Grupo Educacional RDP

Rumo ao MP



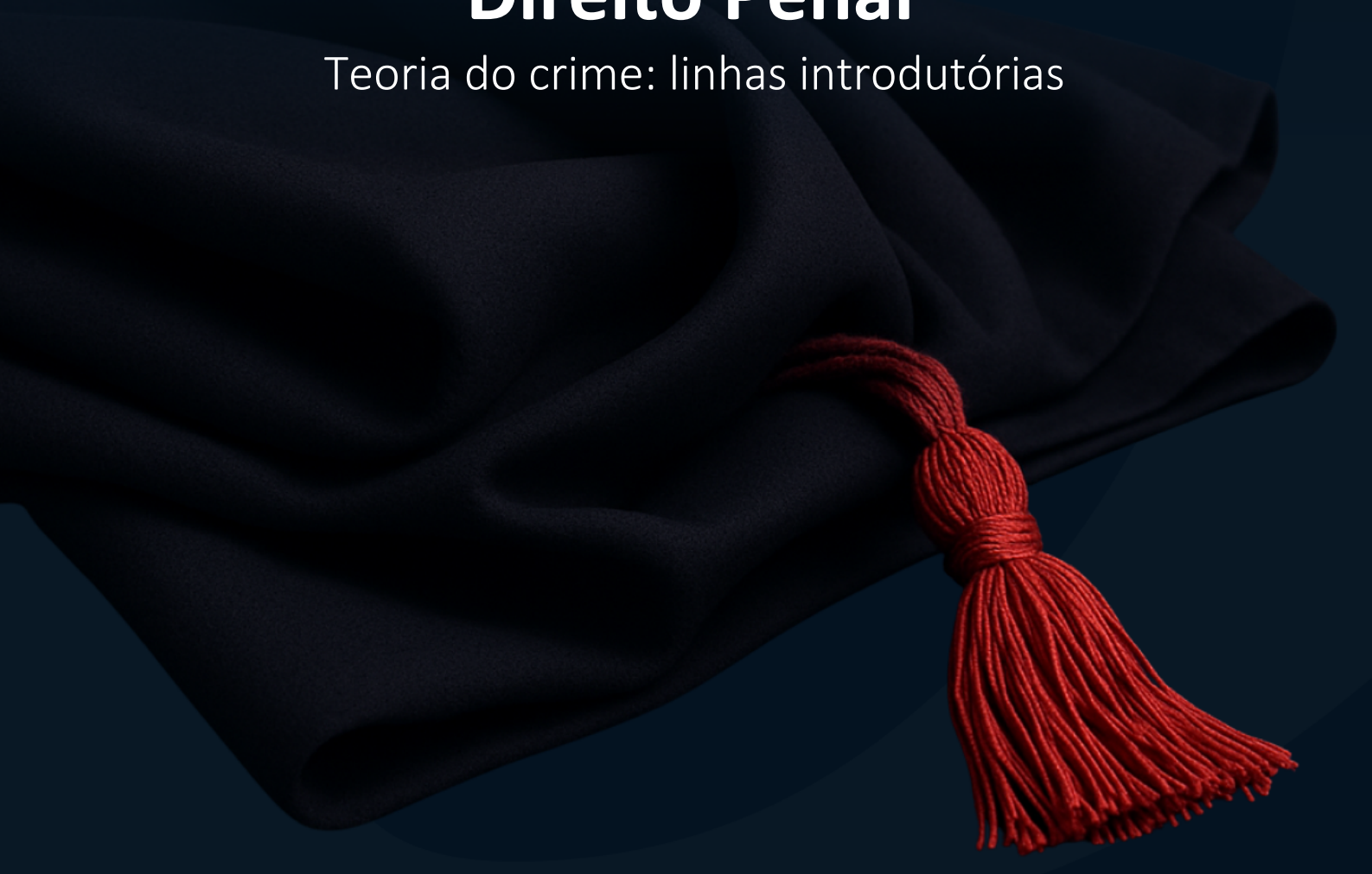
RETA FINAL

MPE/SP

PRÉ-EDITAL · 98º CONCURSO

Direito Penal

Teoria do crime: linhas introdutórias



SUMÁRIO

DIREITO PENAL *3*

1. Bem jurídico penal 3
2. Funcionalismo teleológico (Roxin) e sistêmico (Jakobs) 3
3. Direito penal do amigo 8
4. Espiritualização do direito penal 9
5. O direito penal em velocidades 9
6. Direito penal do fato e direito penal do autor 11
7. Teoria do crime 12
   - 7.1 Conceito clássico de delito 16
   - 7.2 Conceito neoclássico – TEORIA NEOKANTISTA 17
   - 7.3 Conceito Finalista - (HANS WELZEL) 17
   - 7.4 Conceito/sistema funcionalista 18
8. Crime e contravenção penal 19
9. Considerações sobre o art. 28 da Lei de Drogas 20
10. Direito penal e enfrentamento da criminalidade moderna 25
11. Direito penal de emergência, promocional e simbólico 26
12. Direito intervencionista ou de intervenção 27
13. O estudo da tentativa no Direito Penal 27
14. Desistência voluntária 33
15. Arrependimento eficaz 34
16. Arrependimento posterior 35
17. Espécies de tentativa 37
    - 17.1 Tentativa perfeita 38
    - 17.2 Tentativa imperfeita 38
    - 17.3 Tentativa branca ou incruenta 38
    - 17.4 Tentativa cruenta ou vermelha 38
    - 1.7.5 Tentativa inadequada ou inidônea 38
    - 17.6 Tentativa abandonada ou qualificada 38

Material produzido pelo Grupo Educacional RDP I Proibida a circulação não autorizada, sob pena de violação de direitos autorais.

DIREITO PENAL

Ponto do edital: Direito Penal, item 1: "Parte Geral do Código Penal."

1. BEM JURÍDICO PENAL

Olá, pessoal. Tudo certinho? Vamos começar essa apostila muito importante para a sua prova do MPE/SP. A teoria do crime é sempre um pouco complexa, mas você vai entender direitinho o que precisa para ser aprovado(a)! Bora lá?

Bem! Podemos definir **bem jurídico penal** como todo aquele bem que possui relevância, a fim de que seja acobertado pelo direito penal, considerando os princípios da *ultima ratio* **(intervenção mínima, fragmentariedade e subsidiariedade).**

CAIU NO MP-SC-CESPE-2021: O objetivo do direito penal moderno é exclusivamente a proteção de bens jurídicos, de modo que é vedada a criminalização de intenções, de pensamentos e de maneiras de viver, salvo se exteriorizadas de modo a, no mínimo, colocar em risco os referidos bens jurídicos, especialmente aqueles consagrados na própria Constituição Federal, como a saúde pública, o patrimônio e o meio ambiente.[1]

Atenção à diferença entre o princípio da fragmentariedade e o da subsidiariedade!

Enquanto aquele determina que somente os bens jurídicos mais relevantes devem ser tutelados pelo Direito Penal (como a vida e a integridade física), o princípio da subsidiariedade dispõe que, mesmo diante de um ato violador de bem jurídico relevante ao direito penal, este ramo somente atuará no caso concreto se os outros ramos do direito (como civil e administrativo) não forem capazes de tutelá-lo.

Um exemplo é a extinção da punibilidade em crime tributário caso haja o pagamento do débito apurado; o bem jurídico (a higidez do sistema tributário) foi tutelado com o pagamento, resolvendo-se a situação e afastando a necessidade de atuação do direito penal no caso.

2. FUNCIONALISMO TELEOLÓGICO (ROXIN) E SISTÊMICO (JAKOBS)

O funcionalismo, lembra Rogério Sanches[2], é um movimento da atualidade, uma corrente doutrinária que visa analisar a real função do Direito Penal. Muito embora não haja pleno consenso acerca da sua teorização, sobressaem-se dois segmentos importantes: o funcionalismo teleológico e o funcionalismo sistêmico.

[1] **CERTO**. O Direito Penal moderno protege apenas bens jurídicos relevantes, não podendo criminalizar pensamentos ou modos de vida; só atua quando uma conduta exteriorizada causa lesão ou risco a esses bens.

[2] CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120**). 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 34.

Material produzido pelo Grupo Educacional RDP I Proibida a circulação não autorizada, sob pena de violação de direitos autorais.

TEORIAS SOBRE O FUNCIONALISMO	
FUNCIONALISMO TELEOLÓGICO/MODERADO	FUNCIONALISMO SISTÊMICO/RADICAL
Principal autor é o **Claus Roxin** Para o funcionalismo teleológico, o direito penal surge para proteger **bens juridicamente relevantes.** Assim, a norma incide não para mostrar que o direito penal deve "apenas" manter a ordem, mas porque este é necessário para proteger aqueles bens jurídicos mais relevantes na sociedade.	Principal autor é o **Günther Jakobs** O Direito Penal é um sistema **autopoiético**. Assim, para os adeptos do funcionalismo sistêmico, o direito penal atua para manter a ordem, mostrando que quem cometeu o crime violou a disfunção social e **quebrou a confiança.** Em outras palavras, a função do Direito Penal é manter a integridade do próprio sistema.

Lembra ainda Rogério Sanches[3] que para o **funcionalismo teleológico** (ou moderado), que tem como maior expoente **Claus Roxin, a função do Direito Penal é assegurar bens jurídicos, assim considerados aqueles valores indispensáveis à convivência harmônica em sociedade, valendo-se de medidas de política criminal.** Já de acordo com o **funcionalismo sistêmico** (ou radical), defendido por Günther **Jakobs, a função do Direito Penal é a de assegurar o império da norma, ou seja, resguardar o sistema, mostrando que o direito posto existe e não pode ser violado.** Quando o Direito Penal é chamado a atuar, o bem jurídico protegido já foi violado, de modo que sua função primordial não pode ser a segurança de bens jurídicos, mas sim a garantia de validade do sistema.

CAIU NO MP-GO-BANCA PROPRIA- 2019- ADAPTADA: A frase "o caminho correto só pode ser deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema de direito penal" foi formulada por Claus Roxin, no contexto do funcionalismo teleológico racional.[4]

Claus Roxin[5], em sua obra **"A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal",** sustenta que as fronteiras da autorização de intervenção jurídico-penal devem resultar de uma função social do direito penal. O que está além desta função não deve ser logicamente objeto do direito penal. Assim, pontua o autor:

> (...) A **função do direito penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem, em menor**

[3] CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 34.

[4] **CERTO**. Roxin sustenta que a teoria do delito deve incorporar fundamentos normativos e político-criminais, aproximando o Direito Penal da realidade. Assim, consolida seu funcionalismo teleológico-racional.

[5] ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Org. e Traduzido por André Luís Callegari Nereu José Giacomolli. 2ª Edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2018, p.

Material produzido pelo Grupo Educacional RDP I Proibida a circulação não autorizada, sob pena de violação de direitos autorais.

> medida, a liberdade dos cidadãos. Esta descrição de funções corresponde, segundo minha opinião, com o entendimento mesmo de todos as democracias parlamentares atuais, por isso não necessita, então, de uma fundamentação teórica mais ampla. (GRIFOS NOSSOS).

CAIU NO MP-DFT-Banca Própria- 2021: Na visão do funcionalismo teleológico, a responsabilidade, como condição para a sanção, exige, além da análise dos requisitos da culpabilidade, o juízo da necessidade da pena.[6]

Entretanto, para **Günther Jakobs**, a função do Direito Penal não é a proteção de bens jurídicos, mas a de evitar uma diminuição da vigência da norma. Claus Roxin lembra que Jakobs pensa que o conceito de bem jurídico não tem um conteúdo genuinamente liberal. Assim, por exemplo, a punibilidade da homossexualidade em uma sociedade configurada pela hierarquia de homens, como o exército prussiano, buscava proteger bens jurídicos, já que as relações sexuais que em princípio têm caráter de quebrar as hierarquias haviam surtido efeitos sociais danosos.[7]

Além disso, é preciso lembrar que o funcionalismo sistêmico (segundo as ideias de Jakobs) está associado ao que se chama de "direito penal do inimigo".

Sobre o Direito Penal do Inimigo, sustenta Masson[8]:

> (...) A teoria do Direito Penal do inimigo foi desenvolvida por Günther Jakobs, professor catedrático de Direito Penal e Filosofia do Direito na Universidade de Bonn, Alemanha, reconhecido mundialmente como um dos maiores criminalistas da atualidade. A ele é também atribuída a criação de uma nova teoria da ação jurídico-penal, o funcionalismo radical, monista ou sistêmico, ou seja, o pensamento que reserva elevado valor à norma jurídica como fator de proteção social. Para ele, apenas a aplicação constante da norma penal é que imprime à sociedade as condutas aceitas e os comportamentos indesejados. Na década de 1980, Jakobs traçou os primeiros lineamentos da teoria em análise, voltando ao seu estudo no final dos anos 1990, mas, em 2003, de maneira corajosa, assumiu postura inequívoca na defesa da adoção do Direito Penal do inimigo, justificando com toda uma obra doutrinária a necessidade de revolucionar conceitos clássicos arraigados na mente dos doutrinadores. Seu pensamento coloca em discussão a real efetividade do Direito Penal existente, pugnando pela flexibilização ou mesmo supressão de diversas garantias materiais e processuais até então reputadas em uníssono como absolutas e intocáveis. (GRIFOS NOSSOS).

