter criminis y la concepción en el nuevo código penal español**. Revista de Derecho Penal y Criminología, Madri, n. 1, p. 13-23, jan. 1998.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte geral**. v. 1. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001. 453 p.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte especial**. v. 2. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2003. 506 p.
- NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal: introdução e parte geral**. 36. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001. 388 p. (volume 1)
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 6. ed. rev., ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 1120 p.
- TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. 403 p.
- TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 362 p.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. 967 p.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. ; PIERANGELI, José Henrique. **Da tentativa: doutrina e jurisprudência**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 203 p.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. ; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 893 p.