

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE- FANESE

VALÉRIA NATHALIA SANTOS FERREIRA

CRIME IMPOSSÍVEL

**ARACAJU
2018**

VALÉRIA NATHALIA SANTOS FERREIRA

CRIME IMPOSSÍVEL

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, como requisito parcial para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito.

ORIENTADORA: Prof.^a DANIELA RAMOS LIMA BARRETO

**ARACAJU
2018**

F383c FERREIRA, Valéria Nathalia Santos.

Crime Impossível / Valéria Nathalia Santos Ferreira.
Aracaju, 2018. 39 f.

Monografia (Graduação) – Faculdade de Administração
e Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito.

Orientador (a): Profa. Ma. Daniela Ramos Lima Barreto

1. Direito Penal 2. Sanção 3. Crime Impossível I.
TÍTULO.

CDU 343.912(813.7)

Elaborada pela Bibliotecária Lícia de Oliveira CRB-5/1255

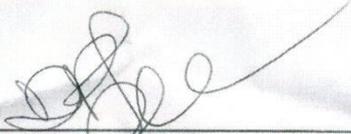
VALÉRIA NATHALIA SANTOS FERREIRA

CRIME IMPOSSÍVEL

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, como requisito parcial para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito.

Aprovada em *13/06/18*

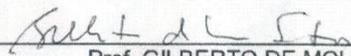
BANCA EXAMINADORA



Prof. ^a DANIELA RAMOS LIMA BARRETO
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe



Prof. ARMANDO BATALHA DE GOES JÚNIOR
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe



Prof. GILBERTO DE MOURA SANTOS
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

AGRADECIMENTOS

Dedico esta Monografia primeiramente a Deus, por ser essencial em minha vida, autor do meu destino, meu guia meu socorro presente nas horas de angustia; ao meu pai, Nilton Souza; a minha mãe, Wandeleuza Santos, pelos puxões de orelhas e incentivos, mesmo quando cansado estavam, sempre pensaram em mim, me deram carinho, e souberam usar suas sabias palavras, pela paciência e amor; aos meus irmãos, Vanessa Natasha, que sempre foi desde criança minha guia, Veronica Gabriela, e Wanilton Rafael, por estarem sempre ao meu lado, a Walderfranklin Tavares (*In Memoriam*) que me inspirou na Área penal, e se tornou meu anjo; e as minhas melhores amigas, Grace Kelly Araújo, Jamilly Carvalho e Severina Ramos e Stefany Assis.

“Quando a última coisa que você tiver for Deus, você vai descobrir que ele era a única coisa que você precisava ter”.

(Autor Desconhecido).

RESUMO

O Código Penal brasileiro (CPB) prevê, expressamente, o crime impossível, o qual se concretiza pela impossibilidade de consumação do crime tentado por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto. Era necessário adotar uma forma de punição, para quem praticasse o ato transgressor, porém no crime impossível tal sanção é uma impossibilidade, por definição. Existem diversas teorias que versam sobre o crime impossível, e dentre elas a teoria objetiva temperada ou moderada, a qual exige que o objeto sobre o qual recai a conduta seja absolutamente inidôneo do resultado buscado e empregado pelo agente provocador. Além da teoria acima, existem espécies do delito impossível por ineficácia absoluta do meio, o crime impossível ocasionado pelo agente provocador, e o delito impossível por absoluta improbidade do objeto. O crime impossível ou tentativa quase crime ou quase morte jamais poderá ser consumado em razão da sua ineficácia absoluta ou improbidade absoluta do objeto.

Palavras-chave: Direito Penal. Sanção. Crime Impossível.

ABSTRACT

The Brazilian criminal code (CPB) explicitly foresees an impossible crime, which is concretized by the impossibility of consummation of the crime due to the absolute The Brazilian Criminal Code (CPB) expressly provides for an impossible crime, which is concretized by the impossibility of consummation of the crime attempted by absolute ineffectiveness of the environment or by absolute impropriety of the object. It was necessary to adopt a form of punishment, for those who practiced the transgressive act, but in the impossible crime such a sanction is an impossibility, by definition. There are several theories that deal with impossible crime, among them temperate or moderate objective theory, which requires that the object upon which the conduct falls is absolutely inoffensive of the result sought and employed by the provoking agent. In addition to the above theory, there are species of crime that are impossible because of the absolute ineffectiveness of the medium, the impossible crime occasioned by the agent provocateur, and the crime is impossible due to the absolute impropriety of the object. Impossible crime or almost crime or near death attempt can never be consummated by reason of its absolute ineffectiveness or absolute improbity of the object.

Keywords: Criminal Law. Penalty. Delict Impossible.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

§	parágrafo ou parágrafos
art.	Artigo ou artigos
ed.	Edição ou edições
inc.	Inciso ou incisos
n.º.	Número ou números
p.	Página ou páginas
t.	Tomo ou tomos
v.	Volume ou volumes

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 DIREITO PENAL COMO UM SISTEMA RACIONAL	13
2.1 CONCEITO DE DIREITO PENAL.....	13
2.2 O SURGIMENTO DO DIREITO PENAL MODERNO	14
2.3 PRINCIPIOS DO DIREITO PENAL	16
2.3.1 Princípio da Proibição da Analogia <i>In Malam Partem</i>	17
2.3.2 Princípio da Fragmentariedade	17
2.3.3 Princípio da Intervenção Mínima.....	17
2.3.4 Princípio da Legalidade ou da Reserva Legal.....	18
2.3.5 Princípio da Anterioridade da Lei.....	18
2.3.6 Princípio da Irretroatividade da Lei Penal	18
2.3.7 Princípio da Insignificância	19
2.3.8 Princípio da Proporcionalidade da Pena	20
2.3.9 Princípio <i>In Dubio Pro Réu</i> ou Presunção de Inocência	21
3. DA DIFERENÇA ENTRE TENTATIVA, CULPA E DOLO.....	21
3.1 TENTATIVA.....	21
3.2 CULPA.....	23
3.3 DOLO.....	24
3.3.1 Dolo Direto	24
3.3.2 Dolo Eventual	25
4. DO CRIME IMPOSSÍVEL	27
4.1 CONCEITO	27
4.2 INEFICÁCIA ABSOLUTA DO MEIO	28

4.3 ABSOLUTA IMPROIBIDADE DO OBJETO	29
4.4 TEORIAS RELATIVAS A PUNIBILIDADE DO CRIME IMPOSSÍVEL	32
4.5 FLAGRANTE E CRIME IMPOSSÍVEL	32
4.5.1 Flagrante Preparado	33
4.5.2 Flagrante Esperado	34
CONCLUSÃO	36
REFERÊNCIAS.....	38

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia tem por objetivo demonstrar como funcionam o instituto ou categoria do direito penal denominada crime impossível, e sua influência na sociedade, revisando os conceitos e os princípios correlatos, a legislação específica, a sanção e sua culpabilidade, nos tempos atuais, pretendendo exemplificar por meio de situações fáticas e jurisprudenciais, de uma forma sucinta através do código penal brasileiro e de alguns doutrinadores.

Essa monografia foi dividida em três capítulos, onde mostraremos a história do direito penal, as diferenças entre tentativa, culpa e dolo, e por fim adentraremos no assunto principal, o crime impossível.

O instituto do direito denominado crime impossível vem sendo a cada dia questionado, onde existem diversos casos a serem indagados, e muitas jurisprudências questionáveis em favor do crime impossível.