[6] **CERTO**. No funcionalismo de Roxin, o injusto deriva da tipicidade e ilicitude, e a responsabilidade exige culpabilidade e necessidade de pena, só havendo responsabilização quando o agente podia agir conforme o direito e a sanção é indispensável.
[7] ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Org. e Traduzido por André Luís Callegari Nereu José Giacomolli. 2ª Edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 35.
[8] MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado – Parte geral – vol. 1**. 8.ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 162.

Material produzido pelo Grupo Educacional RDP I Proibida a circulação não autorizada, sob pena de violação de direitos autorais.

CAIU NO MP-SC-CESPE-2021: O funcionalismo radical, defendido por Gunther Jakobs, baseia-se na premissa de que a função do direito penal é a proteção dos bens jurídicos, sendo a conduta um comportamento humano voluntário causador de relevante e intolerável lesão ou perigo de lesão do bem jurídico pela norma penal.[9]
CAIU NO MP-DFT-Banca Própria- 2021: O funcionalismo sistêmico preconiza que a missão do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, através da prevenção geral ou especial.[10]

Lembra Masson[11] que para o "inimigo":

> É possível, assim, a eliminação de direitos e garantias individuais, uma vez que não paira necessidade de obediência ao devido processo legal, mas a um procedimento de guerra, de intolerância e repúdio ao inimigo. A propósito, é cabível inclusive a utilização da tortura como meio de prova, e também para desbaratar as atividades ilícitas do criminoso e dos seus comparsas. O inimigo arrependido, disposto a auxiliar o Estado no combate de seus antigos companheiros, contudo, deve receber benefícios, desde que os delate, permitindo o desmantelamento de quadrilhas, prisões em massa e recuperação dos produtos e proveitos dos crimes. Nitidamente, enxerga-se na concepção de Jakobs a convivência de dois direitos em um mesmo ordenamento jurídico. Em primeiro lugar, um direito penal do cidadão, amplo e dotado de todas as garantias constitucionais, processuais e penais, típico de um Estado Democrático de Direito. Sem prejuízo, em parcela menor e restrita a grupos determinados, com ele coexiste o Direito Penal do inimigo, no qual o seu sujeito deve ser enfrentado como fonte de perigo e, portanto, a sua eliminação da sociedade é o fim último do Estado. (GRIFOS NOSSOS).

CAIU NO MP-MT-UFMT-2014: O Direito Penal do Inimigo combate preponderantemente perigos (retrospectivos), enquanto o Direito Penal do Cidadão, segundo o modelo funcionalista de Günther Jakobs, pautado pela prevenção geral negativa, mantém a vigência da norma (prospectivo).[12]

Assim, temos, em resumo, a seguinte previsão segundo *Jakobs*:

DESDOBRAMENTOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO (Günther Jakobs)	
DIREITO PENAL DO CIDADÃO (*Bürgerstrafrecht*)	DIREITO PENAL DO INIMIGO *(Feindstrafrecht)*
Caracterizado pela **manutenção da vigência** da norma.	Orientado para o combate aos perigos e que permite que qualquer meio disponível **seja utilizado para punir esses inimigos, ainda que viole direitos previstos.**

[9] **ERRADO**. No funcionalismo sistêmico de Jakobs, o Direito Penal busca assegurar a vigência da norma, admitindo o Direito Penal do Inimigo para neutralizar indivíduos vistos como ameaça à ordem jurídica.
[10] **ERRADO**. O funcionalismo teleológico-racional defende que o Direito Penal serve à proteção subsidiária e fragmentária dos bens jurídicos mais relevantes, guiado por finalidades político-criminais.
[11] *Ibidem*, p. 164.
[12] **ERRADO**. Jakobs admite a coexistência de dois direitos penais: o Direito Penal do Cidadão, pleno em garantias próprias do Estado Democrático de Direito, e o Direito Penal do Inimigo, aplicado a grupos vistos como perigosos, nos quais o Estado atua visando neutralização e exclusão social.

Material produzido pelo Grupo Educacional RDP I Proibida a circulação não autorizada, sob pena de violação de direitos autorais.

Nas palavras dos professores Estefam e Rios (2020, p. 243), o direito penal do inimigo (isto é, indivíduos que reincidem constantemente na prática de delitos ou praticam fatos de extrema gravidade, como ações terroristas) teria como finalidade **combater perigos**. Neste, o infrator não é tratado como sujeito de direitos, mas como inimigo a ser eliminado e privado do convívio social. Abaixo, os autores trazem as principais características do direito penal do inimigo:

- Tem como finalidade a eliminação de perigos;
- Baseia-se na periculosidade do agente, considerado inimigo e, portanto, como alguém que não pode ser tratado como sujeito de direitos ("não pessoa");
- Efetua uma ampla antecipação da punibilidade, visando coibir ações perigosas antes que estas se concretizem (punição de atos preparatórios);
- As penas são severas, ainda quando aplicadas em casos de antecipação da tutela penal;
- Aplica-se uma legislação diferenciada, com enfoque combativo ("combate ao inimigo");
- Utiliza-se principalmente de medidas de segurança;
- Garantias processuais penais são suprimidas.

Em relação à teoria de *Jakobs*, é preciso compreender quem seria esse "inimigo" que pode ter suas garantias processual-penais violadas. Isso porque basta lembrarmos das teorias da Criminologia do Conflito (como a Criminologia Crítica), vistas no material de criminologia, para verificarmos que os valores mais relevantes e a figura do "inimigo" não são pautados por decisões consensuais da sociedade, mas sim pelas classes detentoras do poder político para tanto.

Essa ideia é reforçada com o fato de que nosso sistema penal é composto basicamente por pessoas pobres, negras e moradoras de regiões carentes das cidades (fora aquelas em situação de rua), além do rígido tratamento dado pelo nosso CP aos crimes contra o patrimônio (basta lembrar que a pena do furto qualificado pela subtração de semovente domesticável de produção é muito mais alta do que a pena do homicídio culposo, por exemplo).

Nesse contexto, pergunto a vocês: quem é o inimigo da nossa sociedade, que é tido como aquele que deve ser reprimido com todas as forças estatais? Com o uso desmesurado de violência policial? Com a "flexibilização" das garantias processual-penais? Imagino que vocês saibam a resposta.

Em suma, podemos resumir as teorias funcionalistas da seguinte maneira. Para essas teorias, os elementos do crime devem ser interpretados sob o prisma da **função do Direito Penal**. Em outras palavras, a dogmática deve ser analisada em observância à **política criminal**.

a) **Roxin**: para ele, a função do Direito Penal é a de promover a **proteção dos bens jurídicos**. Por isso, **caso uma conduta prevista como crime seja socialmente aceita, o fato seria atípico**;

Material produzido pelo Grupo Educacional RDP I Proibida a circulação não autorizada, sob pena de violação de direitos autorais.

b) **Jakobs**: para ele, a função do Direito Penal é **reafirmar a autoridade do Direito**. A pena surge para ratificar a importância do respeito à norma. Logo, não há limites materiais ao alcance da lei penal. Por essa razão, dá origem ao **DIREITO PENAL DO INIMIGO**.

3. DIREITO PENAL DO AMIGO



Calma, não se trata do bordão criado pelo humorista Odair *"como é, amigo"?* Trata-se de doutrina **trabalhada pelo professor Diego Castor de Matos**, Procurador da República. Em uma obra com o título **"Direito Penal do Amigo"**, este autor ensina que o **objetivo do livro "é analisar a impunidade dos crimes do colarinho branco na atuação prática da persecução penal**, abordando as dificuldades do processo penal no país que superprotege ricos e poderosos, tratando dos entraves **operacionais vivenciados no cotidiano forense pelos que enfrentam a criminalidade econômica no Brasil**. Utiliza-se de uma crítica ao atual modelo de sistema processual penal brasileiro, complexo e moroso, **com inesgotáveis fontes de recursos para aqueles que podem custear caros advogados**, o que acaba sendo decisivo para facilitar a impunidade dos crimes cometidos pelas pessoas do último andar da pirâmide social."

Sobre o direito penal do amigo, propõe o Christiano Gonzaga[13]:

> [...] Atualmente, a sociedade está sentindo mais sensivelmente os efeitos desse famigerado Direito Penal do Amigo, pois várias leis estão sendo feitas para beneficiar esse tipo de criminalidade. Para citarmos duas, já vistas anteriormente, tem-se a Lei nº 10.684/2003, que em seu art. 9º permite a extinção da punibilidade dos crimes de sonegação fiscal quando a agente pagar o tributo devido. Tal ocorrência não é aceita para um simples crime de furto, em que o agente pode ser beneficiado, quando muito, pelo arrependimento posterior previsto no art. 16 do CP, como simples causa de diminuição de pena. Na mesma linha de pensamento, surge a Lei nº 13.254/2016, que em seu art. 5º prevê a extinção da punibilidade de vários crimes, na maioria espécies de crimes de colarinho-branco, para quem pagar o imposto devido e repatriar o valor depositado no estrangeiro de forma ilícita. São simples demonstrações de que o Direito Penal para as pessoas da elite é mais benevolente. [...] Não é somente na seara legislativa que há benefício penal para os mais abastados. Nos julgamentos feitos pelo Poder Judiciário pode ser constatado claramente que há uma tendência a beneficiar criminosos de colarinho-branco em detrimento de pessoas mais humildes. Em recente julgamento, o Supremo Tribunal Federal determinou a soltura de empresário acusado de ter cometido inúmeros crimes de colarinho, uma vez que ele não era considerado uma ameaça social. Todavia, deve ser lembrado que um dos crimes imputados a ele era o de corrupção ativa, de gravidade enorme, apesar de imediatamente não ser tão lesiva

[13] GONZAGA, Christiano. **Manual de criminologia**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. P. 109 e seguintes.

Material produzido pelo Grupo Educacional RDP I Proibida a circulação não autorizada, sob pena de violação de direitos autorais.

a sua prática. Daí ter sido solto porque não havia necessidade de garantir a ordem pública. (GRIFOS NOSSOS).

4. ESPIRITUALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

Têm surgido algumas críticas no sentido de que o Direito Penal **está protegendo bens jurídicos cada vez mais difusos**, como meio ambiente, saúde pública, segurança pública etc.

Para parte da doutrina, o bem jurídico protegido deve ser certo e materializado (vida, patrimônio, liberdade etc.).

Assim, com a proteção a bens jurídicos desmaterializados, a doutrina aponta que está ocorrendo uma "espiritualização do direito penal", também chamada de **liquefação ou desmaterialização.**

5. O DIREITO PENAL EM VELOCIDADES

A noção de "velocidades do Direito Penal" foi idealizada por Jesús-María Silva Sánchez. Trabalha com o tempo que o Estado leva para punir o autor de uma infração penal, mais ou menos grave.

O DIREITO PENAL EM VELOCIDADES	
5.1 1ª VELOCIDADE - JESÚS-MARÍA SÁNCHEZ	Aplicação de penas privativas de liberdades. Procedimento mais lento, havendo o respeito às garantias constitucionais.
5.2 2ª VELOCIDADE - JESÚS-MARÍA SÁNCHEZ	Penas alternativas à prisão. Flexibilização de algumas garantias, assim, o processo acaba sendo mais rápido do que o normal. Ex.: Lei do Juizado Especial Criminal (transação penal, suspensão condicional do processo, etc.).
5.3 3ª VELOCIDADE - GÜNTHER JAKOBS	É a soma da primeira e a segunda velocidade, isto é, aplicação de penas privativas de liberdade e garantias constitucionais flexibilizadas. Ex.: Lei de Crimes Hediondos. Está associada ao Direito penal do inimigo de **Jakobs**.
5.4 4ª VELOCIDADE - DANIEL PASTOR	Associada ao **neopunitivismo**. Está ligada à proteção **penal internacional**, associada aos chefes de Estado no cometimento de crimes contra a humanidade, a serem julgados pelo **TPI**.

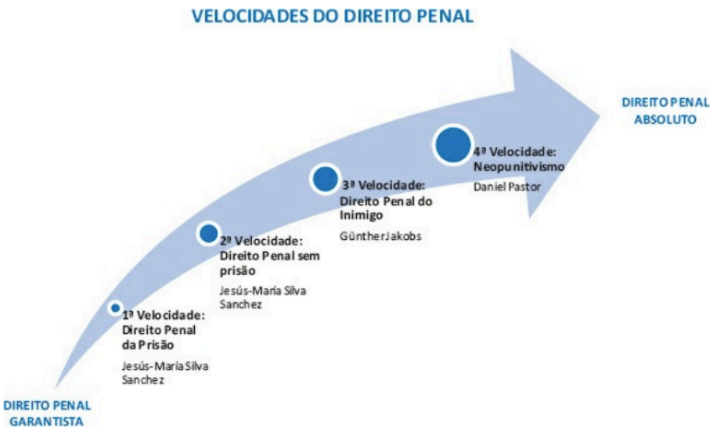
Material produzido pelo Grupo Educacional RDP I Proibida a circulação não autorizada, sob pena de violação de direitos autorais.

O **Estatuto de Roma** define os crimes de competência do TPI: **genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão** (mnemônico: GHUGA; vocês nunca mais vão esquecer esse rol de crimes com esse mnemônico).

