

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXV CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA

ACIR BRAGA JUNIOR

OS PONTOS MAIS INTRIGANTES DA TEORIA DA TENTATIVA

CURITIBA

2007

ACIR BRAGA JUNIOR

OS PONTOS MAIS INTRIGANTES DA TEORIA DA TENTATIVA

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Sob a orientação do Professor Roberto Luiz Santos Negrão.

CURITIBA

2007

ACIR BRAGA JUNIOR

OS PONTOS MAIS INTRIGANTES DA TEORIA DA TENTATIVA

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte Banca Examinadora.

Orientador: Roberto Luiz Santos Negrão

1º Avaliador:

Curitiba, 25 de Novembro de 2007.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho primeiramente a Deus por me permitir alcançar mais este degrau em minha carreira, me conduzindo por um caminho de honestidade e sabedoria, não me esquecendo de minha família, meus pais e a minha amada esposa, pilares de sustentação para enfrentar os momentos difíceis, e turbulentos.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, e agora também amigo Prof. Roberto Luiz Santos Negrão, que me conduziu na realização desta monografia, sempre contribuindo com seu vasto conhecimento, paciência e cordialidade que lhe são características, os meus agradecimentos especiais.

Aos meus pais, minha amada esposa, meus familiares e aos meus verdadeiros amigos, presentes em todos os momentos, grandes incentivadores dos meus esforços, meus sinceros agradecimentos pelo apoio que me deram na elaboração desse trabalho.

SUMÁRIO

RESUMO	vii
INTRODUÇÃO	1
1 DO DELITO	4
1.1 NATUREZA JURÍDICA	4
1.2 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DA TENTATIVA	6
1.3 TENTATIVA E INTENÇÃO.....	7
2 DA CONDUTA	9
2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS.....	9
2.2 TEORIAS DA AÇÃO	10
2.3.1 Teoria Social da Ação	10
2.3.2 Teoria Finalista da Ação.....	11
2.2.3 Teoria Jurídico-Penal da Ação	13
2.3 FORMAS DE CONDUTA.....	15
2.3.1 Ação.....	15
2.3.2 Omissão	15
3 O ITER CRIMINIS	17
3.1 OS ATOS PREPARATÓRIOS	17
3.2 OS ATOS DE TENTATIVA.....	18
3.3 A CONSUMAÇÃO E O EXAURIMENTO	19
4 O FUNDAMENTO DA PUNIÇÃO DA TENTATIVA	21
4.1 A BASE DA PUNIÇÃO DA TENTATIVA NO NOSSO CÓDIGO.....	21
4.2 A CONSUMAÇÃO COMO LIMITE DA TENTATIVA	23
4.3 PENA NA TENTATIVA	24
5 A TIPICIDADE DA TENTATIVA	27
5.1 CULPABILIDADE E TENTATIVA	27
5.2 O DOLO NA TENTATIVA.....	28
5.2 A TIPICIDADE SUBJETIVA.....	30
6 A TENTATIVA INIDÔNEA	32
6.1 SUA NATUREZA E FUNDAMENTOS	32

6.2 A TENTATIVA INIDÔNEA, O CRIME IMAGINÁRIO OU PUTATIVO E A AUSÊNCIA DE TIPO	33
6.3 O LIMITE ENTRE TENTATIVA IDÔNEA E INIDÔNEA.....	35
7 A TENTATIVA NA ESTRUTURA TÍPICA OMISSIVA	37
7.1 A TENTATIVA ACABADA E A TENTATIVA INACABADA.....	37
7.2 A TENTATIVA NA OMISSÃO PRÓPRIA OU INAÇÃO.....	38
8 A PENA DA TENTATIVA.....	40
8.1 ESCORÇO HISTÓRICO	40
8.2 A DOCTRINA DA PENA APLICÁVEL À TENTATIVA	41
8.3 OS CRIMES QUE NÃO ADIMITEM TENTATIVA	42
8.4 A DISPOSIÇÃO DO ART. 14, PARAGRAFO ÚNICO DO CÓDIGO PENAL	43
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	45
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	49
ANEXOS.....	50