O objetivo é explicar como se aplicam os entendimentos jurisprudenciais e doutrinários dos casos referentes, nomenclatura dos crimes impossíveis e sua teoria, e como devem ser aplicados, na configuração do crime impossível, e quais são os princípios norteadores que são a base primordial em uma sentença.

A história do crime impossível e suas teorias também são primordiais para chegar na base princípio lógica.

Após várias pesquisas, através de livros e doutrinas, fiz um apanhado geral de como funcionava o crime impossível e suas ramificações para que possam entender como funcionam o assunto abordado.

E, por último - após a breve e necessária explanação sobre o Direito Penal, o delito e a tentativa, pois, o Direito Penal engloba o crime, do qual decorre a tentativa, na qual se examina a tentativa inidônea - será analisado o crime impossível, estudando-se as questões relevantes e imprescindíveis sobre essa temática.

2 DIREITO PENAL COMO UM SISTEMA RACIONAL

2.1 CONCEITO DE DIREITO PENAL

O Direito Penal ou Criminal como também é popularmente conhecido, é formado por um conjunto de normas jurídicas, onde o Estado determina através de leis, que foram adaptadas desde épocas, onde não haviam necessariamente as leis, mais faziam jus, a forma de punição a um indivíduo que cometeu algum fato danoso ou delituoso, em meio ao convívio em sociedade, leis essas criadas no objetivo de manter a paz, a coletividade em meio a um regramento e punição aos que praticavam atos que iam em desencontro a vida em sociedade.

Conforme preleciona Theodoro Júnior:

Sob o enfoque sociológico, o Direito Penal é mais um instrumento (ao lado dos demais ramos do direito) do controle social de comportamento desviados, visando assegurar a necessária disciplina social, bem como a convivência harmônica de seus membros. (THEODORO JR., 2012).

Pode-se dizer assim que o direito penal, é a proteção da sociedade, e defesa dos bens jurídicos fundamentais. De outro modo, segundo Michel Mialle, a ciência do direito em primeiro lugar, é uma técnica de paz social, ou seja, “um conjunto de técnicas para reduzir os antagonismos sociais, para permitir uma vida tão pacífica quanto possível entre Homens propensos às paixões” (MIALLE, 1989, p. 25)

Doutrina o penalista, José Frederico Marques, “a vida em sociedade que é inclinação natural do homem exige um complexo de normas disciplinadoras que estabeleçam regras indispensáveis ao convívio dos indivíduos” (MARQUES, 2002 p.1).

Porém as vezes a depender do legislador existem danos que não são considerados como necessariamente um dano ou lesão, isso irá depender de cada circunstância vai depender de cada caso.

Já o Direito Penal, segundo Aníbal Bruno, “se apresenta como o conjunto das normas jurídicas, pelas quais se exerce a função do Estado de prevenir e reprimir os crimes, por meio de sanções cominadas aos seus autores” (ANÍBAL, 2003, p.28).

É possível considerar o direito penal formal e o direito penal material, direitos esses que reparam o dano, através de sanções, onde se é regulada a convivência em sociedade causados de um fato danoso, ou culposos aos organismos sociais.

No tocante Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, relatam

Com a expressão 'direito penal' se designam - conjunta ou separadamente - duas entidades diferentes: 1) o conjunto de leis penais, isto é, a legislação penal; ou 2) o sistema de interpretação desta legislação, isto é, o saber do direito penal (ZAFFARONI, PIERANGELI, 2015, p. 85.)

Ou seja, a interpretação conta bastante quando há necessidade de uma apuração geral.

Contudo, Francisco de Assis Toledo ensina que, “um conjunto de conhecimentos e princípios, ordenados metodicamente, de modo a tornar possível a elucidação do conteúdo das normas penais e dos institutos em que elas se agrupam, com vistas à sua aplicação aos casos ocorrentes, segundo critérios rigorosos de justiça.” (TOLEDO, 2001, pp. 01-02)

O direito Penal sempre varia de acordo com as jurisdições de cada país.

2.2 O SURGIMENTO DO DIREITO PENAL MODERNO

Se observados nos primórdios, existem exemplos completos na bíblia sagrada, que por ser o livro mais antigo informa sobre a necessidade de criarem regramentos e leis para o convívio em sociedade, pois o crime nunca se afastou do homem.

Após várias transformações, o direito penal teve muitas influências do direito canônico, o direito romano e a Grécia antiga além das escolas positivas e a clássica, que teve como necessidade a criação para que prevalecesse a tranquilidade.

Guilherme Nucci defende que o Estado nunca poderá legislar sobre as matérias inseridas na Parte Geral do código penal pois estas têm alcance nacional, nem podem criar normas em desconformidade com a legislação federal. (NUCCI, 2016, p. 100).

Quando falamos em manifestação do direito, deve-se analisar a fonte do direito penal, para chegar a uma conclusão mediata de como prosseguir em meio a

inutilização das fontes essas formais, informais formais mediatas e formais imediatas.

As fontes materiais elas direcionam a quem poderá criar as normas penais, onde o estado executa e a união cria, porem os estados somente podem criar por meio de lei complementar e se a caso seja necessário para manter a ordem em caráter de urgência.

Já as fontes formais é o meio ou a forma de como é visto as normas, ou exteriorizado para os seres humanos. Contudo as fontes formais imediatas, vai de encontro ao princípio da legalidade não a crime sem definição da lei anterior nem pena sem aviso prévio legal, ou seja, referem-se exclusivamente a leis que já existem.

Após a proclamação da Independência em 1822, e após as ordens submetidas as Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, onde foram editados para o Brasil .

O código penal, decreto lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969, que permaneceu em *vacatio legis* por quase 9 anos, onde foi revogado pela lei 6.578 de 11 de outubro de 1978, sem ao menor ter entrado em vigor.

Código penal, lei 7,209 de julho de 1984 que foi revogada a parte geral de 1940.

“A polidez e o respeito mútuo eram encarados como a forma ideal para dirigir a vontade dos filhos e incitá-los aos exemplos dos mais velhos”. (História do Brasil, v. 1º, pág. 44, Ed. Bloch.)

O autor Martins Júnior (1985, p.114), em uma peculiar obra característica do direito nacional histórico, ensina que historiadores nacionais “costumam dedicar aos primitivos habitantes do Brasil, páginas inteiras relativas a certas instituições ou usos selvagens de alçada perfeitamente jurídica”.

Na França, eles estão estudando a possibilidade da divisão do direito penal, em dois ramos distintos, o direito penal geral e o direito penal especial, já na Espanha eles sustentam a teoria do direito penal, material e o direito penal formal que compreende os crimes codificados, que abrange as infrações e preceitos

O código penal brasileiro, foi introduzido através do decreto lei 2.848/1940, e foi dividido em duas partes, a parte geral e a parte especial, estão as regras aplicadas a todos crimes do direito penal juntamente com aqueles tipificados por lei

extravagantes, em sua parte geral. Já os delitos em particular encontram-se na parte especial.

O Brasil preferiu, apenas as duas partes a geral que vai do 1º artigo até o 120º, que se referem as regras básicas, que foi modificado pela lei 7.209/1984 onde houveram a primeira reforma da parte geral do código penal devido as necessidades de adaptações.

A parte especial inicia no art. 121º e termina no art. 361, sendo composta das espécies do crime, com exceção dos dois últimos artigos que tratam da entrada em vigor e disposições finais.