Importante lembrar que a quarta velocidade do Direito Penal foi batizada por Daniel Pastor como *"neopunitivismo" em La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos (in Nueva Doctrina Penal. Buenos Aires: 2005/A, pp. 73-114).*

Sobre o tema, lembra Cleber Masson[14] que "Nessa linha de raciocínio, o **neopunitivismo** se destaca como um movimento do panpenalismo, que busca a todo custo o aumento do arsenal punitivo do Estado, inclusive de forma mais arbitrária e abusiva do que o Direito Penal do Inimigo. Cria-se, em outras palavras, um direito penal absoluto. De fato, o panpenalismo promove a diminuição (ou eliminação) de garantias penais e processuais, o aumento desordenado das forças policiais e a inflação legislativa mediante o aumento das penas, com finalidades altamente retributivas e intimidatórias. Para quem se filia a esta concepção doutrinária, a defesa social legitima o Direito Penal, visualizando o delito como uma problemática vinculada exclusivamente ao Direito Penal".

Para ilustrar melhor, colaciono uma imagem da obra de Cleber Masson:



Cleber Masson, Direito penal esquematizado – Parte geral – vol. 1 p. 166.

[14] MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado – Parte geral – vol. 1**. 8.ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 166.

Material produzido pelo Grupo Educacional RDP I Proibida a circulação não autorizada, sob pena de violação de direitos autorais.

Por fim, é preciso ressaltar que o direito penal deve punir o criminoso pelo **FATO** praticado, e não por quem ele é.

Nesse sentido surgem duas teorias: direito penal do fato e direito penal do autor.

CAIU NO MP-GO-Banca Própria- 2019: Jesús-María Silva Sánchez fala em Direito Penal de "duas velocidades". Segundo o referido autor, há um a primeira velocidade, representada pelo Direito Penal "da prisão" , na qual haver-se-iam de manter rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais. A segunda velocidade, por sua vez, estaria relacionada aos casos em que, por não se tratar de prisão, mas de penas de privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam experimentar uma flexibilização proporcional a menor intensidade da sanção.[15]

CAIU NO MP-MS-Banca Própria- 2018: O denominado direito penal do inimigo, que tem como expoente Günther Jakobs, pode ser entendido como um direito penal de segunda velocidade, restringindo garantias penais e processuais.[16]

CAIU NO MP-MS-Banca Própria- 2018: A terceira velocidade do direito penal, ligada à ideia de aplicação de penas alternativas, encontra amparo no ordenamento penal brasileiro na Lei n. 9.099/1995.[17]

CAIU NO MP-MS-Banca Própria- 2018: A quarta velocidade do direito penal refere-se ao neopunitivismo, abrangendo aquelas pessoas que violaram tratados e convenções internacionais de direitos humanos, ostentando a condição de Chefes de Estado, devendo sofrer a incidência de normas internacionais.[18]

CAIU NO MP-MS-Banca Própria- 2018: A teoria da primeira velocidade do direito penal, fundada no respeito às garantias individuais, tinha a ideia de um direito penal de mínima intervenção e sanções não privativas de liberdade.[19]

CAIU NO MP-MS-Banca Própria- 2018: A ideia de velocidades do direito penal foi concebida e sistematizada pelo professor Manuel Cancio Meliá.[20]

6. DIREITO PENAL DO FATO E DIREITO PENAL DO AUTOR

O **Direito Penal do Fato** concentra-se principalmente na ação praticada pelo indivíduo, ou seja, no comportamento criminoso em si. Nessa perspectiva, o crime é analisado a partir da conduta realizada pelo agente, considerando os elementos objetivos do tipo penal, como ações, omissões, resultado e nexo causal.

[15] **CERTO**. Silva Sánchez distingue um Direito Penal da prisão, que exige rigor máximo nos princípios, e um Direito Penal periférico, no qual, por envolver sanções menos graves, é possível certa flexibilização.
[16] **ERRADO**. A terceira velocidade é o Direito Penal do Inimigo, marcado por penas mais duras e redução de garantias.
[17] **ERRADO**. A terceira velocidade abrange penas mais duras e redução de garantias.
[18] **CERTO**. Ligada ao neopunitivismo, a quarta velocidade refere-se à proteção penal internacional, prevendo punição rigorosa — inclusive de chefes de Estado — por crimes contra a humanidade, sob jurisdição do TPI.
[19] **ERRADO**. Havia a aplicação de penas privativas de liberdade.
[20] **ERRADO**. A ideia de velocidades do direito penal é teorizada e definida pelo professor Jesús-Maria Silva Sánchez.

Material produzido pelo Grupo Educacional RDP I Proibida a circulação não autorizada, sob pena de violação de direitos autorais.

Por outro lado, o **Direito Penal do Autor**, volta-se para as características pessoais, a personalidade, a intenção e a culpabilidade do indivíduo que comete o crime. Nessa perspectiva, o enfoque principal é o autor do delito, considerando seus motivos, antecedentes, personalidade e outras circunstâncias subjetivas relevantes. **De acordo com o Direito Penal do Autor, a pena não é aplicada somente pelo fato em si, mas também leva em conta o perfil psicológico e moral do criminoso**. A ideia é que, ao entender os fatores internos que levaram à prática do crime, é possível aplicar sanções mais adequadas e individualizadas. No entanto, é importante destacar que a abordagem predominante no sistema penal é o Direito Penal do Fato, que valoriza a igualdade perante a lei e a objetividade na aplicação das normas penais. O Direito Penal do Autor tem sido objeto de críticas por abrir espaço para a subjetividade na determinação da pena e por desviar o foco do ato criminoso em si.

DIREITO PENAL DO FATO	DIREITO PENAL DO AUTOR
O direito penal deve punir alguém em razão do **fato** praticado (e não pelo que o autor é). O nosso direito penal brasileiro pode ser entendido como do fato.	Por outro lado, o direito penal do autor pune pessoas pelo que elas são. O maior exemplo que podemos dar é o da **Alemanha nazista**, em que milhares de pessoas foram mortas, perseguidas e torturadas por serem judeus, homoafetivas, ou contrários às ideias pregadas pelo Nazismo.

7. TEORIA DO CRIME

Vamos começar com o conceito de crime. Eu sei que você deve estar pensando que esse tema é uma verdadeira salada mista, pois cada livro/professor trata de uma maneira diferente. Mas calma! Hoje você vai entender de uma vez por todas esse tema, já que trouxemos aqui o diamante já lapidado, isto é, apenas aquilo que você precisa saber para aprender o conteúdo e acertar questões na prova. É claro que não são poucos os conceitos de crime existentes, basta abrir uma doutrina para tomarmos um susto. Porém, para nosso estudo os principais são os conceitos **material, formal e analítico**, sendo este último o mais importante de todos. Vejamos cada um deles na visão do professor André Estefam Victor Rios:[21]

- O **conceito material** é o que se ocupa da essência do fenômeno, buscando compreender quais são os dados necessários para que um comportamento possa ser considerado criminoso ou, em outras palavras, o que justifica seja uma conduta considerada penalmente relevante aos olhos da sociedade.

- O **conceito formal** intenta definir o delito focando em suas consequências jurídicas, isto é, na espécie de sanção cominada. Assim, por exemplo, o inadimplemento contratual não pode ser considerado um crime, pois não acarreta a imposição de nenhuma sanção penal (pena privativa de liberdade, pena alternativa ou medida de segurança), mas apenas provoca o dever de indenizar a parte contrária.

[21] ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado® – parte geral**. – Coleção esquematizado ® / coordenador Pedro Lenza - 9. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020

Material produzido pelo Grupo Educacional RDP I Proibida a circulação não autorizada, sob pena de violação de direitos autorais.

- O **conceito analítico** trata de conhecer a estrutura e os elementos do crime, sistematizando-os de maneira organizada, sequenciada e inter-relacionada. O conceito analítico preocupa-se em conhecer, organizar, ordenar e sistematizar os elementos e a estrutura do crime, de modo a permitir uma aplicação racional e uniforme do Direito Penal. É ele que ensina ao juiz criminal, v.g., que deverá verificar, em primeiro lugar, se o fato é penalmente típico, para, então, analisar se é também antijurídico (ou ilícito) e, por último, examinar a culpabilidade, de modo a saber se o réu é ou não merecedor de uma punição.

Em suma, para o **conceito material**, crime é toda conduta que causar lesão ou que gerar perigo ao bem jurídico tutelado. Para o **conceito formal**, crime é toda conduta prevista em lei como criminosa, delituosa, como infração penal, sob ameaça de uma sanção. Para o conceito analítico, segundo a corrente que prevalece, crime é **fato típico, ilícito e culpável.**

Como eu disse, o conceito analítico é o mais importante de todos, por isso vamos aprofundar para que você entenda melhor.

CAIU NO MP-MG-Banca Própria- 2024: A punibilidade não integra o conceito analítico de crime, sendo sua consequência jurídica.[22]

Bem! Basicamente há três famosas teorias que explicam o conceito analítico de crime, sendo elas a **bipartida, tripartida e a quadripartida. Há outras, mas essas são as principais.**

Para os adeptos da **teoria bipartida**, crime é fato **típico** e **antijurídico**. A culpabilidade constitui pressuposto de aplicação da pena. Seu fundamento é que o art. 23 do CP diz que, quando presente causa excludente da ilicitude, não há crime. Por sua vez, no art. 26, quando a lei exclui culpabilidade, a lei diz que não há pena. Essa teoria não é a majoritária no Brasil.

A corrente **tripartida** ou **tricotômica** estabelece que crime é **fato típico, antijurídico e culpável**. Trata-se de teoria majoritária no Brasil e também na doutrina estrangeira. Os adeptos desta teoria argumentam que não pode haver crime numa ação desmerecedora de reprovabilidade, por isso a culpabilidade deve ser parte integrante do conceito. Diversos autores adotam a posição tripartida, como Nélson Hungria, Aníbal Bruno, E. Magalhães Noronha, Francisco de Assis Toledo, Cezar Roberto Bitencourt e Luiz Regis Prado.[23]

Há ainda a **teoria quadripartida.**

Autores como Basileu Garcia sustentavam ser o crime composto por quatro elementos: **fato típico, ilicitude, culpabilidade e punibilidade.** Porém, o professor Cleber Masson lembra que essa posição quadripartida é claramente minoritária e deve ser afastada, pois a punibilidade não é elemento do crime, mas consequência da sua prática. O professor, por exemplo, aponta que *"não é porque se operou a prescrição de*

[22] **CERTO**. A punibilidade não faz parte do conceito analítico de crime (que inclui tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade). A punibilidade é a consequência jurídica da prática do crime, ou seja, a aplicação da sanção penal.
[23] Cleber Masson, 2020, p. 164.

Material produzido pelo Grupo Educacional RDP I Proibida a circulação não autorizada, sob pena de violação de direitos autorais.

determinado crime, por exemplo, que ele desapareceu do mundo fático. Portanto, o crime existe independentemente da punibilidade".

Sobre o tema, chamo sua atenção para uma importante decisão proferida em **16/05/2023,** divulgada no Informativo 777 do STJ. Na ocasião, de maneira bastante interessante, o STJ realizou um *distinguishing* quanto ao Tema 918/STJ (REsp 1.480.881/PI), para afirmar que na hipótese em que a diferença de idade entre o acusado e a vítima não se mostre tão distante quanto do acórdão paradigma do tema 918 *(no caso divulgado no Inf. 777 o réu possuía 19 anos de idade, ao passo que a vítima contava com 12 anos de idade)*, bem como em havendo concordância dos pais da menor aliada à vontade da vítima de conviver com o réu e o nascimento do filho do casal, o qual foi registrado pelo genitor, **há ausência de relevância social do fato, não podendo portanto ser punido criminalmente.**

Mas o que isso tem a ver com a teoria do crime e a teoria quadripartida?

É que nesse julgado o Superior Tribunal de Justiça adotou a **teoria quadripartida** *(fato típico, ilícito, culpável e **punível**)*, e considerando que no Brasil majoritariamente, como vimos, entende-se por ter sido adotada a teoria **tripartida** *(fato típico, ilícito e culpável)*, tal julgado goza de uma grande relevância. Vejamos o que pontuou o Informativo 777:

> Pela teoria **quadripartida**, o crime consistiria em fato **típico, ilícito, culpável e punível concretamente**, sendo este último definido pela possibilidade jurídica de aplicação de pena, por melhor categorizar o comportamento humano.
>
> Nessa concepção de conceito integral de delito, a tipicidade e a antijuridicidade possuem classificação formal e absoluta sobre o fato praticado. Destaca-se que a culpabilidade e a punibilidade concreta têm conteúdo relativo ou dimensionável a permitir a valoração do comportamento do agente. Na culpabilidade, avalia-se a reprovabilidade da conduta, tendo como consequência a responsabilidade subjetiva do sujeito, enquanto na punibilidade concreta valora-se o significado social sobre o fato, sob o enfoque da gravidade da lesão ao bem jurídico, de acordo com as características do ilícito penal, a fim de ensejar, ou não, a punição do sujeito.
>
> A **teoria quadripartida** foi adotada pela Sexta Turma, em que, analisando a questão relacionada ao aspecto material, o Ministro Rogério Schietti, no voto proferido no RHC 126.272/MG, defendeu a existência de um quarto elemento, qual seja, punibilidade concreta, sob os seguintes fundamentos extraídos da decisão: "*o significado da forma e da extensão da afetação do bem jurídico define a relevância social do fato e configura sua dignidade penal. Esse aspecto, por sua vez, fundamenta a punibilidade concreta, que complementa o conceito tripartido (formal) de delito, atribuindo-lhe um conteúdo material e, logo, um sentido social*".
>
> Aplicando o aludido posicionamento na presente hipótese, extrai-se da decisão que rejeitou a denúncia que a vítima e o denunciado moraram juntos, diante da

Material produzido pelo Grupo Educacional RDP I Proibida a circulação não autorizada, sob pena de violação de direitos autorais.