RESUMO

A presente monografia versa sobre a problemática existente na teoria da tentativa, na qual a ciência penal encontra um de seus pontos mais árduos, e a matéria teórica a seu respeito precisa ser exposta de maneira clara e metódica para que, além de bem compreendida, possa fornecer parâmetros seguros para o exame tanto quanto para o julgamento dos casos concretos, nos seus mais variados aspectos, com os quais nos deparamos diariamente.

Não é simples expor um tema que apresenta dificuldades intrínsecas quase que insolúveis. Sabe-se que este assunto tem sido muito discutido e amplamente debatido sem ainda ter uma posição definida. Tratando assim de maneira direta, objetiva e bem fundamentada, do disposto no art. 14, inciso II, do nosso código Penal.

A escolha do referido tema, responde ao grande desejo que alguns operadores do direito têm, de contribuir para o esclarecimento dos limites da proibição, os quais ficam obscuros na tentativa, buscando dessa maneira certeza dentro desse nosso sistema contraditório e, às vezes, paradoxal Direito Penal.

Demonstrando que a razão da punibilidade do delito imperfeito está no dano mediato ou indireto que abrange o alarme produzido pelo caráter perigoso do ato.

Pois no delito imperfeito não se produz o resultado, que consumaria a violação do direito protegido pela lei, mas existe a possibilidade de o resultado acontecer, perturbando igualmente a paz jurídica e criando o alarme social, enfraquecendo no homem a sensação da própria segurança. É exatamente por este motivo que a tentativa é punida, embora de forma mais branda que o delito perfeito.

Observa-se que a única caracterização possível da tentativa como delito imperfeito, está em entendê-la dentro da estrutura finalista.

Tratou-se no decorrer dessa monografia dos delitos, principalmente dos de natureza imperfeita, envolvendo-se na natureza jurídica do delito imperfeito, tratando também dos elementos os quais constituem a tentativa, buscando também discorrer sobre a tentativa e a intenção. Onde observou-se que não existe uma tentativa sem que haja intenção de se consumir o delito ao qual o agente se propôs a praticar, onde o

mesmo não ocorrendo por circunstâncias alheias a vontade do agente.

No que é pertinente, adentramos no estudo da conduta do agente, no que se fizeram considerações gerais sobre o tema, verificando as diferentes teorias com relação à ação da conduta do agente, e as formas de ocorrência dessa conduta.

Não se poderia deixar de observar, e de aprofundar-se em um dos pontos de maior problemática na teoria da tentativa, o *Iter Criminis*, tratando-se assim dos chamados atos preparatórios, logo após análise dos atos de tentativa, não esquecendo de trabalhar com o conceito de consumação e de exaurimento.

Verificamos o fundamento existente na punição da tentativa, a sua base legal em nosso código penal, tendo entendido que a consumação é o limite da possibilidade de ocorrência da tentativa, e a pena a qual deve ser empregada ao crime tentado.

Foi verificado o conceito da tipicidade da tentativa, a ocorrência da culpabilidade na tentativa, o dolo sempre essencial para a tentativa, e por fim a tipicidade subjetiva. Analisou-se a tentativa inidônea, sua natureza e seus fundamentos, a tentativa inidônea que também é conhecida como crime impossível, pois existe a ausência de tipo, e o limite entre a tentativa idônea e a tentativa inidônea.

A tentativa na estrutura típica omissiva também foi assunto deste trabalho monográfico, o qual analisou dentro deste tópico a tentativa acabada e a tentativa inacabada, a tentativa na omissão própria ou inação.