Em sua parte especial nosso código penal, possuíam dois delitos diferentes que possuem a mesma indicação, pois haviam nos artigos 332 e 357, a rubrica exploração de prestígio, uma dizia sobre o crime praticado por particular contra a administração de justiça, e a outra em crimes exclusivo contra a administração de justiça, porem foi modificado nos textos 332 lei, 9.127/95 que ficou da seguinte forma aquele que solicita, cobra ou obtém para si ou para outrem vantagem a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público, no exercício da sua função cometerá o delito de tráfico de influência e não maios de exploração de prestígio.

2.3 PRINCIPIOS DO DIREITO PENAL

Os princípios do direito penal, segundo Fernando Capez “é da dignidade da pessoa humana que nascem os princípios orientadores e limitadores do Direito Penal”. (CAPEZ, 2011, p.14).

Já Celso Antônio, relata o princípio jurídico como:

Um mandamento nuclear de um sistema, um verdadeiro alicerce dele, disposição que irradia sobre diferentes normas compondo lhes o espirito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. (MELLO, 2014, p.230)

Sem os princípios do direito penal, a sociedade seria um caos. José Joaquim Gomes Canotilho diz que, os princípios, assim como as regras, são espécies de normas, sendo que os princípios são “normas jurídicas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos

fáticos e jurídicos” e as regras são “normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõe, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida” (CANOTILHO, 2003, p. 1160-1161).

Vamos falar do primeiro princípio:

2.3.1 Princípio da Proibição da Analogia *In Malam Partem*

Esse princípio proíbe a adequação típica por semelhança entre fatos. Jimenez de Asua se manifesta contra o agasalho da analogia *in bonam partem*: o primeiro, alegando que idênticos resultados podem ser obtidos em virtude de uma interpretação teológica e sistemática com resultados progressivos. (Comentários ao Código Penal, 1979, p. 78).

Já Nelson afirma que há pouco espaço para a aplicação da analogia *in bonam partem*.

Uma parte da doutrina determina que quando a norma penal for incriminadora, será passível de aplicação analógica *in bonam partem*.

2.3.2 Princípio da Fragmentariedade

Esse princípio ele defende que o estado só protege os bens jurídicos mais importantes, intervendo assim nos casos de maior gravidade. Ou seja, ele só protege um fragmento por isso o princípio se chama o princípio fragmentado.

Munoz Conde entende que:

Nem todas as ações que atacam bens jurídicos são proibidas pelo direito penal, tampouco os bens jurídicos são protegidos por ele. O Direito penal, repito mais uma vez se limita somente a castigar ações mais graves contra os bens jurídicos mais importantes, daí seu caráter fragmentário, pois que de toda a gama de ações proibidas e bens jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico, o direito penal só se ocupa de uma parte, fragmentos, se bem que dá maior importante. (MUNOZ CONDE, 2008, pp. 59-60).

2.3.3 Princípio da Intervenção Mínima

Esse princípio informa que quando os outros ramos do direito penal, o estado não consegue prevenir a conduta ilícita, é onde o estado deve intervir.

Porém esse princípio também é aceito como divergência, mais ao contrário, ao princípio da intervenção mínima, existe o princípio da intervenção máxima, onde

o direito penal deve intervir e resolver quase tudo, essas soluções apresentadas por outros ramos do direito penal são secundárias.

Se o legislador já estabelece casos de pouca relevância o princípio a insignificância não poderá ser aplicado.

2.3.4 Princípio da Legalidade ou da Reserva Legal

Não há lei anterior que o defina e nem pena sem previa cominação legal (CF/88, art. 5º, XXXIX e Código Penal (CP) art. 1º).

Ou seja, trata-se de uma efetiva limitação estatal do poder punitivo, onde nenhum ato poderá ser considerado de fato um crime, já que não existe nenhuma lei ou em algo de tamanha relevância, além de nenhuma punição expressa que tamanha conduta poderá vir a sofrer algum ato punitivo, por isso além da constituição federal ainda pode-se encontrar no código penal, em seu artigo primeiro que não há crime sem lei, e nem pena sem previa cominação legal.

2.3.5 Princípio da Anterioridade da Lei

Só há crime e pena se o ato foi praticado depois de lei que os define e esteja em vigor. Esse princípio basicamente expressa, que antes do princípio da legalidade de fato, não obteria nenhuma conduta delituosa, já o princípio da anterioridade já informa que após a prática do ato, e a criação de norma que entre em vigor, haverá um ato punitivo, em razão de quem cometeu delito.

2.3.6 Princípio da Irretroatividade da Lei Penal

A lei só pode retroagir para beneficiar o réu, caso ainda a mesma não entrou em vigência no momento que foi praticado o delito.

Ou seja, o indivíduo somente sofrerá punição após a lei ter tido vigência na prática do delito, assim não poderá retroagir em condições anteriores a lei lícitas.

O efeito será o *ex tunc*, pois não retroagirá, principalmente se for para prejudicar o réu.

Só retroagirá em caso de beneficiar o réu, o texto encontra-se expresso, no art. 5 incisos XL da constituição, que explica “*que a lei penal não retroagirá, salvo, para beneficiar o réu*”. (LENZA, 2013, p.75)

2.3.7 Princípio da Insignificância

Baseia no pressuposto de que a tipicidade penal exige um mínimo de lesividade ao bem jurídico, reconhecendo a “atipicidade do fato nas perturbações jurídicas mais leves”.

Segundo informações do site de notícias Supremo Tribunal Federal (STF), o Supremo aplicou:

O princípio da insignificância a pedidos de habeas corpus. São 18 pedidos de *habeas corpus* fundados no princípio da insignificância, 15 foram analisados, sendo 14 concedidos em definitivo e um foi negado por uma questão técnica, mas teve a liminar concedida. Três habeas ainda não foram julgados. (BRASIL, 2009)

Ainda segundo a notícia:

Os ministros aplicam a esses casos o chamado “princípio da insignificância”, preceito que reúne quatro condições essenciais: mínima ofensividade da conduta, inexistência de periculosidade social do ato, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão provocada. As decisões também levam em conta a intervenção mínima do Estado em matéria penal. Segundo esse entendimento, o Estado deve ocupar-se de lesões significativas, ou seja, crimes que têm potencial de efetivamente causar lesão. (BRASIL, 2009)

Num dos casos de Habeas Corpus (HC) – 98.152 (BRASIL, 2009), o relator ministro Celso de Mello afirmou a existência de diferença entre absolver o acusado com base no princípio da insignificância (conforme decisão do STJ) e a extinção de punibilidade. Segundo o Min., conforme notícia publicada no domínio do STF:

[...] a extinção da punibilidade por si só não exclui os efeitos processuais. Ou seja, a tentativa de furto ficaria registrada e poderia pesar contra o acusado caso ele venha ser reincidente, na qualidade de maus antecedentes. Ao ser absolvido, todavia, o acusado volta a ser considerado primário caso seja réu posteriormente em outra ação. (BRASIL, 2009)

No citado HC a decisão do STF havia reformado a pena de um ano e quatro meses de reclusão, aplicada pela primeira instância, a um caso de uma tentativa de furto de cinco barras de chocolate num supermercado – O voto do ministro Celso de

Mello, acompanhado por unanimidade, absolveu o acusado e ordenou extinta a ação penal porque, segundo ele, a conduta sequer poderia ser considerada crime.