> concordância dos pais com o relacionamento amoroso, tendo resultado no nascimento de um filho, o qual foi registrado pelo genitor.
>
> Não se evidencia relevância social do fato a ponto de resultar a necessidade de sancionar o acusado, tendo em vista que o juízo de origem não identificou comportamento do denunciado que pudesse colocar em risco a sociedade, ou o bem jurídico protegido. (...)

Atenção, pois esse cenário mudou. A **Lei 15.353/2026** incluiu no art. 217-A do CP o **§ 4º-A**, que declara absoluta a presunção de vulnerabilidade da vítima e veda expressamente a sua relativização, e deu nova redação ao § 5º, para deixar claro que as penas se aplicam independentemente do consentimento da vítima, de sua experiência sexual, de relações sexuais anteriores ou de gravidez resultante do crime. A construção do Informativo 777 que acabamos de ver, portanto, só continua a ser invocada pelo STJ para fatos anteriores à lei nova. Veja a redação dos dispositivos:

> "Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (...) § 4º-A. É absoluta a presunção de vulnerabilidade da vítima e inadmissível sua relativização. § 5º As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima, de sua experiência sexual, do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime ou da ocorrência de gravidez resultante da prática do crime." (art. 217-A do CP, com o § 4º-A incluído e o § 5º alterado pela Lei 15.353/2026)

Inclusive, em **2026** a **Quinta Turma do STJ** enfrentou justamente um caso anterior à Lei 15.353/2026 e manteve a absolvição de réu de 18 anos que se relacionou com adolescente de 13, com anuência da mãe, convivência sob o mesmo teto e nascimento de filho. O colegiado reafirmou que a jurisprudência da Corte, a partir do **Tema 918** e da **Súmula 593**, trata a idade inferior a 14 anos como critério objetivo, mas admite, em hipóteses excepcionalíssimas, o **distinguishing** quando se somam diferença etária reduzida, anuência familiar, relação afetiva estável, formação de família, geração de filho e ausência de violência ou abuso.

O fundamento foi o mesmo da punibilidade concreta que estudamos acima, isto é, a tipicidade formal estava configurada, porém a intervenção penal desestruturaria um núcleo familiar funcional e não cumpriria função social alguma. A Turma deixou registrado que os fatos eram anteriores à **Lei 15.353/2026**, que passou a vedar expressamente a relativização da presunção absoluta de vulnerabilidade, de modo que essa flexibilização fica restrita a condutas praticadas antes da lei nova.

Veja a tese fixada:

> "Em hipóteses excepcionalíssimas anteriores à Lei n. 15.353/2026, a jurisprudência admite realizar distinguishing rem relação à presunção de vulnerabilidade do art. 217-A do Código Penal, afastando a intervenção penal quando presentes circunstâncias como diferença etária reduzida, anuência familiar, relação afetiva estável, formação de família, geração de filho e inexistência de situação de violência ou abuso."

Material produzido pelo Grupo Educacional RDP I Proibida a circulação não autorizada, sob pena de violação de direitos autorais.

STJ. 5ª Turma. Processo em segredo de justiça, Rel. Min. Messod Azulay Neto, julgado em 9/6/2026 (Info 897).

Conforme estabelece o professor André Estefam (2020), dentre as diversas construções sistemáticas acerca do conceito **analítico** de crime, despontam as seguintes:

- **sistema clássico** (ou sistema "Liszt/Beling/Radbruch"), que remonta ao final do século XIX e início do século XX;
- **sistema neoclássico** (corresponde ao anterior, acrescido da teoria de Reinhard Frank e de Edmund Mezger), surgido em 1907;
- **sistema finalista**, difundido a partir da década de 1930 (Hans Welzel);
- **sistema funcionalista**, que se divide em: funcionalismo sistêmico ou radical (Jakobs) e teleológico ou moderado (Roxin), dentro dos quais se desenvolveu a (moderna) teoria da imputação objetiva.

Veremos rapidamente sobre elas, pois tais sistemas estão ligados também ao conceito do delito.

7.1 Conceito clássico de delito

<table>
<tr><th colspan="3">CONCEITO (SISTEMA) CLÁSSICO DO DELITO</th></tr>
<tr><th>FATO TÍPICO</th><th>ILÍCITO</th><th>CULPÁVEL</th></tr>
<tr><td>CONDUTA
(apenas movimentos voluntários)</td><td rowspan="4">Contrariedade entre a conduta e o direito.</td><td>IMPUTABILIDADE</td></tr>
<tr><td>Resultado</td><td rowspan="3">DOLO/CULPA NORMATIVO (percebam que o dolo não está na conduta, mas na culpabilidade)</td></tr>
<tr><td>Nexo causal</td></tr>
<tr><td>Tipicidade</td></tr>
</table>

Teoria Psicológica da Culpabilidade: A culpabilidade é o nexo psíquico entre o agente e o fato criminoso (Franz von Liszt e Ernst von Beling).

CAIU NO MP-TO-CESPE-2022: Para determinada teoria, criticada por não conseguir explicar a culpa inconsciente, a culpabilidade deve abordar os elementos subjetivos dolo e culpa, sendo a imputabilidade pressuposto para sua análise. Nessa perspectiva, a culpabilidade retira o seu fundamento do aspecto psicológico do agente.

Material produzido pelo Grupo Educacional RDP I Proibida a circulação não autorizada, sob pena de violação de direitos autorais.

Nesse sentido, é a relação subjetiva entre o fato e o seu autor que toma relevância, pois a culpabilidade reside nela. O texto precedente refere-se à teoria causal naturalista ou psicológica. [24]

Teoria do dolo normativo: O dolo carregava em si a **REAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE.**

Essa Teoria era chamada de Teoria causalista da ação. Destarte, **não se falava ainda em conduta, falava-se apenas em ação**. Portanto, a única forma de conduta relevante era a **conduta comissiva**, ou seja, conduta praticada mediante ação. Para essa teoria, **ação humana é simplesmente um movimento corporal voluntário que causa uma modificação no mundo exterior**. Dessa forma, a manifestação de vontade é toda conduta resultante de um movimento corporal.

7.2 Conceito neoclássico (TEORIA NEOKANTISTA)

CONCEITO (SISTEMA) NEOCLÁSSICO (TEORIA NEOKANTISTA)		
FATO TÍPICO	ILÍCITO	CULPÁVEL
Conduta	Contrariedade entre a conduta e o direito	Imputabilidade
Resultado		DOLO E CULPA (ainda estão na culpabilidade)
Nexo causal		Exigibilidade de conduta diversa (novidade)
Tipicidade		

Teoria Psicológica-Normativa da Culpabilidade: Reinhard Frank e James Goldschmidt introduziram um elemento normativo, a exigibilidade de conduta diversa.

7.3 Conceito Finalista - (HANS WELZEL)

CONCEITO FINALISTA (HANS WELZEL)		
FATO TÍPICO	ILÍCITO	CULPÁVEL
Conduta (dolo e culpa) **Obs.:** dolo e culpa passam a integrar o fato típico (saem da culpabilidade).	Contrariedade entre a conduta e o direito	Imputabilidade
Resultado		Potencial consciência da ilicitude do fato
Nexo causal		Exigibilidade de conduta diversa
Tipicidade		
A **teoria finalista** é a adotada pelo nosso Código Penal.		

Teoria Normativa Pura da Culpabilidade: O elemento subjetivo (dolo/culpa) migra para o fato típico, permanecendo na culpabilidade apenas elementos normativos.

[24] **CERTO**. Nessa teoria, dolo e culpa são elementos subjetivos avaliados conforme as condições do agente e sua possibilidade de agir conforme o direito. A tipicidade deixa de ser simples indício da antijuridicidade e passa a fundamentá-la.

Material produzido pelo Grupo Educacional RDP I Proibida a circulação não autorizada, sob pena de violação de direitos autorais.

Teoria do Dolo Natural: Elemento puramente psicológico, sem qualquer juízo de valor. Apenas vontade e consciência, sem a (potencial) consciência da ilicitude, analisada na culpabilidade.

Welzel escreveu sobre o sistema finalista pela primeira vez na obra "Causalidade e ação". Já no seu livro "Direito Penal Alemão", ele diz que **a ação humana é exercício de uma atividade final**. Destarte, Welzel acabou com a separação insustentável entre a vontade e seu conteúdo, ou seja, não se admitia mais conduta sem finalidade.

CAIU NO MP-DFT-Banca Própria- 2021: Para o finalismo, o juízo de culpabilidade deve recair sobre o fato.[25]

Para Welzel, **toda ação humana tem uma finalidade, de forma que não se concebe uma ação humana sem nenhuma finalidade**. Por essa razão, **a ação é um acontecer final** e não um acontecer meramente causal, porque o homem pode prever as consequências de sua conduta.

7.4 Conceito/sistema funcionalista

O funcionalismo penal é um tema com alta incidência nas provas de Promotor de Justiça, como a do MPE/SP, desde a fase objetiva até as mais avançadas, razão pela qual precisamos percorrer sobre a temática.

Com o funcionalismo, segundo a doutrina, *"se questiona a validade do conceito de conduta desenvolvido pelos sistemas clássico e finalista. E, ao conceber o Direito como regulador da sociedade, delimita o âmbito das expectativas normativas de conduta, vinculando-se à* ***teoria da imputação objetiva****. Busca-se o desempenho pelo Direito Penal de sua tarefa primordial, qual seja, possibilitar o adequado funcionamento da sociedade. Isso é mais importante do que seguir à risca a letra fria da lei, sem desconsiderá-la totalmente, sob pena de autorizar o arbítrio da atuação jurisdicional".* (MASSON, 2020, p. 84).

Como já vimos neste material, o que mais importa para a sua prova do MPE/SP sobre esse tema é saber que há duas importantes concepções sobre o funcionalismo:

1) **funcionalismo moderado**, dualista, teleológico, política criminal, capitaneado por Claus Roxin (Escola de Munique); e

2) **funcionalismo radical**, monista ou sistêmico, liderado por Günther Jakobs (Escola de Bonn).

O funcionalismo na concepção de Roxin preocupa-se com os fins do direito penal (proteção de bens jurídicos). Para Günther Jakobs, o funcionalismo se satisfaz com os fins da pena.

[25] **ERRADO**. No finalismo, tipicidade e ilicitude recaem sobre o fato, enquanto a culpabilidade é um juízo objetivo de reprovação do autor, voltado à pessoa e não apenas à conduta.

Material produzido pelo Grupo Educacional RDP I Proibida a circulação não autorizada, sob pena de violação de direitos autorais.

CAIU NO MP-MT-UFMT-2014: O funcionalismo da Escola de Bonn, encabeçada por Günther Jakobs, está orientado a garantir a identidade normativa. O crime será uma falta de lealdade ao direito e a pena será o recurso necessário para estabilizar o sistema.[26]

CAIU NO MP-MT-UFMT-2014: O funcionalismo da Escola de Munique, liderada por Claus Roxin, apregoa que a teoria do delito não pode ficar alheia aos postulados político-criminais que norteiam o Direito Penal e descreve a necessidade da penetração da política criminal na dogmática.[27]

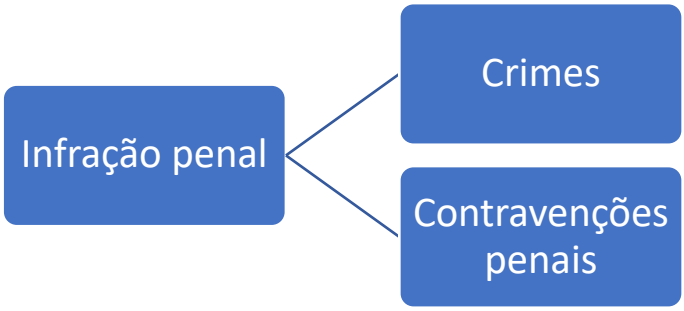
CAIU NO MP-SC-CESPE-2021: A dogmática penal é a sistematização normativa dos textos legais, com importantes ganhos de racionalidade e de segurança jurídica para as decisões legislativas e jurisdicionais, principalmente por meio de definições operacionais que indiquem as condições de punibilidade de uma conduta descrita abstratamente como crime pela legislação penal, como os conceitos de tipo de injusto e de culpabilidade.[28]

Para Cleber Masson, isso pode ser resumido da seguinte maneira:

Funcionalismo para Roxin	Funcionalismo para Günther Jakobs
Norteia-se por finalidades político-criminais, priorizando valores e princípios garantistas. A proteção de bens jurídicos indispensáveis ao desenvolvimento do indivíduo e da sociedade, respeitando os limites impostos pelo ordenamento jurídico (Claus Roxin).	Leva em consideração apenas necessidades sistêmicas, e o Direito Penal é que deve se ajustar a elas. Reafirmação da autoridade do Direito, que não encontra limites externos, mas somente internos (Günther Jakobs). Ideias relacionadas ao que se chamou de "direito penal do inimigo".