Adentramos na pesquisa da pena da tentativa, em seu escorço histórico, a doutrina da pena aplicável à tentativa, mas também dos crimes os quais não admitem a possibilidade do crime tentado, e ao fim a disposição do art. 14 em seu parágrafo único de nosso código penal. Finalizando assim está pesquisa, na qual se procurou demonstrar este assunto prolixo, e difícil de ser tratado. Veremos que na tentativa, a ciência penal encontra um de seus pontos mais árduos, e a matéria teórica a seu respeito precisa ser exposta de maneira clara e metódica para que, além de bem compreendida, possa fornecer parâmetros seguros para o exame tanto quanto para o julgamento dos casos concretos, nos seus mais variados aspectos, com os quais nos deparamos diariamente.

INTRODUÇÃO

Tentativa é o ato pelo qual se procura, sem êxito, atingir algum resultado. Já a Tentativa de Crime, é aquela em que o crime é iniciado, mais não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente, sendo dessa forma punida com uma pena inferior à do crime consumado.

Não é simples expor um tema que apresenta dificuldades intrínsecas quase insolúveis. O assunto é por demais prolixo e difícilimo de ser trado, um tormento e até mesmo martírio para muitos criminalistas, a tentativa tem sido um “prato suculento” e ponto de discórdia entre os doutores e os legisladores do direito de punir.

As discussões sobre o tema já vem de muitos anos, e muitas das dificuldades ainda não foram sanadas. Não se querendo aqui apresentar uma tese milagrosa ou mágica para solucionar definitivamente, um dos mais complicados capítulos da Parte Geral do Código Penal.

Nos crimes em que o dano se destaca da ação e esta se desenrola por uma trilha condizente à produção do resultado danoso (crime de resultado material), o legislador pune esta ação mesmo quando está não venha efetivamente a atingir o seu resultado, criando-se assim, uma situação perigosa ao bem jurídico, que não foi lesado por circunstâncias alheias a vontade do agente, pois a ação era potencialmente lesiva.

A escolha do referido tema, responde ao grande desejo que alguns operadores do direito têm, de contribuir para o esclarecimento dos limites da proibição, os quais ficam obscuros na tentativa, buscando dessa maneira certeza dentro desse nosso sistema contraditório e, às vezes, paradoxal Direito Penal.

Demonstrando que a razão da punibilidade do delito imperfeito está no dano mediato ou indireto que abrange o alarme produzido pelo caráter perigoso do ato.

Pois no delito imperfeito não se produz o resultado, que consumaria a violação do direito protegido pela lei, mas existe a possibilidade de o resultado acontecer, perturbando igualmente a paz jurídica e criando o alarme social, enfraquecendo no homem a sensação da própria segurança. É exatamente por este motivo que a tentativa

é punida, embora de forma mais branda que o delito perfeito.

Observa-se que a única caracterização possível da tentativa como delito imperfeito, está em entendê-la dentro da estrutura finalista.

A proteção ao bem jurídico destarte se antecipa, e é relevante o perigo criado em razão da intenção de lesar ter sido posta em atividade, combinando-se um dado objetivo consistente no perigo a que resta submetido o bem jurídico com a vontade de dar causa a um delito perfeito, cujo ponto final seria o efeito dano. Há na tentativa, o perigo de realização do delito, e a intenção de consumá-lo por meio de uma conduta idônea à realização concreta da consumação.

A pesquisa realizada nesse trabalho parte de uma teoria do crime em que o dolo e a culpa são formas de tipicidade, um esquema já bem conhecido, pois que adotado por diversos autores contemporâneos, como Julio Fabbrini Mirabete, Miguel Reale Junior, dentre outros.

A escolha desse tema corresponde ao permanente desejo dos operadores do direito em contribuir para o esclarecimento dos limites da proibição, os quais sempre ficam obscuros na tentativa, no que faz parte da vontade geral de procurar certeza e segurança jurídica em nosso contraditório e, às vezes, paradoxal Direito Penal.