É tênue o limite da aplicabilidade ou não deste princípio, e até controverso. Veja-se que há dois casos recentes no STJ, nos quais a diferença entre os valores do bem objeto de delito foi de R\$70,00. Em janeiro do ano corrente:

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) aplicou o princípio de insignificância ao conceder habeas corpus e extinguir ação penal imposta a um réu pelo furto de duas calotas de um automóvel, avaliadas em R\$ 70,00, e pela tentativa de furto de outro veículo, no estado de Minas Gerais em junho de 2007. (BRASIL, 2010)

O entendimento do relator neste processo - HC 147.052 (BRASIL, 2010b), Min. Arnaldo Esteves Lima, foi o de que apesar de se definir como crime nas modalidades tentada e consumada o furto não ultrapassou o exame da “tipicidade material, sendo desproporcional a sanção penal imposta”.

Em março do mesmo ano, a mesma quinta turma do STJ, ao julgar o HC nº 152.738) “indeferiu *habeas-corpus* a estudante de Direito que tentou furtar um Código de Processo Civil interpretado, no valor de R\$ 150, em uma livraria de Brasília”. No processo, o mesmo Min. Arnaldo Esteves Lima afirmou ser impossível aplicar o “princípio da insignificância [...], tendo em vista a má-fé do universitário. Considerou que cabe ao fato a medida proporcional da pena pela relevante lesão ao estabelecimento”. (BRASIL, 2010)

2.3.8 Princípio da Proporcionalidade da Pena

A pena não pode ser superior ao grau de responsabilidade pela prática do fato, ou seja, quanto maior a gravidade do ato ilícito maior a pena, a ser cumprida, não podendo um indivíduo que cometeu algo ilícito, cumprir seu regime, de acordo com quem cometeu crimes maiores que os dele.

Esse princípio implica na forma de decisão devido, ao grau do fato, gravidade da pena, a proporcionalidade dos fatos e a proporcionalidade em concreto.

Pedro Lenza, comenta que:

Ao expor a doutrina de Karl Larens, coelho esclarece: utilizado, de ordinário, para aferir a legitimidade, das restrições de direitos-muito embora possa aplicar-se também, para dizer do equilíbrio na concessão, de poderes, privilégios e benefícios, o princípio da proporcionalidade ou da

razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza, axiológica que emana diretamente das ideias de justiça equidade, bom senso, prudência, moderação justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; procede e condiciona à positividade jurídica, inclusive de âmbito constitucional; e ainda, enquanto princípio geral de direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico. (LENZA, 2013 p.75)

Ou seja, caberá ao legislador se a quantidade de sanção aplicada, fere ou não o princípio da proporcionalidade.

2.3.9 Princípio *In Dubio Pro Réu* ou Presunção de Inocência

O princípio *in dubio pro réu*, é o que prevê que ao invés do benefício da dúvida, o réu sempre será inocente até que se comprove de fato, cometedor do delito. Esse princípio encontra-se no texto da CF, inciso LVII¹.

Temos exemplo também no código de processo penal, que fala assim:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:
(...)VII – não existir prova suficiente para a condenação. Não conseguindo o Estado angariar provas suficientes da materialidade e autoria do crime, o juiz deverá absolver o acusado.

3. DA DIFERENÇA ENTRE TENTATIVA, CULPA E DOLO

3.1 TENTATIVA

A tentativa, também é conhecida como crime imperfeito ou crime incompleto, devido a sua finalidade não ser concluída com o êxito.

Segundo Jescheck para que a tentativa se caracterize é preciso três requisitos: a resolução de realizar o tipo, como elemento subjetivo, dar começo

¹Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros, e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade, nos termos seguintes(...) LVII-Ninguém será condenado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal, condenatória.

direto a realização do tipo, como elemento objetivo, e a falta de consumação do tipo. (*in*: Callegari, 1998, p. 487).

Ela além de frustrar o resultado final, se mostra na incompetência da conclusão, a tentativa ela possui previsão legal no código penal brasileiro em seu artigo 14, inciso II².

Existem dois tipos de tentativas, tem a *tentativa imperfeita*, que é a tentativa, onde o agente não conclui a execução, por alguém motivo, que possa tê-lo impedido.

E tem a *tentativa perfeita* que é a tentativa em que o agente conclui com êxito, mais por algum motivo também alheio não conseguiu chegar ao plano final conjurando assim na tentativa.

Segundo Francesco Carrara, a tentativa é:

Qualquer ato externo univocamente conducente, por sua natureza, a um evento criminoso, e a ele dirigido pelo agente com vontade explícita, porém não seguido desse resultado, nem da lesão de um direito maior ou equivalente ao que se queria violar. (CARRARA, 1997, pp. 242-243)

A tentativa do delito é composta de elementos como o início de execução de ação que é quando o indivíduo inicia o ato delitivo, a conduta que penetrou na fase executiva, iniciando a tentativa; a fase de execução do crime que não ocasionou no resultado final do agente.

Bitencourt ressalta que a tentativa “é nada mais que a vontade do agente, e decisiva, porque está completa, perfeita. Imperfeito é o delito sob o aspecto objetivo que não chega a consumir-se.” (BITENCOURT, 2000, p. 242-243)

Já o doutrinador Mirabete conceitua a tentativa sendo como sendo “a realização incompleta do tipo penal, do modelo descrito na lei. Na tentativa há pratica de atos de execução, mas não chega o sujeito a consumação por circunstancias independentes de sua vontade”. (MIRABETE, 2005, p. 158)

A forma de punição da tentativa dá-se da seguinte maneira conforme o parágrafo único do art. 14³ do Código Penal.

²Art. 14: diz se o crime: II-Tentado quando iniciada a execução, não se consuma por circunstancias alheias a vontade do agente.

³ A tentativa é punida com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços

Como não houve a consumação de fato será verificado os princípios e os graus de lesividade da ação para que diante o exposto seja concluído uma parte da sentença.

3.2 CULPA

A Culpa está prevista no artigo 18, inciso II, do Código penal, que diz:

O Art. 18. Diz-se o crime:

II – culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

A culpa pode ser definida como voluntária omissão de diligência em calcular as consequências possíveis e previsíveis do próprio fato.

Existem dois tipos de culpa a culpa consciente e a inconsciente e a impropria, a *culpa consciente* ou com previsão, o sujeito prevê o resultado, mais não queria chegar no final.

Já a *culpa inconsciente* ou sem previsão, o sujeito não imagina que o resultado final se efetive.

A *culpa imprópria* é de algo voluntário, onde o agente quer o resultado, porém sua vontade está entre erro de fato vencível ou inescusável.

Capez traz que a imprudência é

Culpa de quem age, ou seja, aquela que surge durante a realização de um fato sem o cuidado necessário. Pode ser definida como a ação descuidada. A imprudência tem forma ativa. Trata-se de um agir sem a cautela necessária. É forma militante e positiva da culpa, consiste no atuar do agente com precipitação, insensatez ou inconsideração, já por não atentar para a lição dos fatos ordinários, já por não preservar no que a razão indica. (CAPEZ, 2011, p. 186)

Já que a imprudência é a falta de cuidados que acarretam para o resultado de um fato antijurídico.

Já a negligenciara-se no início da ação quando o indivíduo sabendo que se cometer o ato, poderá ser configurado como ato culposo.

Capez, conceitua que consiste a negligência, citando o posicionamento do doutrinador Magalhães Noronha:

Negligência é a culpa na sua forma omissiva. Consiste em deixar alguém de tomar o cuidado devido antes de começar a agir. Ao contrário da imprudência, que ocorre duração a ação, a negligência dá-se sempre antes

do início da conduta. Implica, pois, a abstenção de um comportamento que era devido. O negligente deixa de tomar, antes de agir, as cautelas que deveria. Novamente MAGALHÃES NORONHA é objetivo: No sentido do Código, ela é a inação, inércia e passividade. Decorre de inatividade material (corpórea) ou subjetiva (psíquica). Reduz-se a um comportamento negativo. Negligente é quem, podendo e devendo agir de determinado modo, por indolência ou preguiça mental, não age ou se comporta de modo diverso. (CAPEZ *apud* NORONHA, 2011, p. 186)

Se o indivíduo independente de imprudência ou imperícia decide seguir adiante com o ato, é presumido que ele assuma toda a culpa que venha a ser ocasionada através do seu ato.