8. CRIME E CONTRAVENÇÃO PENAL

Infração penal é gênero, tendo como espécies os crimes e as contravenções.



[26] **CERTO**. O crime é entendido como uma quebra de lealdade ao ordenamento, pois o autor, ao delinquir, nega a validade da norma.
[27] **CERTO**. Para Roxin, a teoria do delito deve refletir os fins da pena e a política criminal, permitindo que a dogmática penal dialogue com a realidade.
[28] **CERTO**. A dogmática penal sistematiza as normas para garantir racionalidade e segurança jurídica, definindo critérios como tipo de injusto e culpabilidade para determinar quando uma conduta pode ser punida.

Material produzido pelo Grupo Educacional RDP I Proibida a circulação não autorizada, sob pena de violação de direitos autorais.

O art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal traz a seguinte distinção:

> Art. 1º Considera-se **crime** a infração penal que a lei comina pena **de reclusão ou de detenção,** quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; **contravenção**, a infração penal a que a lei comina, **isoladamente, pena de prisão simples ou de multa**, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

As Contravenções Penais foram estabelecidas pelo Decreto-Lei nº 3.688/1941, estando alguns dos dispositivos lá presentes já revogados. Porém, trago abaixo algumas das principais distinções entre crime e contravenção penal[29]:

	Crime	Contravenção Penal
Pena aplicável	Reclusão, detenção ou multa	Prisão simples ou multa (art. 5º, da Lei de Contravenções Penais)
Regime inicial cabível	**Reclusão** -> Fechado, semiaberto ou aberto **Detenção** -> Semiaberto ou aberto Regressão para o regime fechado permitida (art. 33, caput, CP).	Semiaberto ou aberto Inadmissível regressão para o fechado
Ação penal	**Pública** (incondicionada ou condicionada) ou privada (art. 100, CP)	Pública **incondicionada** (art. 17, LCP)
Tentativa	**Punível** (art. 14, II, CP)	**Não** é punível (art. 4º, LCP)
Competência	Justiça **Federal** ou **Estadual**	Justiça **Estadual** (vide súmula 38 do STJ).
Limite de cumprimento de pena	**40 anos** (art. 75, CP)	**5 anos** (art. 10, LCP)
Prazo mínimo das medidas de segurança	**1 a 3 anos** (art. 97, § 1º)	**6 meses** (art. 16, LCP)
Prisão preventiva e temporária	**Admite** (art. 312 + 313 do CPP e art. 1º, III da Lei nº 7.960/1989).	**Não admite**

9. CONSIDERAÇÕES SOBRE O ART. 28 DA LEI DE DROGAS

O art. 28 da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006) pune conduta voltada ao consumo pessoal de drogas nos seguintes termos:

> **Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:**
> I - advertência sobre os efeitos das drogas;

[29] Tabela inspirada na obra de Jamil Chaim Alves, Manual de Direito Penal, 2023, p. 221.

Material produzido pelo Grupo Educacional RDP I Proibida a circulação não autorizada, sob pena de violação de direitos autorais.

II - prestação de serviços à comunidade;
III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.
§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.
§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.
§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.
§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.
§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.
§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:
I - admoestação verbal;
II - multa.
§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

Perceba que no tipo do art. 28 acima não há o verbo **"usar"** droga. É por isso que a doutrina utiliza o *nomen iuris* do crime como **"porte de drogas para consumo pessoal".** Em tese o agente responde por portar, e não por fazer uso.

Vocês perceberam que o delito do art. 28 da Lei de Drogas não traz pena de detenção ou reclusão? Pois é. O conceito de crime que está no art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, como vimos acima, aduz que *"considera-se crime a infração penal que a lei* ***comina pena de reclusão ou de detenção****, quer isoladamente, quer alternativa* ***ou cumulativamente com a pena de multa".***

CONCEITO DE CRIME	PENAS DO ART. 28
Está no art. 1º da **Lei de Introdução ao Código Penal.** Art. 1º. Considera-se crime a infração penal que a lei **comina pena de reclusão ou de detenção**, quer	As penas para o *crime* do art. 28 não englobam reclusão, detenção nem multa. As penas são: - **advertência** sobre os efeitos das drogas; - **prestação** de serviços à comunidade;

Material produzido pelo Grupo Educacional RDP I Proibida a circulação não autorizada, sob pena de violação de direitos autorais.

isoladamente, quer alternativa **ou cumulativamente com a pena de multa**;	- **medida educativa** de comparecimento a programa ou **curso educativo**. A multa poderá ser aplicada em caso de descumprimento das penas previstas. (§ 6º do art. 28 da Lei de Drogas).

Ou seja, o art. 28 é ou não é crime?

Atualmente, não mais em relação à cannabis sativa (maconha). O STF encerrou esse debate quanto a esse entorpecente (maconha), fixando a tese de que o consumo pessoal não é mais fato típico, embora seja ilícito administrativo. Vamos entender.

A infração penal definida no art. 28, da Lei nº 11.343/06 estabelece, como vimos, o crime de porte de substância entorpecente para consumo pessoal estabelecendo que incorre no delito:

> Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

Cuida-se de tipo penal misto alternativo que tutelaria, ao contrário do que se difunde, a "integridade física" do indivíduo usuário da substância e não a 'incolumidade pública'.

Não obstante, é cediço que por força do Princípio da Alteridade ou Transcendentalidade do Direito Penal, não se admite a incriminação de conduta que não ofende bem jurídico de terceiro ou, em outras palavras, é impunível a autolesão.

Por outro lado, a Constituição Federal assegura a todos, sem distinção de qualquer natureza, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (art. 5º, inciso X, da Constituição Federal).

Por essas razões, em julgamento iniciado no dia **25/06/2024** e concluído no dia seguinte, em processo que tramita desde 2015, o plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos, no bojo do **RE nº 635.639/SP**, com repercussão geral reconhecida (Tema nº 506) e, portanto, efeito vinculante, que **se deve afastar qualquer efeito de natureza penal do dispositivo em questão ante o esvaziamento da tipicidade penal da conduta decorrente da inconstitucionalidade do preceito penal primário.**

Na ocasião, fixaram-se teses que estabelecem normas procedimentais de transição até a edição de lei pelo Congresso Nacional e assentam a presunção relativa de posse para consumo pessoal àqueles que adquirem, guardam, têm em depósito, transportam ou trazem consigo, **até 40 (quarenta) gramas de *cannabis sativa*, ou 6 (seis) plantas-fêmeas.**

Material produzido pelo Grupo Educacional RDP I Proibida a circulação não autorizada, sob pena de violação de direitos autorais.

OBS: As plantas de maconha se dividem em duas categorias: fêmeas e machos. Cada tipo desempenha um papel diferente. A planta fêmea é a responsável por produzir flores ricas em canabinoides, especialmente o THC (tetra-hidrocanabinol), que é o principal composto psicoativo da planta, que dá o efeito alucinógeno.

Pontuou-se também que a presunção mencionada só pode ser afastada se presentes elementos que indiquem intuito de mercancia, como a forma de acondicionamento da droga, as circunstâncias da apreensão, a variedade de substâncias apreendidas, a apreensão simultânea de instrumentos como balança, registros de operações comerciais e aparelho celular contendo contatos de usuários ou traficantes, VEDADA a adoção de critérios subjetivos.

Avançando, definiu-se ainda que ao Juízo incumbe o exercício da análise da justificativa apresentada pela autoridade policial para afastar a presunção relativa de porte para consumo pessoal, devendo relaxar o eventual auto de prisão em flagrante em caso de insubsistência dos argumentos apresentados, análise que deve ser feita observando-se a jurisprudência dos Tribunais Superiores sobre o tema.

Confira-se o teor do julgado:

> Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 506 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário, para
>
> **i) declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da Lei 11.343/2006, de modo a afastar do referido dispositivo todo e qualquer efeito de natureza penal, ficando mantidas, no que couberem, até o advento de legislação específica, as medidas ali previstas, vencidos os Ministros Cristiano Zanin, André Mendonça, Nunes Marques, Dias Toffoli e Luiz Fux; e**
>
> ii) absolver o acusado por atipicidade da conduta, vencidos os Ministros Cristiano Zanin, André Mendonça, Nunes Marques e Luiz Fux. Não votou, no mérito, o Ministro Flávio Dino, sucessor da Ministra Rosa Weber, que já havia proferido voto em assentada anterior. Em seguida, por maioria, fixou a seguinte tese:
>
> **"1. Não comete infração penal quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, a substância cannabis sativa, sem prejuízo do reconhecimento da ilicitude extrapenal da conduta, com apreensão da droga e aplicação de sanções de advertência sobre os efeitos dela (art. 28, I) e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (art. 28, III);**
>
> **2. As sanções estabelecidas nos incisos I e III do art. 28 da Lei 11.343/06 serão aplicadas pelo juiz em procedimento de natureza não penal, sem nenhuma repercussão criminal para a conduta;**

Material produzido pelo Grupo Educacional RDP I Proibida a circulação não autorizada, sob pena de violação de direitos autorais.

3. Em se tratando da posse de cannabis para consumo pessoal, a autoridade policial apreenderá a substância e notificará o autor do fato para comparecer em Juízo, na forma do regulamento a ser aprovado pelo CNJ. Até que o CNJ delibere a respeito, a competência para julgar as condutas do art. 28 da Lei 11.343/06 será dos Juizados Especiais Criminais, segundo a sistemática atual, vedada a atribuição de quaisquer efeitos penais para a sentença;

4. Nos termos do § 2o do artigo 28 da Lei 11.343/2006, será presumido usuário quem, para consumo próprio, adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, até 40 gramas de cannabis sativa ou seis plantas-fêmeas, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito;

5. A presunção do item anterior é relativa, não estando a autoridade policial e seus agentes impedidos de realizar a prisão em flagrante por tráfico de drogas, mesmo para quantidades inferiores ao limite acima estabelecido, quando presentes elementos que indiquem intuito de mercancia, como a forma de acondicionamento da droga, as circunstâncias da apreensão, a variedade de substâncias apreendidas, a apreensão simultânea de instrumentos como balança, registros de operações comerciais e aparelho celular contendo contatos de usuários ou traficantes;

6. Nesses casos, caberá ao Delegado de Polícia consignar, no auto de prisão em flagrante, justificativa minudente para afastamento da presunção do porte para uso pessoal, sendo vedada a alusão a critérios subjetivos arbitrários;

7. Na hipótese de prisão por quantidades inferiores à fixada no item 4, deverá o juiz, na audiência de custódia, avaliar as razões invocadas para o afastamento da presunção de porte para uso próprio;

8. A apreensão de quantidades superiores aos limites ora fixados não impede o juiz de concluir que a conduta é atípica, apontando nos autos prova suficiente da condição de usuário".

Ficaram vencidos: no item 1 da tese, os Ministros Cristiano Zanin, André Mendonça, Nunes Marques e Luiz Fux; no item 2 da tese, os Ministros Cristiano Zanin, André Mendonça e Nunes Marques; no item 3 da tese, o Ministro Luiz Fux; no item 4 da tese, os Ministros Flávio Dino e Luiz Fux; e, nos itens 5 e 7 da tese, o Ministro Luiz Fux. Votou na fixação da tese o Ministro Flávio Dino.

Por fim, o Tribunal deliberou, ainda, nos termos do voto do Relator:

1) Determinar ao CNJ, em articulação direta com o Ministério da Saúde, Anvisa, Ministério da Justiça e Segurança Pública, Tribunais e CNMP, a adoção de

Material produzido pelo Grupo Educacional RDP I Proibida a circulação não autorizada, sob pena de violação de direitos autorais.

medidas para permitir (i) o cumprimento da presente decisão pelos juízes, com aplicação das sanções previstas nos incisos I e III do art. 28 da Lei 11.343/06, em procedimento de natureza não penal; (ii) a criação de protocolo próprio para realização de audiências envolvendo usuários dependentes, com encaminhamento do indivíduo vulnerável aos órgãos da rede pública de saúde capacitados a avaliar a gravidade da situação e oferecer tratamento especializado, como os Centros de Atenção Psicossocial de Álcool e Drogas – CAPS AD;

2) Fazer um apelo aos Poderes Legislativo e Executivo para que adotem medidas administrativas e legislativas para aprimorar as políticas públicas de tratamento ao dependente, deslocando o enfoque da atuação estatal do regime puramente repressivo para um modelo multidisciplinar que reconheça a interdependência das atividades de (a) prevenção ao uso de drogas; (b) atenção especializada e reinserção social de dependentes; e (c) repressão da produção não autorizada e do tráfico de drogas;

3) Conclamar os Poderes a avançarem no tema, estabelecendo uma política focada não na estigmatização, mas (i) no engajamento dos usuários, especialmente os dependentes, em um processo de autocuidado contínuo que lhes possibilite compreender os graves danos causados pelo uso de drogas; e (ii) na agenda de prevenção educativa, implementando programas de dissuasão ao consumo de drogas; (iii) na criação de órgãos técnicos na estrutura do Executivo, compostos por especialistas em saúde pública, com atribuição de aplicar aos usuários e dependentes as medidas previstas em lei;

4) Para viabilizar a concretização dessa política pública – especialmente a implementação de programas de dissuasão contra o consumo de drogas e a criação de órgãos especializados no atendimento de usuários – caberá aos Poderes Executivo e Legislativo assegurar dotações orçamentárias suficientes para essa finalidade. Para isso, a União deverá liberar o saldo acumulado do Fundo Nacional Antidrogas (Funad), instituído pela Lei 7.560/86 e gerido pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP), e se abster de contingenciar os futuros aportes no fundo, recursos que deverão ser utilizados, inclusive, para programas de esclarecimento sobre os malefícios do uso de drogas.