Veremos que na tentativa, a ciência penal encontra um de seus pontos mais árduos, e a matéria teórica a seu respeito precisa ser exposta de maneira clara e metódica para que, além de bem compreendida, possa fornecer parâmetros seguros para o exame tanto quanto para o julgamento dos casos concretos, nos seus mais variados aspectos, com os quais nos deparamos diariamente.

A difícil distinção entre atos preparatórios e de execução vem resolvida pela compreensão material de delito, afastando-se a possibilidade de uma solução no âmbito exclusivamente teórico, pois só na análise dos casos singulares constatar-se-á a ocorrência de atos ameaçadores ao ente que o Direito considera que o homem necessita para a sua auto-realização.

O estilo de vida atual, radicalmente transformado com a moderna tecnologia, modificou os alicerces do passado e hoje, mesmo podendo ter contato com o mundo

todo por meio de um simples computador, o que poderia traduzir-se por agilidade e, conseqüentemente, por economia de tempo, não dispomos mais de tempo suficiente para buscar critérios de julgamento para a matéria em questão nos clássicos, volumosos e seculares trabalhos em que se encontram guardados os verdadeiros tesouros de sabedoria e experiência.

Diante dessa nova realidade, a forma mais sensata de transmitir conhecimento sobre o tema é condensando-se em poucas linhas, reduzindo a argumentação, dando ênfase à essência e, em uma bem elaborada síntese, dizer apenas o necessário e suficiente para que possa ser bem compreendido.

1 DO DELITO

1.1 NATUREZA JURÍDICA

Trata-se de norma de extensão cuja finalidade é proporcionar a punição do autor da tentativa através de uma adequação típica mediata. Deve-se então analisar os termos do art. 14, II do Código Penal, em que se considera tentado o crime quando o agente inicia a execução, mas não consegue consuma-lo por circunstâncias alheias à sua vontade.

Portanto a tentativa, possui dois requisitos: primeiro que a execução do crime se tenha iniciado, e segundo que a consumação não tenha ocorrido por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Salvo se houver disposição em contrario pune-se a tentativa com a mesma pena do crime consumado, reduzida de um terço até dois terços. Sendo que o critério que o juiz deverá utilizar em relação ao quantum da diminuição da pena é a maior ou menor proximidade da consumação do ato criminoso. Ou seja, quanto mais próxima à consumação do crime menor será a redução da pena.

Há crimes, entretanto em que o legislador equipara o crime tentado ao consumado, punindo-os com a mesma pena. É o que ocorre, por exemplo, no crime do art. 352 do Código Penal, que pune com detenção de 3 meses a 1 ano o preso que se evade ou *tenta* evadir-se usando de violência contra a pessoa. Quando o legislador pune igualmente o crime tentado e o consumado, a doutrina chama o delito de crime de atentado.

“Percebe-se, assim, que foi adotada a teoria *objetiva*, na qual a punição do autor de crime tentado é menor que a do autor de delito consumado, já que na tentativa ocorre menor ofensa ao bem jurídico tutelado. Pela teoria *subjetiva*, que foi adotada apenas excepcionalmente (na hipótese mencionada no parágrafo anterior), a pena do crime tentado e do consumado deve ser a mesma, porque em ambos a intenção do

agente também é a mesma”¹.

Sendo que para a existência do crime, é indispensável que a pessoa esteja no bom uso de sua razão, ou seja, conscientemente capaz de discernir entre o bem e o mal, e em condições de liberdade para o exercício de suas determinações e de seus atos, e, salvo raras exceções, que tenha sido movida por intenção criminosa. O delito é um conceito jurídico que se compõe pela integração de elementos de duas naturezas distintas: material e moral.

Seguindo as teorias utilitárias ou objetivas, os que consideram a pena como meio de defesa social se valem das palavras de Bentham para definir delito: “‘Todo ato que se julga dever ser proibido em razão de algum mal, que faz nascer ou tende a fazer nascer’”.