Mirabete afirma que “no crime culposo o que importa não é o fim do agente, mas o modo e a forma imprópria com que atua”. (MIRABETE, 2005, p. 145)

Conclui-se então que a culpa ela e prevista devido a falta de cuidados, e de inobservância, que devido a esses atos, concluíram um comportamento e resultado não planejado.

3.3 DOLO

O dolo refere-se a vontade consciente de praticar uma conduta, prevista em uma norma penal, onde há vontade para cometer a conduta delituosa. Sendo o dolo o elemento psicológico da conduta é necessário dois elementos, a vontade e a consciência.

De acordo com o Art. 18 do código penal,

Diz-se o crime:

I - Doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.

Existem duas modalidades de dolo, sendo elas o dolo direto e o dolo eventual.

3.3.1 Dolo Direto

O dolo direto para Nucci:

É a vontade dirigida especificamente à produção do resultado típico, abrangendo os meios utilizados para tanto. Exemplo: o agente quer subtrair bens da vítima, valendo-se de grave ameaça. Dirigindo-se ao

ofendido, aponta-lhe um revólver, anuncia o assalto e carrega consigo os bens encontrados em seu poder. A vontade se encaixa com perfeição ao resultado. É também denominado dolo de primeiro grau. (NUCCI, 2016, p. 220)

O dolo direto é quando o agente comete delito, sabendo que há na norma jurídica uma sanção para aquele ato e mesmo assim cometerá uma conduta ilícita, tendo consciência necessária, e a vontade para prosseguir sua conduta.

Noronha afirma: “existe ele quando o evento corresponde à vontade do sujeito ativo. Exemplo um indivíduo quer matar outro desfere um tiro e prostra-o sem vida”. (1999, p. 138).

Nucci, cita outro exemplo quanto ao dolo direto de segundo grau:

O exemplo é do matador que, pretendendo atingir determinada pessoa, situada em lugar público, planta uma bomba, que, ao detonar, certamente matará outras pessoas ao redor. Ainda que não quisesse atingir essas outras vítimas, tem por certo o resultado caso a bomba estoure como planejado. (NUCCI, 2016, p. 221).

Por fim, no dolo direto é notório que a possibilidade de chegar ao resultado é completo de possibilidades, sendo assim, não deixa de existir dolo se o agente desfere contra a vítima sem a certeza de que ela irá morrer.

3.3.2 Dolo Eventual

O dolo eventual é caracterizado quando o agente não busca o resultado, possui duas formas o eventual, quando o agente pretende um resultado, e o dolo alternativo que é quando o agente procura os meios necessários para finalização do ato.

Segundo Miguel Reale Júnior:

O dolo eventual ocorre quando o agente assumiu o risco de produzir o resultado. Dessa forma, a ação não tem o fim direto de cometer crime, que se mostra, no entanto, como eventual. Daí a doutrina ter proposto que se configuraria o dolo se houvesse a possibilidade de ocorrer o evento, ou, em grau mais acentuado, a probabilidade. (REALE, 2009, p. 227)

Porém, conforme Celso Delmanto “o agente, conscientemente, admite e aceita o risco de produzir o resultado”. No dolo eventual o agente sabe que o evento lesivo pode ocorrer, mas age indiferentemente, aceitando o risco da produção do evento danoso. (CELSO, 2000, p. 43)

Para Damásio de Jesus:

O dolo eventual caracteriza-se pela presença de duas características elementares: a previsibilidade objetiva, que é a possibilidade do agente antever que a conduta a ser percorrida poderá produzir um resultado danoso (devendo esta previsibilidade se nortear pelo discernimento que um cidadão comum teria na mesma situação); e a anuência do autor para com este possível resultado (indiferença). (DAMÁSIO, 2005, p. 201).

Por fim, é importante que sejam entendidos esses tipos de dolo, para que não haja confusão quanto ao entendimento, já que ambos possuem a consciência.

4. DO CRIME IMPOSSÍVEL

4.1 CONCEITO

Antes de analisarmos o caso concreto sobre o crime impossível é importante que se possa fazer uma breve síntese da ideia de impossibilidade, conforme expressamente consignado na norma penal (art. 17 do CPB), *verbis*:

Art. 17. Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.

Diversos doutrinadores dissertam sobre o instituto do crime impossível, MIRABETE (2005, p. 145) entende que “as espécies diferentes de crime impossível são espécies em que a ação representa atos que, se fossem idôneos os meios ou próprios os objetos, seriam princípio de execução de um crime”. Entretanto, não exclui a existência da tentativa a utilização de meio relativamente inidôneo, quando há perigo, ainda que mínimo para o bem jurídico que o agente pretende atingir.

Para Nucci, o crime impossível consiste na tentativa não punível, isto se dá pelo fato de sua utilidade, inadequada ou quase crime, o agente se vale de meios absolutamente ineficazes ou volta-se contra objetos absolutamente impróprios, tornando impossível a consumação do crime. (NUCCI, 2016, p. 334)

De seu turno, ROSA convencionou chamar de crime impossível a atitude do agente, quando o objeto pretendido não pode ser alcançado dada a ineficácia absoluta do meio, ou pela absoluta impropriedade do objeto. (ROSA, 1995, p.312)

Faz-se necessário, a partir do estudo do conceito de crime impossível desenvolvido pelos autores acima mencionados, buscar uma maior compreensão das categorias de ineficácia absoluta do meio e absoluta impropriedade do objeto. O instituto ao que se denomina crime impossível ou quase-crime apresenta-se em três espécies que são delito impossível por ineficácia absoluta do meio, delito impossível por impropriedade absoluta do objeto material, crime impossível por obra de agente provocador.

4.2 INEFICÁCIA ABSOLUTA DO MEIO

A forma que é utilizado para uma possível consumação delitiva não é capaz de provocar e concluir delito, mais um contexto geral o meio utilizado.

DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS ocorre crime impossível quando o meio empregado pelo agente, pela sua própria natureza, é absolutamente ineficaz para produzir o evento. (DAMÁSIO, 2005, p. 303)

Acerca da impropriedade do objeto WELZEL assevera que é relativa quando a inexistência da coisa ou pessoa, sobre a qual se exerce a atividade executiva, é eventual (WELZEL, 2004, p. 357).