CONDENAÇÃO PELO ART. 28 (PORTE PARA CONSUMO) GERA REINCIDÊNCIA?
Não. O STJ entendeu que se as contravenções penais, puníveis com pena de prisão simples, não geram reincidência, mostra-se **DESPROPORCIONAL** o delito do art. 28 da Lei nº 11.343/2006 configurar reincidência, tendo em vista que nem é punível com pena privativa de liberdade.

Material produzido pelo Grupo Educacional RDP I Proibida a circulação não autorizada, sob pena de violação de direitos autorais.

Em abril de 2022, no RHC 178.512, o STF também entendeu que a posse de droga para uso pessoal (artigo 28 da Lei 11.343/2006) **não prevê pena de reclusão ou detenção**. Portanto, pela proporcionalidade, não pode contar para fins de reincidência.

10. DIREITO PENAL E ENFRENTAMENTO DA CRIMINALIDADE MODERNA

O direito penal sofreu significativas alterações, ocasionadas principalmente pela globalização, a massificação dos problemas e, também, pela configuração de uma sociedade de risco. Isso fez surgir o chamado **"direito penal do risco".**

Luís Gracia Martin, ao dissertar sobre o tema, esclarece:

> O direito penal moderno é próprio e característico da "sociedade de risco". O controle, a prevenção e a gestão de riscos gerais são tarefas que o Estado deve assumir, e assume efetivamente de modo relevante. Para a realização de tais objetivos o legislador recorre ao tipo penal de perigo abstrato como instrumento técnico adequado por excelência. Por ele, o direito penal moderno, ou ao menos uma parte considerável dele, se denomina como "direito penal do risco"[30].

11. DIREITO PENAL DE EMERGÊNCIA, PROMOCIONAL E SIMBÓLICO

Relacionado a esse tema, vamos entender o direito penal de emergência, promocional e simbólico.

Para Rogério Sanches, "movido pela sensação de insegurança presente na sociedade, o **Direito Penal de Emergência,** atendendo demandas de criminalização, cria normas de repressão, afastando-se, não raras vezes, de seu importante caráter subsidiário e fragmentário, assumindo feição nitidamente punitivista, ignorando as garantias do cidadão". (SANCHES, 2020, p. 39)[31].

Para o mesmo autor, "criticado pela doutrina, o **Direito Penal Promocional** (político ou demagogo) surge quando o Estado, visando concretizar seus objetivos políticos, emprega as leis penais como instrumento, promovendo seus interesses, estratégia que se afasta do mandamento da intervenção mínima, podendo (e devendo) valer-se, para tanto, dos outros ramos do Direito. É equivocada a utilização do Direito Penal como ferramenta de transformação social. Até 2009, a mendicância era infração penal!" (2020, p. 40).

Por fim, quanto ao **direito penal simbólico**, "Andreas Eisele ensina que abrange um âmbito de ambiguidade no qual se incluem sentidos relativamente contraditórios. Em uma perspectiva de conotação positiva, designa um efeito de assimilação cultural, mediante o qual alguns destinatários das normas aderem

[30] Apud Masson, 2020, Parte Geral. GRACIA MARTÍN, Luis. Modernización del derecho penal y derecho penal del enemigo. Lima: iDEMSA, 2007. p. 45.
[31] Cunha, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1° ao 120)**. 8. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: JusPodivm, 2020.

Material produzido pelo Grupo Educacional RDP I Proibida a circulação não autorizada, sob pena de violação de direitos autorais.

voluntariamente a seu conteúdo e as adotam como pauta ética, em decorrência do que se abstêm de praticar as condutas proibidas ou realizam as condutas obrigatórias".[32]

12. DIREITO INTERVENCIONISTA OU DE INTERVENÇÃO

O maior expoente do **Direito de Intervenção** é Winfried Hassemer (anote esse nome para uma eventual segunda fase). A teoria parte da premissa de que o direito penal não deve ser alargado (ampliado), mas apenas utilizado na proteção de bens jurídicos individuais, como a integridade física, a vida, a propriedade, entre outros bens jurídicos, além daqueles que causem perigos concretos.

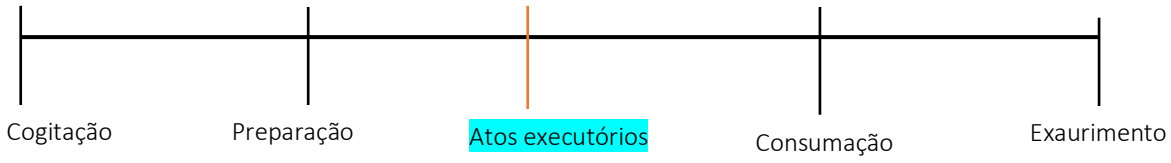
Desta forma, os atos de caráter difuso (ou coletivo) que causassem perigos abstratos deveriam ser tutelados pela administração pública (direito administrativo), de forma que haveria, neste caso, um sistema jurídico de garantias (materiais e processuais) mais flexível, sem a necessidade de privar a liberdade do autor do fato. Perceba, então, que o Direito de intervenção está situado entre o **direito penal e o direito administrativo.**

Para Hassemer, essa seria, de fato, a melhor maneira de combater a criminalidade moderna. Rogério Sanches lembra "que essa "*administrativização*" do direito penal evitaria a impunidade e a sua transformação em um direito penal simbólico" (2020, p. 40).

13. O ESTUDO DA TENTATIVA NO DIREITO PENAL

Segundo **Zaffaroni e Pierangeli (2019),** o problema mais crítico da **tentativa** é a determinação da diferença entre os atos executórios e os atos preparatórios (que normalmente não são puníveis). Assim, segundo os mesmos autores, surgiram algumas teorias para identificar qual seria o momento **EXATO** do início da tentativa, que estudaremos a seguir.

Em síntese, o crime é formado pelo seguinte caminho (***ITER CRIMINIS***):



Fases do crime/ *Iter criminis*

Conceito: caminho do crime

Etapas:

a) Cogitação — Fase interna
b) Preparação
c) Execução — Fase externa
d) Consumação
e) Exaurimento*

[32] Citado por Sanches Cunha in: Cunha, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120) /Rogério Sanches Cunha. - 8. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: JusPodivm, 2020.

Material produzido pelo Grupo Educacional RDP I Proibida a circulação não autorizada, sob pena de violação de direitos autorais.

Salvo raras exceções, pune-se o agente a partir dos atos **executórios.** A Lei Antiterrorismo (Lei nº 13.260/2016), por outro lado, prevê a punição de atos preparatórios de terrorismo quando realizados com o propósito inequívoco de consumar o delito.

Não apenas a legislação extravagante prevê a punição de atos preparatórios; o próprio Código Penal também traz delitos dessa natureza. Vejam o art. 291, CP:

> Art. 291 - Fabricar, adquirir, fornecer, a título oneroso ou gratuito, possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto especialmente destinado à falsificação de moeda:
> Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa.

O próprio ato de, por exemplo, guardar petrecho destinado à falsificação da moeda já é punível (excepcionando a regra de a punição ocorrer apenas a partir dos atos executórios).

Destarte, segundo a doutrina majoritária, quando os atos preparatórios constituírem **tipo autônomo**, como a associação criminosa e a associação para o tráfico, serão puníveis.

No entanto, esse entendimento é criticável. Esses atos não são mais preparatórios; e sim atos próprios da execução. A associação criminosa, por exemplo, não é ato preparatório, porque se trata de crime autônomo. Portanto, se o ato é tipo autônomo, sua prática deixa de ser ato preparatório, e passa a ser ato executório. Por essa razão, serão punidos como atos executórios que são.

Perceba que o art. 14, II do Código Penal traz a **tentativa** da seguinte forma:

> Art. 14: Diz-se o crime:
> II - **tentado**, quando, **iniciada a execução**, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Tentativa é o mesmo que *conatus*, crime imperfeito ou crime incompleto. Tentativa é a realização incompleta do tipo objetivo, de acordo com Luiz Regis Prado. O crime é tentado, quando se opera o ato voluntário dirigido ao resultado que a lei incrimina, sem que o resultado se produza, segundo Von Liszt. Em síntese, na tentativa, o dolo do agente é consumar o crime; ele inicia a execução do crime; mas, por circunstâncias alheias à vontade do agente, ele não consegue consumar o delito.

Portanto, para um crime chegar a ser pelo menos tentado, o agente necessariamente tem que ter iniciado os atos executórios.

Veja, portanto, que se o agente apenas cogita o crime, sem qualquer exteriorização, não há crime algum. A isso corresponde o **PRINCÍPIO DA MATERIALIZAÇÃO DO FATO**, conforme se verifica abaixo[33]:

[33] **O que se entende por "princípio da materialização do fato?"** Disponível em: https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/02/26/o-que-se-entende-por-principio-da-materializacao-fato/. Acesso em: 13/05/2025.

Material produzido pelo Grupo Educacional RDP I Proibida a circulação não autorizada, sob pena de violação de direitos autorais.

> Pelo princípio da materialização do fato (*nullum crimen sine actio*), o Estado **só pode incriminar condutas humanas voluntárias, isto é, fatos, nunca condições internas ou existenciais**. Consagra-se, com isso, o Direito Penal do fato, característica que levou o STF a declarar a inconstitucionalidade do art. 25 da Lei de Contravenções Penais, que punia a conduta de "Ter alguém em seu poder, depois de condenado, por crime de furto ou roubo, ou enquanto sujeito à liberdade vigiada ou quando conhecido como vadio ou mendigo, gazuas, chaves falsas ou alteradas ou instrumentos empregados usualmente na prática de crime de furto, desde que não prove destinação legítima" (RE 583.523/RS).

Na busca da diferença entre atos preparatórios e de execução, Cleber Masson[34] aponta a existência de várias teorias:

➔ **Teoria subjetiva:** não há transição dos atos preparatórios para os atos executórios. O que interessa é o plano interno do autor, a vontade criminosa, existente em quaisquer dos atos que compõem o iter criminis. Logo, tanto a fase da preparação como a fase da execução importam na punição do agente.

CAIU NO MP-SC-CONSULPLAN-2024: A natureza jurídica da tentativa é, primeiramente, uma causa de diminuição da pena prevista. Do ponto de vista normativo, trata-se de norma de adequação típica. O problema central da tentativa é justamente a separação entre atos preparatórios (impunes) e atos de execução (puníveis). Para a chamada teoria subjetiva são atos de execução aqueles que representam o início da realização dos elementos do tipo. [35]

➔ **Teoria objetiva:** os atos executórios dependem do início de realização do tipo penal. O agente não pode ser punido pelo seu mero "querer interno". É imprescindível a exteriorização de atos idôneos e inequívocos para a produção do resultado lesivo. Essa teoria, todavia, se divide em outras:

- **Teoria da hostilidade ao bem jurídico:** atos executórios são aqueles que atacam o bem jurídico, enquanto os atos preparatórios não caracterizam afronta ao bem jurídico, mantendo inalterado o "estado de paz" Foi idealizada por Max Ernst Mayer e tem como principais partidários Nelson Hungria e José Frederico Marques.

- **Teoria objetivo-formal ou lógico-formal**: ato executório é aquele em que se inicia a realização do verbo contido na conduta criminosa. Exige tenha o autor concretizado efetivamente uma parte da conduta típica, penetrando no núcleo do tipo. Exemplo: em um homicídio, o sujeito, com golpes de punhal, inicia a conduta de "matar alguém". Surgiu dos estudos de Franz von Liszt. É a preferida pela doutrina pátria.

[34] MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120) - v. 1** 14. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020, p. 326/327.

[35] **ERRADO**. Para essa teoria, não há distinção entre atos preparatórios e atos executórios, o que vale é a vontade do agente.

Material produzido pelo Grupo Educacional RDP I Proibida a circulação não autorizada, sob pena de violação de direitos autorais.

CAIU NO MP-PR- Banca Própria-2019: A Teoria objetivo-formal propõe que atos de execução são aqueles que demonstram o início da realização dos elementos do tipo penal, ou seja, para se poder falar em início de atos executórios, o agente teria que começar a realizar a ação descrita no verbo núcleo do tipo penal.[36]

- Teoria objetivo-material: atos executórios são aqueles em que se começa a prática do núcleo do tipo, e também os imediatamente anteriores ao início da conduta típica, de acordo com a visão de terceira pessoa, alheia aos fatos. O juiz deve se valer do critério do terceiro observador para impor a pena. Exemplo: aquele que está no alto de uma escada, portando um pé de cabra, pronto para pular um muro e ingressar em uma residência, na visão de um terceiro observador, iniciou a execução de um crime de furto. Essa teoria foi criada por Reinhart Frank, e adotada pelo art. 22 do Código Penal Português.