Delito (do latim *delictum*, de *delinquere*), em sua concepção mais ampla, indica um desvio da linha do dever e, portanto, constitui uma infração punível. Porém, criminalisticamente falando, o significado do termo se restringe ao ato violador do direito, o qual é passível de pena pública, ou seja, de pena estabelecida pela lei.

Constitui delito penal todo fato que, por sua natureza e pela punição que lhe é infligida, entra no domínio das prescrições de interesse geral, pois o delito é essencialmente contrário às condições fundamentais da vida coletiva.

Adotando o sistema de bipartições, nos moldes dos códigos da Itália e da Holanda, sistema esse geralmente admitido pelas codificações atuais, o nosso Código Penal classifica as infrações criminais em dois grupos: *crimes* e *contravenções*.

Fica claro, então, que “‘todos os aspectos puníveis, qualquer que seja a sua natureza, podem, à luz do sistema de bipartição e diante do nosso direito positivo, se denominar *delitos*, ou seja, entidade genérica que se divide em duas espécies, que são o *crime* e a *contravenção*’”².

Sob a tônica simplificadora da época atual, criminalistas contemporâneos estão relegando tricotomia dos códigos francês e alemão e orientando-se no sentido da

¹ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios, **Sinopses Jurídicas**. p. 64.

² CAVALCANTI, José Luiz Ramos, **Crime Tentado**. p. 19.

bipartição das ações delituosas, de acordo com a gravidade objetiva do fato, mas nem por isso, no que tange às contravenções, deixaram de se deparar com a dificultosa tarefa relativa à natureza jurídica e à tentativa dessas transgressões.

Tendo assim o agente percorrido todo o *iter criminis* e atingindo o seu objetivo, a violação do direito protegido pela lei penal se consuma e o delito é perfeito, se, porém, a despeito de atos exteriores executados pelo autor com determinado fim criminoso, a violação do direito não se realiza, o delito é incompleto ou imperfeito, caracterizando uma tentativa.

1.2 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DA TENTATIVA

Sendo o delito um conceito jurídico, em cuja formação entram elementos morais e materiais, deve-se reconhecer a possibilidade de sua imperfeição tanto na preparação quanto na execução, ou seja, deve-se admitir a existência do delito imperfeito. Ou seja, o dolo é essencial à tentativa, sendo assim, não há tentativa em crime culposos.

Considerando assim o delito em sua face ontológica, foi fixado o critério de sua imperfeição a partir de seus elementos materiais. Sendo assim o delito é entendido como imperfeito, como indicado pela própria etimologia da palavra, quando ele não se completa com a realização do efeito desejado, ou seja, uma vez que o delito é a violação do direito protegido pela lei penal, ele é imperfeito quando a violação não se consuma.

Tendo em vista que delito imperfeito e tentativa são expressões sinônimas, que apontam para o ato voluntário destinado à obtenção de um resultado, incriminado por lei, sem que este se produza, significando dessa forma que o agente executou deliberadamente atos exteriores capazes de produzir a violação da lei mas que o seu intento não foi consumado.

A grande dificuldade existente na construção da teoria da tentativa está na forma de fundamentar a sua incriminação. Acontece que o caráter delituoso ou a razão de ser da pena para a tentativa não está apenas na temibilidade do delinqüente, pois, se

assim fosse, punir-se-ia a intenção em vez do ato injurídico, a pena teria o alcance meramente utilitário da prevenção e não corresponderia ao seu fim todo repressivo e retributivo.

“Trata-se do perigo realmente ocorrido, sucedâneo do dano ou lesão e não de mera previsão, trata-se da periculosidade resultante do próprio ato ameaçador da lesão, certo, determinado e direto, e não, apenas, do temor conseqüente da resolução de delinqüir”.³

Cabe aqui mencionar, como parte integrante do delito, o elemento moral e, obviamente, ninguém pode responder por um acontecimento fortuito ou que tenha sido imprevisto, meramente acidental ou de força maior e que não foi resultado do exercício consciente da vontade, que move as ações humanas.