Visto como a doutrina trata da categoria ineficácia absoluta do meio a respeito do que pode ser considerado como ineficácia absoluta do meio:

TJ-RS - Apelação Crime: ACR 70045286614 RS - APELAÇÃO CRIMINAL. TENTATIVA DE FURTO. CRIME IMPOSSÍVEL. VIABILIDADE. VIGILÂNCIA. INEFICÁCIA ABSOLUTA DO MEIO. ABSOLVIÇÃO. Configurado o crime impossível, eis que a empreitada criminosa foi observada pelos seguranças da loja vitimada, os quais aguardaram o momento apropriado para abordagem do agente. Permanente vigilância que tem o condão de caracterizar a ineficácia absoluta do meio empregado pelo acusado. APELO DEFENSIVO PROVIDO. UNÂNIME. (Processo: ACR 70045286614 RS. Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório. Julgamento: 22/03/2012.13)

Outro exemplo que ineficácia absoluta do meio se vê nos casos de falso documental grosseiro, perceptível de plano:

TRF-2 - APELAÇÃO CRIMINAL: ACR 200951018060457 RJ 2009.51.01.806045-7 - PENAL. FALSIFICAÇÃO E USO DE DOCUMENTO PÚBLICO (ARTS. 297 E 304, AMBOS DO CP). DIPLOMA E HISTÓRICO ESCOLAR FALSOS. FALSIFICAÇÃO GROSSEIRA. INEFICÁCIA ABSOLUTA DO MEIO. CRIME IMPOSSÍVEL (ART. 17 DO CP). ABSOLVIÇÃO MANTIDA. 1. In caso, o conjunto probatório constante dos autos revela que a falsificação do diploma bem como do histórico escolar é perceptível de plano, e, portanto, inapta a iludir qualquer pessoa, restando claro que o meio utilizado pelo agente não se investiu de eficácia ao cometimento do delito imputado. 2. Da mera visualização dos documentos falsos em comento, é possível ao homem médio vislumbrar a sua inautenticidade, comprovando que não foram capazes de iludir o órgão ao qual se destinavam, não tendo sido atingido o objetivo pretendido com a falsificação, que seria a inclusão da qualificação profissional e obtenção de nova carteira do CREA/RJ. 3. Mantida a absolvição do Réu em face da atipicidade do crime imputado ao mesmo. 4. Recurso conhecido e improvido. Processo: ACR

200951018060457 RJ 2009.51.01.806045-7. (Relator: Juiz Federal Convocado ALFREDO JARA MOURA. Julgamento: 11/05/2011. Órgão julgador: PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA. Publicação: EDJF2R - Data:19/05/2011)

Observando o as jurisprudências acima acerca do tema de ineficácia absoluta do meio, relata na impossibilidade do instrumento utilizado para consumir o delito seja qual for a forma. Como no caso dos exemplos acima onde na primeira jurisprudência havia observação dos vigilantes e no caso da segunda jurisprudência, onde configurou na ineficácia, pois era perceptível sua falsificação, é nítido na situação de ambos os casos apresentados que os bens jurídicos não sofreram risco algum, assim, eis um cenário em que reconhecido o crime impossível para além dos exemplos clássicos da doutrina.

4.3 ABSOLUTA IMPROIBIDADE DO OBJETO

A absoluta impropriedade do objeto, acontece no momento em que o objeto do ato ilícito tenha perdido sua característica, e o ato praticado não conseguiu ser consumado, Capez, tem um posicionamento sobre o fato da seguinte maneira:

A impropriedade não pode ser relativa, pois nesse caso haverá tentativa. É o caso do ladrão que enfia a mão num bolso da vítima sendo que o dinheiro se encontra no outro bolso (CAPEZ, 2011, p. 236).

Ocorre a segunda hipótese quando o objeto é absolutamente impróprio para a realização do crime visado. Aqui também a inidoneidade tem de ser absoluta. Há crime impossível, por exemplo, nas manobras abortivas em mulher que não está grávida; no disparo de arma de fogo, com *animus necandi*, em cadáver." (BITENCOURT, 2000, p. 542)

O renomado jurista Antônio José Miguel Feu Rosa (1995, p.312) convencionou chamar de crime impossível "a atitude do agente, quando o objeto pretendido não pode ser alcançado dada a ineficácia absoluta do meio, ou pela absoluta impropriedade do objeto".

Segundo Damásio de Jesus:

A ineficácia e a impropriedade não recaem sobre o meio executório nem sobre o objeto material. A impossibilidade absoluta de o delito vir a alcançar o momento consumativo decorre do conjunto das medidas preventivas tomadas pelo provocador. (Damásio, 2005, p. 201)

A impropriedade não pode ser relativa ela tem que ser absoluta, se não será respondido como tentativa.

Outro fato é quando o indivíduo encontra um velório de seu rival e difere contra o rival vários disparos de arma de fogo, desprendendo assim de sua ira. Mesmo assim não responderá por homicídio nem tentativa, pois o indivíduo já havia perdido o objeto de tutela penal que foi a vida.

Uma vez analisada a doutrina a respeito da impropriedade absoluta do objeto, faz-se preciso verificar o que traz a jurisprudência:

TJ-RS - Embargos Infringentes: EI 70020956397 RS - EMBARGOS INFRINGENTES. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. CRIME IMPOSSÍVEL. INEXISTÊNCIA DO OBJETO QUE OS AGENTES PRETENDEM SUBTRAIR. ABSOLUTA IMPROPRIEDADE DO OBJETO. VOTO VENCIDO QUE SE TORNA PREVALENTE. ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE DO FATO. Processo: EI 70020956397 RS. Relator: João Batista Marques Tovo. Julgamento: 14/09/2007. Órgão julgador: Terceiro Grupo de Câmaras Criminais. Publicação: Diário da Justiça do dia 26/11/2007.

TJ-SP - Apelação : APL 993071243515 SP - Arma de fogo - Porte Ilegal - Inoperante a arma - Crime impossível - Não guardando a arma de fogo potencialidade lesiva, dada a incapacidade de produzir dano, está caracterizada a absoluta impropriedade do objeto, daí atípico o fato - Apelação do Ministério Público não provida, com modificação do fundamento da absolvição. Processo: APL 993071243515 SP. Relator: Luiz Francisco Del Giudice. Julgamento: 06/11/2009. Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Criminal C. Publicação: 22/12/2009.

TJ-SC - Apelação Criminal (Réu Preso): APR 629859 SC 2008.062985-9 - AÇÃO PENAL. TENTATIVA DE FURTO. CONTINUIDADE DELITIVA. AGENTES QUE NA POSSE DE UMA MIXA ENTRARAM EM VEÍCULOS E NADA SUBTRAÍRAM À MÍNGUA DE BENS DE VALOR. NARRATIVA DA DENÚNCIA NO SENTIDO DE QUE OS RÉUS ALMEJAVAM COISAS QUE ESTIVESSEM NO INTERIOR DOS AUTOMÓVEIS. IMPROPRIEDADE ABSOLUTA DO OBJETO MATERIAL. ART. 17 DO CÓDIGO PENAL. CRIME IMPOSSÍVEL CARACTERIZADO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. CIRCUNSTÂNCIA QUE APROVEITA AO CO-RÉU NÃO APELANTE POR FORÇA DO PRECEITO INSCRITO NO ART. 580 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. RECURSO PROVIDO. A impropriedade absoluta que caracteriza o crime impossível "dá-se quando inexiste o objeto material sobre o qual deveria recair a conduta, ou quando, pela

sua situação ou condição, torna impossível a produção do resultado visado pelo agente" (Jesus, Damásio E. de, Código Penal Anotado, 11. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 66). Se o agente não encontrou nada que tivesse interesse em subtrair do interior do veículo, que abriu com uma mixa, deixando-o intacto, caracterizou-se o crime impossível à míngua da absoluta impropriedade do objeto, o que torna a conduta atípica. Processo: APR 629859 SC 2008.062985-9. Relator: Sérgio Paladino. Julgamento: 24/03/2009. Órgão julgador: Segunda Câmara Criminal. Publicação: Apelação Criminal (Réu Preso) n. de Chapecó. Partes: Apelante: Joaquim Soares. Apelada: A Justiça, por seu Promotor Interessado: Adriano Bueno Ribeiro.