CAIU NO MP-PR- Banca Própria-2021: Para definição do início da realização da ação típica, com o estabelecimento da linha demarcatória entre ações preparatórias e ações executivas, a teoria objetiva material considera que a ação de apontar a arma carregada para a cabeça da vítima se constitui em ato preparatório impunível, insuficiente, pois, à caracterização de tentativa de homicídio.[37]

CAIU NO MP-PR- Banca Própria-2019: A teoria objetivo-material afirma que para a definição do início dos atos executórios não se mostra suficiente a realização dos elementos do tipo penal, mas é necessário também que se tenha gerado e esteja presente efetivo perigo para o bem jurídico protegido pela norma.[38]

- Teoria objetivo-individual: atos executórios são os relacionados ao início da conduta típica, e também os que lhe são imediatamente anteriores, em conformidade com o plano concreto do autor. Portanto, diferencia-se da anterior por não se preocupar com o terceiro observador, mas sim com a prova do plano concreto do autor, independentemente de análise externa, Exemplo: "A", com uma faca em punho, aguarda atrás de uma moita a passagem de "B", seu desafeto, para matá-lo, desejo já anunciado para diversas pessoas. Quando este se encontra a 200 metros de distância, "A" fica de pé, segura firme a arma branca e aguarda em posição de ataque seu adversário. Surge a polícia e o aborda. Para essa teoria, poderia haver a prisão em flagrante, em face da caracterização da tentativa de homicídio, o que não se dá na teoria objetivo-formal. Essa teoria, que remonta a Hans Welzel, tem como principais defensores Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli.

CAIU NO MP-PR- Banca Própria-2019: A Teoria objetivo-individual propõe que a tentativa se iniciaria quando o autor, segundo o seu plano concreto, segundo seu plano delitivo, atua para a concretização do tipo penal pretendido.[39]

---

[36] CERTO. A Teoria objetivo-formal: são atos de execução aqueles que representam o início da realização dos elementos do tipo, por meio da presença concreta de algum ato que consista na realização do verbo do tipo penal

[37] ERRADO. Na teoria Objetivo-material opera-se a execução quando há a realização dos atos imediatamente anteriores à execução do núcleo do tipo, dentro da perspectiva do terceiro observador.

[38] CERTO. Na Teoria objetivo-material: não basta a realização de algum dos elementos do tipo, sendo "necessária a presença de efetivo perigo para o bem jurídico protegido pelo tipo.

[39] CERTO. Na Teoria objetivo-individual (objetivo-subjetiva): somente se pode falar em início da execução diante da presença de elementos indicadores de que o autor iniciou a realização do seu plano.

Material produzido pelo Grupo Educacional RDP I Proibida a circulação não autorizada, sob pena de violação de direitos autorais.

O STJ vem adotando a Teoria Objetivo-Formal **(CC 56.209/MA)**, como se verifica no julgado abaixo.

JURISPRUDÊNCIA: Adotando-se a **teoria objetivo-formal**, o rompimento de cadeado e destruição de fechadura da porta da casa da vítima, com o intuito de, mediante uso de arma de fogo, efetuar subtração patrimonial da residência, configuram meros atos preparatórios que impedem a condenação por tentativa de roubo circunstanciado. AREsp 974.254-TO, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, por unanimidade, julgado em 21/09/2021, DJe 27/09/2021.

Em **2026** a **Quinta Turma do STJ** "temperou" essa leitura da teoria objetivo-formal. No julgamento, os réus haviam estourado o cadeado e danificado a porta de uma loja, com a intenção de furtar objetos do interior, e foram flagrados pela polícia antes de tocar em qualquer bem.

O Tribunal de origem os absolveu por atipicidade, ao fundamento de que a subtração (verbo nuclear) não havia começado, e o STJ reformou a decisão. Para a Turma, a jurisprudência da Corte parte da teoria objetivo-formal, mas em **concepção temperada**, que distingue o começo da execução da ação típica (o ingresso no verbo) do início da execução do crime, situação igualmente abrangida pela norma de extensão do art. 14, II, do CP.

Assim, pode haver tentativa antes mesmo do início da ação nuclear quando **atos periféricos**, analisados à luz do plano concreto do agente, evidenciarem de forma inequívoca o início da agressão ao bem jurídico, expondo-o a risco relevante e imediato. No caso, o rompimento do cadeado e o dano à porta já representavam relevante periclitação do patrimônio, inclusive com conduta inerente à qualificadora do **rompimento de obstáculo**, e por isso a Turma reconheceu **tentativa de furto qualificado**, e não meros atos preparatórios, em sentido oposto ao que a mesma Quinta Turma do STJ havia dito em 2021 no AREsp 974.254-TO, transcrito acima.

Trago abaixo a tese fixada:

> "A conduta do agente que inicia o rompimento de obstáculo, e não alcança a subtração de bens por razões alheias à sua vontade, não pode ser considerada mero ato preparatório do delito, mas tentativa de furto qualificado." **STJ. 5ª Turma. AgRg no REsp 2.255.737-MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 7/4/2026 (Info 887).**

Sobre como se dá a aplicação da **PUNIÇÃO** da tentativa, Rogério Sanches Cunha[40] lembra haver algumas teorias:

- **(A) Sistema ou teoria subjetiva, voluntarística ou monista:** A punição da tentativa deve observar seu aspecto subjetivo do delito, da perspectiva do dolo do agente. Sabendo que, seja na consumação seja

[40] CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)** - 4. ed. rev., ampl. e atual.- Salvador: JusPodivm, 2016, p. 350.

Material produzido pelo Grupo Educacional RDP I Proibida a circulação não autorizada, sob pena de violação de direitos autorais.

na tentativa, o crime é subjetivamente completo, não pode haver, para esta teoria, distinção entre as penas nas duas modalidades. A tentativa merece a mesma pena do crime consumado.

- (B) Sistema ou teoria sintomática: A punição da tentativa tem lastro na periculosidade revelada pelo agente, o que possibilita a penalização inclusive de atos preparatórios.

- (C) Sistema ou teoria objetiva ou realística: A punição da tentativa deve observar o aspecto objetivo do delito. Apesar de a consumação e a tentativa serem subjetivamente completas, esta (tentativa), diferente daquela (consumação), é objetivamente inacabada, autorizando punição menos rigorosa quando o crime for tentado. O nosso Código, como regra, adotou a teoria objetiva, punindo-se a tentativa com a mesma pena do crime consumado, reduzida de 1/3 a 2/3.

OBS: A leitura do artigo 14, parágrafo único, do CP revela que, embora a regra seja a adoção da teoria objetiva, situações há em que, excepcionalmente, o legislador pune com a mesma pena a forma consumada e a tentada, adotando, portanto, a teoria subjetiva. São casos em que o legislador se contenta com a exteriorização da vontade. São os chamados crimes de atentado (ou empreendimento) (ex: art. 352, CP).

- (D) Sistema ou teoria da impressão ou objetivo-subjetiva: Tem por escopo limitar o alcance da teoria subjetiva, evitando a punição irrestrita de atos preparatórios porque torna possível a punição da tentativa apenas a partir do momento em que a conduta seja capaz de abalar a confiança na vigência do ordenamento jurídico; e também quando a conduta transmita àqueles que dela tomem conhecimento a mensagem de perturbação da segurança jurídica.

DIREITO À PERVERSÃO
Na fase de cogitação, o autor pode cogitar (pensar) o que quiser e, mesmo assim, não será punido. Se o agente apenas pensa em matar alguém, por exemplo, é impossível aplicar-lhe uma pena por isso. Para parte da doutrina, trata-se do chamado "direito à perversão". Em seu âmbito interno, qualquer pessoa pode ser má, desde que isso não seja exteriorizado.

Se o agente cogita e começa a preparar o crime, em regra não haverá delito ainda. Por exemplo, imagine que um sujeito, com o intuito de matar outro enforcado, compre cordas, alugue um carro e compre uma mochila para levar as cordas. Perceba que ele saiu da fase de cogitação e começou a entrar nos atos preparatórios. No entanto, nenhum desses atos é crime, por isso o agente não responde por ter iniciado os atos preparatórios.

Por outro lado, se o agente, objetivando matar outro, compra uma arma de fogo de maneira ilegal, por exemplo, aí sim teremos um ato preparatório punível. Mesmo que ele não pratique o homicídio, praticaria assim porte/posse ilegal de arma de fogo, respondendo por um crime autônomo. Aqui, portanto, o ato preparatório é punível, pois ele, por si só, configura crime autônomo.

Agora vamos para os atos executórios.

Se o agente inicia os atos executórios, ele já PODERÁ responder por tentativa, tendo em vista que segundo art. 14, II, do CP, um dos requisitos da tentativa é o agente ter iniciado a execução do crime.

Material produzido pelo Grupo Educacional RDP I Proibida a circulação não autorizada, sob pena de violação de direitos autorais.

Em suma, os elementos da tentativa são:

a) **Conduta dolosa**: deve haver o dolo em relação ao tipo completo que se quer praticar;

b) **Início dos atos executórios**;

c) **Não consumação por circunstâncias alheias à vontade do agente**: se a não consumação decorrer da vontade do agente, teremos desistência voluntária ou arrependimento eficaz.

Obs.: **Pode haver tentativa, quando o agente atua com dolo eventual?** Uma primeira corrente entende que é possível a tentativa em dolo eventual, porque mesmo que o agente não queira o resultado, ele inegavelmente faz previsão mental desse resultado, e assume o risco de praticá-lo; ou seja, o resultado entra na órbita da vontade do agente. Essa é a posição de Hungria e é a **majoritária**. Já uma segunda corrente defende que não é possível tentativa em dolo eventual, porque a expressão vontade contida no art. 14, II, CP, limitou a possibilidade do instituto da tentativa somente ao dolo direto; ou seja, só pode haver tentativa, quando a conduta do agente é finalisticamente dirigida a algum resultado, o que não abrange o dolo eventual. Essa é a posição de Greco.

Lembre-se que a tentativa nada mais é que o início dos atos executórios, cuja consumação do crime não se dá por circunstâncias alheias à vontade do agente. Por outro lado, se o agente desiste, mesmo podendo prosseguir, não há tentativa, mas **DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA**, o que veremos agora.

14. DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA

A desistência voluntária está expressamente prevista na primeira parte do art. 15 do Código Penal Brasileiro; vejam:

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

Na desistência voluntária, o agente ingressa na fase de execução, mas desiste de prosseguir na execução da conduta criminosa, ou seja, ele não esgota todos os atos executórios que havia cogitado. Por isso, é chamada de tentativa abandonada. Por causa dessa desistência, o crime não chega a ser consumado.

CUIDADO - **Obstáculo suposto ou putativo**: se o agente está executando o crime e ouve um barulho ou um alarme ou uma sirene da polícia; e por essa razão, interrompe a execução; NÃO há desistência voluntária. Ora, nesse caso, não houve desistência, e sim tentativa.

Diferente da tentativa, aqui o agente **DESISTE** porque quer, mesmo havendo possibilidade de continuar. Na tentativa ele não consegue prosseguir por circunstâncias alheias à sua vontade.

Segundo a doutrina, a diferença entre os institutos é representada pela **Fórmula de Frank**. Com efeito, em ambos os institutos, o agente inicia na fase de execução. Contudo, na tentativa, o agente quer continuar

Material produzido pelo Grupo Educacional RDP I Proibida a circulação não autorizada, sob pena de violação de direitos autorais.

na execução, mas não pode por razões externas (**quer, mas não pode**). Por sua vez, na desistência voluntária, o agente pode continuar praticando os atos executórios, mas não quer (**pode, mas não quer**).

CUIDADO: ele desiste **ANTES** da consumação do crime.
NATUREZA JURÍDICA: a tese da doutrina majoritária brasileira é de que a desistência voluntária **exclui a punibilidade.** Essa, segundo **Zaffaroni**, é a percepção **de Claus Roxin**. Reforço a vocês que há também fortes nomes da doutrina que **entendem tratar-se de exclusão de tipicidade, como é o caso de Miguel Reale Júnior**.

Zaffaroni, em sua obra (Manual de Direito Penal Brasileiro), entende que o fundamento da impunidade em face da **desistência voluntária está no prêmio outorgado ao autor**, por fazer desaparecer sua vontade consumativa, razão pela qual a lei oferece ao autor uma **PONTE DE OURO** para que evite o resultado. Essa tese também foi sustentada por **LISZT**.

A consequência legal da desistência voluntária é que **o agente responde apenas pelos atos já praticados, se tais atos configurarem algum delito**. Ex.: o agente atira uma vez na vítima, desiste e vai embora; a vítima sobreviveu, mas teve lesões graves. O agente não responde por tentativa de homicídio, porque desistiu voluntariamente de seu intento; logo, ele responde apenas pelos atos que já praticou; no caso, ele responde apenas por lesão corporal.

Agora veremos o arrependimento eficaz.

15. ARREPENDIMENTO EFICAZ

O arrependimento eficaz também é conhecido como ponte de ouro. Cuidado para não confundir com a **desistência voluntária**.

No arrependimento eficaz o agente está **MUITO PERTO** da consumação do crime. Portanto, ele esgota os atos executórios, e muito perto do crime se consumar, este age em sentido contrário.

Obs.: O arrependimento eficaz também é conhecido como **resipiscência**.