Ou seja, intenção criminosa na verdade, é a direção da vontade para o ato que viola a lei penal, apresentando graduações, a partir da inteligência e liberdade do autor, podendo culminar em obra dolosa ou intencional, com *animus delinquendi*, que é a resolução de lesar um direito protegido pela lei, presumidamente conhecido pelo agente, e obter as conseqüências danosas da sua ação ou omissão. A consciência do fato, nos termos em que a proibição legal o prevê, constitui o elemento moral da contravenção.

1.3 TENTATIVA E INTENÇÃO

É inadmissível pressupor que a tentativa de uma infração tenha sido inintencional, e que haja ocorrido a tentativa de um delito que se não tem em mente, pois ninguém “tenta” cometer um homicídio, por exemplo, por negligência ou imprudência. Desta forma tem-se que, não há tentativa sem intenção, o que é muito lógico, uma vez que, sem está, faltaria uma das partes integrantes para a composição da figura delituosa caso a tentativa produzisse o resultado esperado pelo seu agente. Sendo que no delito imperfeito, o elemento intencional é condição de existência.

³ CAVALCANTI, José Luiz Ramos, **Crime Tentado**, p. 25.

São inconfundíveis, porém, os atos de imprudência essencialmente praticados sem intenção, e os de violência prestados sob o domínio de uma paixão, que, mesmo reduzindo a capacidade de reflexão, não implica, todavia, a inexistência da intenção.

Concluimos dessa maneira que a intenção de praticar o ato delituoso estará sempre constante no delito tentado, mais precisamente a intenção de concluir o ato criminoso e que este seja bem sucedido, pois sabemos que na tentativa o mesmo não se consuma por circunstâncias alheias a vontade do agente.

Dessa forma nunca ocorrerá tentativa sem intenção, como também nunca ocorrerá intenção de tentativa, pois como já foi dito anteriormente, e como a lei impõe, o crime tentado é aquele no qual o indivíduo pratica todos os atos para a consumação do crime pretendido, mas o mesmo não se consuma por circunstâncias alheias a sua própria vontade.

Ou seja, a intenção que preside à atuação do agente é definidora do crime que se pretendia perpetrar. Pois se alguém pula o muro para penetrar na residência de outrem, e foge por ter sido visto, é admissível que o agente poderia estar pretendendo matar o proprietário, estuprar sua filha ou furtar seu dinheiro.

2 DA CONDUTA

2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Há vários anos, o sistema jurídico penal é formado por diversas normas dirigidas aos seres humanos e que proíbem, determinam ou permitem fazer ou não fazer algo. Essas normas são dirigidas a todos aqueles capazes de realizar a ação proibida ou de omitir a determinada, e que, nas circunstâncias, tenha o dever de realização ou de abstenção do ato. Assim, pode-se afirmar que a ação humana consiste sempre em uma atividade humana, que pode ser comissiva ou omissiva, e que é dirigida a uma determinada finalidade. A ação ou omissão humana deve ser produto de uma vontade, capaz de orientar-se pelo dever-ser da norma.

Conduta é a ação humana, pois somente os seres humanos são capazes de manifestar a sua vontade através de um fazer ou não fazer. A conduta não pode ser dos animais, pois estes são irracionais. Somente os homens podem ouvir e entender as normas jurídicas que a ele são dirigidas e comportar-se ou não, conforme o estabelecido pelo Direito. Destarte, só os seres humanos podem cometer crimes⁴, e o fazem de duas formas: a comissão e a omissão de atos. A essas duas formas designamos de “ação humana”, que, em sentido amplo, designa tanto a ação (positiva) quanto à omissão (negativa). Ambas são, em determinadas circunstâncias, dominadas pela vontade e, por isso, podem ser dirigidas finalisticamente, ou seja, visando conseguir determinados objetivos⁵.