Observando os três julgamentos acima veja que há a absoluta impropriedade do objeto, mesmo os produtos dos crimes em diferentes situações descritos no primeiro julgado. Na jurisprudência de São Paulo a arma do crime era de conteúdo ineficaz, no último o agente entrou no veículo para consumir o crime, porém não conseguiu nada levar, devido, o carro não possuir outros objetos, e o carro estava sem motor. Sendo assim nenhum dos casos acima poderão sofrer penalidade pois o crime tornou impossível, observando absoluta impropriedade do objeto material.

Ou seja, a conclusão de que é do legislador a função para demonstrar e comparar crime impossível aos novos aparatos tecnológicos uma vez que o tema embate uma diversa discussão entre doutrinadores e julgadores.

Observa-se assim como é importante o questionamento sobre o crime diante do grande avanço tecnológico e onde as pessoas são vigiadas 24 horas por dia por câmeras de segurança, nas ruas, praças, bares, estádios de futebol, para adentrar nas residências, sendo cada vez mais constate o reconhecimento de digitais ou até mesmo ao íris dos olhos, devendo o legislador definir finalmente as circunstâncias geradoras do crime impossível.

4.4 TEORIAS RELATIVAS A PUNIBILIDADE DO CRIME IMPOSSÍVEL

As teorias existentes acerca do crime impossível têm sua base no Direito Penal Alemão do áureo século XIX, e surgiram quando da distinção do meio e do objeto, componentes essenciais para a prática delituosa como falado no capítulo anterior, onde faz-se necessário um estudo diferenciado sobre teorias que englobam o sistema de punibilidade.

A teoria subjetiva que fala que deve ser punido porque relevou vontade de delinquir; observa-se a intenção ou ato intencional do agente, independentemente de sua idoneidade e da sua eficácia, se o sujeito quis praticar o crime independente será configurado dolo.

A teoria Objetiva relata que não é punido porque objetivamente não houve perigo para a coletividade, podendo ser pura ou temperada; sempre haverá crime impossível, existem três tipos de teoria objetiva.

A teoria Objetiva pura, pois é sempre crime impossível se for absoluta, a teoria objetiva relativa, onde há tentativa.

4.5 FLAGRANTE E CRIME IMPOSSÍVEL

A nomenclatura flagrante, é um termo jurídico utilizado na indicação onde um criminoso foi pego no momento em que cometia o delito.

O Código de Processo Penal, relata em seu art. 283, *verbis*:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

De outro modo Renato Brasileiro acrescenta nos seguintes termos:

Extrai-se do art. 301 do CPP que qualquer do povo poderá prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito. Percebe-se, pois, que o particular (inclusive a própria vítima) tem a faculdade de prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito. Para o particular, portanto, a prisão em flagrante configura exercício regular de direito (BRASILEIRO, 2015, p. 1276).

Já a Prisão em flagrante é o ato constrictivo de liberdade, de natureza processual, do sujeito ativo do delito que está praticando ou acabou de praticá-lo.

Existem os tipos de flagrante. Vejamos.

4.5.1 Flagrante Preparado

Onde um terceiro provocador organiza uma situação onde induz o agente a cometer ato ilícito, por exemplo, no caso em que um policial finge comprar maconha e prende o traficante.

O autor é protagonista de uma farsa que não tem a menor chance de dar certo. Por essa razão, a jurisprudência considera a encenação do flagrante preparado uma 3ª espécie de crime impossível (Súmula 145 do STF).

Segue jurisprudências do caso em análise:

Cumpra registrar, neste ponto, por relevante, que a análise da alegada ocorrência de 'delito de ensaio' não se mostra superável com a mera prolação da sentença penal condenatória, mesmo porque a eventual constatação do 'flagrante preparado' terá como conseqüência a própria invalidação da 'persecutio criminis' (Súmula 145/STF). A jurisprudência desta Suprema Corte já firmou entendimento no sentido de que a comprovada ocorrência de "flagrante preparado" constitui situação apta a ensejar a nulidade radical do processo penal (RTJ 130/666, Rel. Min. Carlos Madeira - RTJ 140/936, Rel. Min. Ilmar Galvão – RTJ 153/614, Rel. Min. PAULO BROSSARD, v.g.). (HC 84723, Relator o Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgamento em 21.2.2006, DJe de 4.12.2013)

Quanto à segunda alegação, em que requer seja reconhecido o flagrante preparado, tenho para mim ser de todo irreparável a decisão proferida pelo STJ que assentou: 'o fato de os policiais condutores do flagrante terem se passado por consumidores de droga, como forma de possibilitar a negociação da substância entorpecente com o ora paciente e demais corréus, não provocou ou induziu os acusados ao cometimento do delito previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006, sobretudo porque o tipo do crime de tráfico é de ação múltipla, admitindo a fungibilidade entre os seus núcleos, consumando-se, apenas, com a guarda da substância entorpecente com o propósito de venda, conforme restou evidenciado na espécie'." (HC 105929, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgamento em 24.5.2011, DJe de 6.6.2011)

(...) 2. Crime impossível (Súmula 145): não ocorrência, no caso. O fato como descrito na denúncia amolda-se ao que a doutrina e a jurisprudência tem denominado flagrante esperado, dado que dele não se extrai que o paciente tenha sido provocado ou induzido à prática do crime." (HC 86066, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgamento em 6.9.2005, DJ de 21.10.2005)

4.5.2 Flagrante Esperado

Onde no flagrante esperado a polícia já fica atenta, sendo efetuada a prisão no primeiro momento sem demoras, por exemplo: ficar em diligência aguardando a chegada do traficante com a droga. O STJ decidiu que não existe flagrante preparado quando o crime não resulta da ação direta do agente provocador.

As jurisprudências sobre o flagrante preparado são claras, quanto a impossibilidade devido a tocais, onde foram feitos somente para flagrar o agente e não configurar um novo crime.

TJ-PE - Apelação APL 2588056 PE (TJ-PE) Data de publicação: 15/10/2013
 Ementa: PENAL. CORRUPÇÃO ATIVA. PRISÃO GRAVADA EM DVD E DEPOIMENTOS POLICIAIS. SÚM. 75, TJPE. PROVAS HARMÔNICAS. NEGATIVA DE AUTORIA. AFASTADA. FLAGRANTE PREPARADO E CRIME IMPOSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. PENA CORPÓREA. SUBSTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. SEM DISCREPÂNCIA. 1. Os depoimentos dos policiais não se invalidam pela sua condição funcional, sendo legítimas suas declarações, mormente quando noticiam com firmeza e sem contradições os fatos que testemunharam e são harmônicas com as demais provas. Súmula n. 75, TJPE: "É válido o depoimento de policial como meio de prova". 2. Descabe falar em flagrante preparado acarretando em crime impossível, pois o crime de corrupção passiva é formal consumando-se no momento da oferta da vantagem indevida e a prisão ocorreu no momento da entrega, a qual é mero exaurimento do delito. 3. Circunstâncias judiciais desfavoráveis em sua maioria tornando inviável a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, bem como a concessão do *sursis*. 4. Apelo a que se nega provimento. Sem discrepância.

TJ-PE - Apelação APL 2588056 PE (TJ-PE) Data de publicação: 15/10/2013
 Ementa: PENAL. CORRUPÇÃO ATIVA. PRISÃO GRAVADA EM DVD E DEPOIMENTOS POLICIAIS. SÚM. 75, TJPE. PROVAS HARMÔNICAS. NEGATIVA DE AUTORIA. AFASTADA. FLAGRANTE PREPARADO E CRIME IMPOSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. PENA CORPÓREA. SUBSTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. SEM DISCREPÂNCIA. 1. Os depoimentos dos policiais não se invalidam pela sua condição funcional, sendo legítimas suas declarações, mormente quando noticiam com firmeza e sem contradições os fatos que testemunharam e são harmônicas com as demais provas. Súmula n. 75, TJPE: "É válido o depoimento de policial como meio de prova".