O arrependimento eficaz está previsto na segunda parte do art. 15 do Código Penal:

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

Ex.: Ricardo resolve ir atrás de Marcos para "acertar as contas" (cogitação). Entra no carro e vai em direção à sua casa, quando passa por uma loja e compra uma faca (preparação). Encontra com Marcos e dá-lhe uma apunhalada pelas costas (iniciou a execução). No entanto, antes de Marcos morrer, Ricardo se arrepende e o leva para o hospital, com remorso. Neste caso, se Marcos sobreviver, o arrependimento foi eficaz e este responderá pelos atos praticados (lesão gravíssima, por exemplo, mas não por tentativa de homicídio).

Material produzido pelo Grupo Educacional RDP I Proibida a circulação não autorizada, sob pena de violação de direitos autorais.

Perceba que é diferente da **desistência voluntária**, pois nesta o agente desiste de prosseguir nos atos de execução, e é como se a consumação estivesse "mais longe". Imagine que Ricardo tinha ido com uma arma de fogo, dispare o primeiro tiro, contudo erre, passando apenas de raspão na vítima. Nesse momento, Ricardo se arrepende e desiste, embora ainda restem 5 munições. Aqui, neste caso, teríamos **desistência voluntária.**

Por fim, há que se falar sobre o **arrependimento POSTERIOR**.

16. ARREPENDIMENTO POSTERIOR

O arrependimento posterior é conhecido como **ponte de prata.** Tem sua previsão no art. 16 do Código Penal:

> 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.**

Aqui, diferente da desistência voluntária e do arrependimento eficaz, **o agente consuma o crime.** No entanto, APÓS a consumação, tenta reparar o dano ou restituir a coisa.

Segundo **Zaffaroni**, trata-se de uma conduta **POSTERIOR** do agente, que conduz a uma atenuação da pena por razões de política criminal. Sua natureza jurídica é de inegável causa de diminuição da pena, a incidir na terceira fase da pena (**de um a dois terços).**

O arrependimento posterior apresenta vários requisitos:

a) **Natureza do crime**: o crime deve ser **sem violência ou grave ameaça à pessoa**. Por outro lado, a **violência contra a coisa** não afasta o arrependimento posterior. Da mesma forma, se a violência contra a pessoa foi **culposa**, também não se afasta o arrependimento, porque a intenção da lei era impedir o instituto no caso de violência dolosa.

b) **Reparação do dano ou restituição da coisa**: deve ser **voluntária**, ou seja, livre de coação ou moral; mas não precisa ser espontânea e nem depende de motivo. Além disso, no que toca à totalidade ou parcialidade da reparação, uma primeira corrente defende que a reparação **deve ser total, mas se a vítima aceitar a reparação parcial, é possível** aplicar o arrependimento posterior. Essa é a posição **majoritária e encampada pelo STJ**. Porém, uma segunda corrente defende que a reparação pode ser **parcial**. Essa é a posição do STF, no **Informativo 608**.

c) **Requisito temporal**: o arrependimento só pode ocorrer **até o recebimento da denúncia**. Se a reparação ocorreu após o recebimento, o agente pode fazer jus à atenuante do art. 65, III, b, CP.

Caso seja aplicado o arrependimento posterior, haverá a **diminuição da pena do agente de 1/3 a 2/3**. Os critérios para a redução da pena são dois: a **celeridade** e a **voluntariedade**. Portanto, quanto antes houver a reparação, maior a diminuição da pena. Ademais, quanto mais sincera e verdadeira a reparação, maior a

Material produzido pelo Grupo Educacional RDP I Proibida a circulação não autorizada, sob pena de violação de direitos autorais.

diminuição da pena. Esse é o entendimento do STJ, como veremos abaixo. Por sua vez, o STF entende que **quanto mais próxima da integralidade da reparação do dano, maior deve ser a causa de diminuição**.

Obs.: De acordo com Fragoso, o arrependimento posterior é desigual e discriminatório, porque apenas os mais ricos podem obter esse benefício, já que só eles podem reparar o dano. Os pobres, embora queiram, não podem, e são os que povoam as prisões. Fragoso dizia: toda justiça é desigual, mas a justiça criminal é a mais gritantemente desigual.

NATUREZA OBJETIVA: Para o STJ, uma vez reparado o dano integralmente por um dos autores do delito, a causa de diminuição prevista no art. 16 do mesmo Estatuto estende-se aos demais coautores, por constituir circunstância de natureza objetiva, cabendo ao julgador avaliar a fração de redução que deve ser aplicada[41], dentro dos parâmetros mínimo e máximo previstos no dispositivo, conforme a atuação de cada agente em relação à reparação efetivada. STJ. 6ª Turma. REsp 1187976-SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 7/11/2013 (Info 531).

CRITÉRIO PARA REDUÇÃO: A causa de diminuição de pena relativa ao artigo 16 do Código Penal (arrependimento posterior) somente tem aplicação se houver a **integral** reparação do dano ou a restituição da coisa antes do recebimento da denúncia, variando o índice de redução da pena em função da maior ou menor celeridade no ressarcimento do prejuízo à vítima. STJ. 6ª Turma. HC 338840/SC, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 04/02/2016. **Vale ressaltar, no entanto, que a 1ª Turma do STF decidiu que a incidência do arrependimento posterior, contido no art. 16 do CP, prescinde da reparação total do dano. Em outras palavras, entendeu-se que a reparação poderia ser parcial (HC 98658/PR, red. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, julgado em 9/11/2010).**[42]

SE LIGA: Em caso de homicídio culposo, ainda que haja acordo de indenização entre autor e parentes da vítima, **não** é possível a incidência do arrependimento posterior. O entendimento assinalado é do STJ e pode ser conferido no julgado abaixo:

CURSO ESPECIAL. PENAL. HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. ART. 312 DO CTB. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ARREPENDIMENTO POSTERIOR. ART. 16 DO CP. REPARAÇÃO DO DANO. APLICÁVEL APENAS NOS CRIMES PATRIMONIAIS. PLEITO SUBSIDIÁRIO. RECONHECIMENTO DE ATENUANTE. ART. 65, III, B, DO CP. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO. SÚMULA 231/STJ. 1. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento de que, para que seja possível aplicar a causa de diminuição de pena prevista no art. 16 do Código Penal, faz-se necessário que o crime praticado seja patrimonial ou possua efeitos patrimoniais. 2. As Turmas especializadas em matéria criminal do Superior Tribunal de Justiça firmaram a impossibilidade material do reconhecimento de arrependimento posterior nos crimes não patrimoniais ou que não possuam efeitos patrimoniais. **3. *In casu*, a composição pecuniária da autora do homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302 do CTB) com a família da vítima, por consectário lógico, não poderá surtir proveito**

[41] Há corrente doutrinária em sentido contrário, defendendo que apenas aquele que realizou a reparação ou restituiu o bem possui direito à redução da pena. Segundo essa linha de pensamento, aquele que nada fez não pode ser beneficiado, justamente por não ter tomado nenhuma providência para diminuir os prejuízos da vítima.

[42] CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Critério para redução da pena em caso de arrependimento posterior**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/905056c1ac1dad141560467e0a99e1cf. Acesso em: 13/05/2025.

Material produzido pelo Grupo Educacional RDP I Proibida a circulação não autorizada, sob pena de violação de direitos autorais.

para a própria vítima, morta em decorrência da inobservância do dever de cuidado da recorrente. 4. A existência de causa de aumento verificável na terceira fase da dosimetria não permite retorno para a fase anterior para reconhecer atenuantes, sob pena de subversão do sistema trifásico de dosimetria da pena. Súmula 231/STJ. 5. Recurso especial improvido, com determinação de imediato início de cumprimento da pena, vencidos, apenas quanto à execução provisória da pena, o Relator e a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. (STJ, Sexta Turma, REsp 1561276/BA, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 28/06/2016)

O STF decidiu, em 14/04/2020, que é possível o reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no art. 16 do Código Penal (arrependimento posterior) para o caso em que o agente fez o ressarcimento da dívida principal (efetuou a reparação da parte principal do dano) **antes** do recebimento da denúncia, mas somente pagou os valores referentes aos juros e correção monetária durante a tramitação da ação penal.

> Nas exatas palavras do STF: "É suficiente que ocorra arrependimento, uma vez reparada parte principal do dano, até o recebimento da inicial acusatória, sendo inviável potencializar a amplitude da restituição." STF. 1ª Turma. HC 165312, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 14/04/2020 (Info 973). **DIZER O DIREITO.**

Registre-se que para **Eugênio Raúl Zaffaroni**, a desistência voluntária só é possível na **tentativa imperfeita** ou **inacabada**, enquanto na tentativa perfeita ou acabada, só é possível o **arrependimento eficaz**.

TENTATIVA IMPERFEITA OU INACABADA: na tentativa imperfeita (ou inacabada) o agente não consegue prosseguir na execução do crime. Não há como ele prosseguir. Ex.: o agente que dá o primeiro tiro, mas a vítima foge, não conseguindo o agente encontrá-la.

O raciocínio é simples: na tentativa perfeita (ou acabada), o autor exauriu todos os meios disponíveis para executar o crime. Dessa forma, como pode esse autor ser beneficiado pela desistência voluntária se não há mais possibilidade de prosseguir na conduta? Haverá desistência apenas se o autor puder prosseguir (nas palavras de Zaffaroni, se houver tentativa imperfeita).

CAIU NO MP-PR-Banca Própria-2023: A denominada desistência da tentativa pode se verificar tanto na hipótese de tentativa acabada, assim como na hipótese de tentativa inacabada, sendo que em cada uma destas hipóteses, o agente responde somente pelos atos já praticados.[43]

17. ESPÉCIES DE TENTATIVA

Sobre as espécies de tentativas, vale a pena REVISARMOS o quadro abaixo:

[43] **CERTO**. Na tentativa inacabada, aplica-se a desistência voluntária; na tentativa acabada, o arrependimento eficaz, ambos previstos no art. 15 do CP.

Material produzido pelo Grupo Educacional RDP I Proibida a circulação não autorizada, sob pena de violação de direitos autorais.

17.1 Tentativa perfeita	O agente esgota todos os meios que estavam à sua disposição para a execução do crime. No entanto, mesmo assim a infração não se consuma (por circunstâncias alheias à sua vontade). Ex.: esgotou todas as munições, mas não conseguiu acertar nenhum tiro.
17.2 Tentativa imperfeita	Por outro lado, na tentativa imperfeita o agente não consegue prosseguir na execução do crime. Não há como ele prosseguir. Ex.: o agente que dá o primeiro tiro, mas a vítima foge, não conseguindo o agente encontrá-la.
17.3 Tentativa branca ou incruenta	A conduta praticada pelo agente não consegue atingir o objeto material do crime. Ex.: o tiro não acerta a vítima.
17.4 Tentativa cruenta ou vermelha	Aqui é justamente o oposto da tentativa branca. O agente atinge o objeto material que pretende. Ex.: o tiro acerta a vítima.
1.7.5 Tentativa inadequada ou inidônea	Sinônimo de crime impossível.
17.6 Tentativa abandonada ou qualificada	Sinônimo de desistência voluntária e arrependimento eficaz. Só cuidado com essa expressão "tentativa abandonada", porque sabemos que a desistência voluntária e o arrependimento eficaz EXCLUEM a tentativa.

CAIU NO MP-PR-Banca Própria-2021: A realiza disparo de arma de fogo em região letal do corpo de B, mas sensibilizado ao vê-lo agonizando, transporta rapidamente B ao hospital, onde este sobrevive em razão de decisiva cirurgia de emergência: A responde pelas lesões corporais então produzidas em B, porque se trata de hipótese de tentativa inacabada.[44]

CAIU NO MP-PR-Banca Própria-2023: Na tentativa inidônea, existe um erro de proibição ao contrário: o agente imagina erroneamente que sua conduta configura um ilícito penal, quando na realidade, trata-se de uma ação atípica e, portanto, penalmente impunível.[45]

CAIU NO MP-PR-Banca Própria-2023: Desconhecendo que sua arma de fogo contém apenas munições de festim, durante a madrugada ***A*** realiza disparos com dolo de homicídio contra o desafeto ***B*** e, realmente acreditando ter obtido êxito, abandona rapidamente o local: trata-se de hipótese de tentativa falha e, portanto, penalmente impunível.[46]

Por fim, vejam o quadro sobre as "pontes":

[44] ERRADO. A tentativa inacabada (ou imperfeita) ocorre quando o resultado não se produz por circunstâncias alheias à vontade do agente, não configurando tentativa abandonada.
[45] ERRADO. A tentativa inidônea é o mesmo que crime impossível: por impropriedade absoluta do objeto ou ineficácia absoluta do meio.
[46] ERRADO. Trata-se de tentativa inidônea, por ineficácia absoluta do meio (crime impossível).

Material produzido pelo Grupo Educacional RDP I Proibida a circulação não autorizada, sob pena de violação de direitos autorais.

PONTE DE OURO	PONTE DE PRATA	PONTE DE DIAMANTE
Desistência voluntária e arrependimento eficaz.	Arrependimento posterior.	Conceito em construção. O exemplo mais comentado é a delação premiada.

Material produzido pelo Grupo Educacional RDP I Proibida a circulação não autorizada, sob pena de violação de direitos autorais.