Da ação exsurge o princípio do *nullum crimen sine actione* que, entre nós, constitui norma legislativa, consubstanciada no art. 13 do Código Penal.

Não podemos esquivar-se do estudo da ação, da conduta humana, para que se possa seguir um caminho lógico até chegar ao objeto principal deste trabalho. Para tanto, é necessário analisar as teorias da ação, às quais esse estudo ater-se-á a partir de agora.

⁴ Não se entrará aqui na discussão acerca da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, a qual passou a ser fortemente debatida após a edição da Lei nº 9.605/98 – Lei dos Crimes Ambientais. Há posições que defendem a possibilidade da responsabilização da pessoa jurídica e outras contrárias a esse pensamento. De grande valia, sob esta questão, recomenda-se a leitura de José Antonio Paganella Boschi, na obra intitulada: **Das penas e seus critérios de aplicação**, p. 133-140.

⁵ BRUNO, Anibal, **Direito Penal**, p. 301.

2.2 TEORIAS DA AÇÃO

2.2.1 Teoria Social da Ação

A teoria social da ação entende que o conceito de ação, tão relevante na estrutura dos delitos, não poderia ficar amarrado a princípios fundamentados nas leis da natureza. Para tanto, reconheceu a necessidade de relacionar a ação com o mundo social. Diz que a ação é a realização de um resultado socialmente relevante, dominada ou dominável pela vontade. Johannes WESSELS, defensor da teoria social da ação “vê na relevância social do fazer ou da omissão humanos o critério conceitual comum a todas as formas de comportamento. Engloba o agir como fator sensível da realidade social, com todos os seus aspectos pessoais, finais, causais e normativos”.⁶ Entende o referido penalista que o conceito da teoria social da ação “oferece a possibilidade de compreender o conteúdo social do acontecimento, em seu integral significado objetivo, sob a consideração do fim subjetivo do autor e da expectativa normativa de conduta da comunidade jurídica.”⁷

Socialmente relevante é toda a conduta que afeta a relação do indivíduo para com o seu meio e, segundo suas conseqüências ambicionadas ou não desejadas, constitui, no campo social, elemento de um juízo de valor⁸.

WESSELS afirma que a teoria social não exclui, mas inclui os conceitos final e causal de ação.

Essa teoria, como salienta BITENCOURT, reúne dados característicos das orientações causal e finalista, não apresentando uma estrutura sistemática própria do delito. Pretende um conceito de ação que englobe todas as formas de conduta – dolosa/culposa/omissiva.

A teoria social é passível de críticas. Assim como a causal, não resolve satisfatoriamente o problema da tentativa e do crime omissivo. DAMÁSIO questiona

⁶ Op. cit., p. 20.

⁷ Ibidem, p. 22.

que se a ação é a causa de um resultado socialmente importante, como se define a conduta nos crimes de mero comportamento?⁹ Não haveria também diferença entre homicídio culposo e doloso, uma vez que o resultado é idêntico nos dois casos, e o resultado visado pelo agente não pertence à ação, mas à culpabilidade.

Outras críticas a essa teoria residem na dificuldade da conceituação do que seja conduta relevante socialmente, tendo em vista que isso exigiria um juízo de valor, ético. Seria um critério vago e impreciso com o qual não pode conviver o direito penal.

Por esses motivos, tal teoria foi repudiada pela doutrina penal.

2.2.2 Teoria Finalista da Ação

Da idéia de que todo o comportamento humano é dirigido a um determinado fim, surge o conceito finalista de ação. A conduta realiza-se mediante a manifestação da vontade dirigida a um fim. A vontade é o cerne de qualquer crime e está localizada na ação.