TJ-PR - 8729048 PR 872904-8 (Acórdão) (TJ-PR) Data de publicação: 08/11/2012
 Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - CONDENAÇÃO - RECURSO -

ALEGAÇÃO DE FLAGRANTE PREPARADO E CRIME IMPOSSÍVEL - INOCORRÊNCIA - CONSUMAÇÃO DO CRIME PREEXISTINDO À INVESTIDA POLICIAL - AUSÊNCIA DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO - IRRELEVÂNCIA - APREENSÃO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE - CRIME PERMANENTE - MÉRITO - AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS SOBEJAMENTE COMPROVADAS - DEPOIMENTOS PRESTADOS PELOS POLICIAIS E DEMAIS ELEMENTOS CONSTANTES NOS AUTOS - PROVAS SUFICIENTES A ENSEJAR UM DECRETO CONDENATÓRIO - NARCOTRAFICÂNCIA EVIDENCIADA - ARGUIÇÃO DE SER APENAS USUÁRIO NÃO DEMONSTRADA - RECURSO DESPROVIDO. 1. Se a prisão do agente se deu em decorrência de atividade da polícia, sem que esta o tenha induzido a "guardar" ou "trazer consigo" substância entorpecente, incabível falar-se em flagrante preparado. Vale dizer, a consumação do crime de tráfico (delito de ação múltipla), in casu, já vinha se protraindo no tempo com o simples fato de o agente estar na posse da substância entorpecente. 2. Em casos de crimes permanentes, não se faz sequer necessária a expedição de mandado de busca e apreensão, sendo lícito à autoridade policial ingressar no interior do domicílio, a qualquer hora do dia ou da noite, para fazer cessar a prática criminosa, como no caso em questão, apreendendo a substância entorpecente nele encontrada. 3. A prova no tráfico de entorpecentes deve ser apreciada em seu conjunto, sendo desnecessária a confissão do acusado, quando a autoria e materialidade estiverem firmadas por outros elementos probatórios, indícios e presunções que levam à conclusão da responsabilidade penal do mesmo.

Por se tratar de um crime tão controverso exigiria um estudo mais amplo acerca da sua natureza, não se prendendo apenas em lei, mas sim, em todo o meio que o cerca.

CONCLUSÃO

O crime impossível no direito penal, acontece diariamente, em todos os lugares do mundo, muitos crimes são qualificados impossíveis, nem chegam a ser denunciados, por não terem um teor de potencial ofensivo, que pudesse chegar a lesão pretendida ou resultado final.

Por isso o objetivo do estudo é analisar concretamente o crime, e entender se o motivo pode chegar a um resultado delituoso, independente se houve a conclusão do crime ou não, se caso fique configurado como crime impossível, que seja analisado, que ainda que o indivíduo não seja acusado, deveria ser penalizado pela intenção de cometer o ato.

Imaginemos, que, se o indivíduo pegasse um revolver, porém o revolver fosse de brinquedo, não haveria violência, nem grave ameaça, mais, se o mesmo tendo a intenção, de assustar alguém significa que, em um determinado momento, esse indivíduo foi mal-intencionado, e em algum momento poderás sim utilizar os meios delituosos chegando a cometer o delito, portando um revolver com munição.

Uma outra posição para melhor abordarmos, foi o que pronunciei acima em uma jurisprudência que não foi configurado crime impossível, devido ao carro não possuir motor, mais se o carro possuísse motor não seria um crime, então porque o crime se tornou impossível, deveria ao menos o indivíduo responder pelo delito que pensou houve a ação mais não concluiu a tipificação do crime.

A conduta do agente deveria ser o maior contexto e também seu maior objeto observador, pois se o agente comete o delito pensa em cometer, já é um grande sinal para que as autoridades comecem a observar, melhor tão agente diante da sociedade.

Abordamos o conceito do direito penal, que fala o que era o direito penal, e sua conclusão antigamente existia a lei de talião olho por olho dente por dente que era necessário para a população recebe-la. A sua evolução e por fim sua parte especial e geral, muito utilizado como um norteador, aos juristas.

Também comentei sobre o princípio do direito penal, que tem sua base princípio logica para a conclusão final, ao magistrado em sua aplicação da pena, onde através desses princípios não ferirão a dignidade da pessoa humana.

Abordamos a tentativa, e suas diferenças de dolo e de culpabilidade no âmbito penal, e por fim chegamos no crime impossível.

A teoria adotada pelo direito penal, cujo é norteador em sua sentença e em sua avaliação para o resultado final, é a teoria objetiva sobre onde sempre recairá a conduta, seja absolutamente para produzir a finalidade do fato buscado.

Esses meios de delitos impossíveis, seja por ineficácia absoluta do meio, por improbidade absoluta do objeto material ou pela obra do agente provocador, o fim acabam justificando os meios e configura-se pela impossibilidade do produto final da não conclusão do delito.

Na atualidade alguns tribunais têm sido cruciais ao analisarem que pelo potencial ofensivo, a conduta já se configura crime, mais se analisarmos diante desta situação, veremos que o princípio do *in dubio pro réu* será crucial para uma decisão judicial.

A justificação do *in dubio pro reo* varia na doutrina, mas é possível identificar, como linha de fundo, uma ideia que percorre o pensamento ético-jurídico da humanidade, ainda que muitas vezes sem repercussões práticas no decorrer da história processual penal: é preferível absolver um culpado a condenar um inocente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 04 abr. 2018.

_____. **Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 22 mar. 2018.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/19088/19088_9.PDF> Acesso em: 21 abril 2018.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal: parte geral**. Volume 1, 63 edição. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRUNO, Anibal. **Direito penal: parte geral**. Tomos 1º e 2º, 4a edição. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

CAPEZ, Fernando. **Direito Penal Simplificado**. Parte Especial. 15ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal: parte geral**. Volume I. São Paulo: Saraiva, 1997.

CARNELUTTI, Francesco. **Metodologia do direito**. Campinas: Bookseller, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª edição. Coimbra: Almedina, 2003.

DELMANTO, Celso – **Código Penal Comentado** – Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal: parte geral**. 1º volume, 208 edição. São Paulo: Saraiva, 2005.

CALLEGARI, André Luís. **A tentativa e o crime impossível no código penal brasileiro**. Revista dos tribunais. Ano 87, v. 755, set. 1988.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 17ª ed. rev. e atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACHADO, Luiz Alberto. **Direito criminal: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.987.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Campinas, Millennium, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. 28ª edição. Lisboa: Estampa, 1989.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 18ª edição, volume I. São Paulo: Atlas, 2005.

MUNÓZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. Barcelona: Bosch, 2008.

NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito penal**. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal** - 13 ed. Saraiva, 2016.

PRADO, Luiz Regis, e RAMOS, João Gualberto Garcez. **A inconstitucionalidade do “direito penal do terror**. Curitiba: Juruá, 1991.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Teoria do delito**. 23ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Edição: 3. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2015.

ROSA, Antônio José Miguel Feu. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos do Direito Penal**. Editora Saraiva, 2001.

THEORODO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil - Vol. II - 47ª** Editora Saraiva, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WELZEL, Hans, **Direito Penal Alemão**. Ed. Romana, Campinas-SP: 2004.