A teoria finalista da ação tem em HANS WELZEL o seu criador e precursor. Este, assim conceitua ação: “Ação humana é exercício de atividade finalista. A ação é, portanto, acontecer ‘final’, e não somente ‘causal’. A ‘finalidade’ ou o caráter final da ação se baseia em que o homem, graças a seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as conseqüências possíveis de sua atividade, conforme um plano endereçado à realização destes fins.”¹⁰

O eminente penalista afirma que a finalidade é, pois, ‘vidente’; a causalidade, ‘cega’¹¹. É aqui que reside a grande diferença entre o conceito causalista e o finalista de ação. Enquanto que os causalistas entendem que depois de desencadeada, a ação

⁸ Idem.

⁹ Op. cit., p. 231.

¹⁰ **Derecho penal alemán**, p. 39. “Acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por eso, acontecer ‘final’, no solamente ‘causal’. La ‘finalidad’ o el carácter final de la acción se basa que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos limites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines. “Tradução livre do autor”.

¹¹ Ibidem, p. 40.

humana é considerada em seus aspectos externos, numa seqüência temporal cega, de causa e efeito, como algo que se desprende do agente para causar efeitos no mundo exterior, os finalistas consideram a ação, em sentido inverso, como algo que acontece de modo orientado pelo fim, ou seja, pelo objetivo, que já estava previsto antecipadamente na mente do agente. É, pois, uma causalidade dirigida.

Neste sentido, TOLEDO, valendo-se de WELZEL e Armim KAUFMANN, ensina que “não se podem traçar regras de conduta para fenômenos causais, não dirigidos, mas só se pode pretender ordenar ou proibir o factível ou o evitável, isto é, ações ou omissões finalisticamente orientadas”.¹² É por isso que o direito, valendo-se de conceitos negativos (caso fortuito, força maior, incapacidade, irresponsabilidade...) reduz o conceito de ação, para que fique limitado apenas àquelas condutas que tenham ou possam ter um mínimo de finalidade (teleologia), mas desde que se apresentem juridicamente relevantes.

WELZEL explica que a direção final de uma ação se dá em duas etapas, assim divididas:

- a) a primeira etapa transcorre totalmente na esfera do pensamento humano. Compreende: 1) antecipação da finalidade pretendida; o que o autor quer realizar; 2) a partir da finalidade, selecionam-se os meios de como agir para a consecução do fim e, por derradeiro, 3) a consideração dos efeitos concomitantes relacionados à utilização dos meios e o propósito a ser alcançado (conseqüências da relação meio/fim);
- b) a segunda etapa transcorre no mundo real. O agente põe em movimento, conforme o seu plano, os meios de ação anteriormente selecionados, cujo resultado é o fim objetivado com os efeitos concomitantes.

Disso resultam importantes deduções para a teoria jurídica do delito: a) a inclusão do dolo, despido de consciência da ilicitude, e da culpa nos tipos de injustos (tipos dolosos e culposos); b) o conceito pessoal de injusto, que leva em conta os

¹² Op. cit., p. 100.

elementos pessoais (relativos ao autor): o desvalor pessoal da ação do agente, que se manifesta pelo dolo de tipo (desvalor doloso/tipo de injusto doloso) ou pela culpa (desvalor culposo/tipo de injusto culposo). Ao desvalor da ação corresponde um desvalor do resultado, que consiste na lesão ou perigo de lesão do bem jurídico; c) culpabilidade puramente normativa.

O conceito finalista de ação, baseado na idéia do homem como um ser responsável, implica em considerar a conduta finalista como única forma específica de conduta humana.

Nos crimes dolosos, a finalidade da conduta é expressa pela vontade de concretizar um fato ilícito, ou as características objetivas do tipo penal. No que se refere aos crimes culposos, também se preocupou a teoria finalista. O direito penal não deseja que o ser humano não realize condutas dolosas, mas também que em todas as suas atividades haja de uma forma finalista capaz de evitar a produção de resultados lesivos. Assim, aquelas ações que se sucedem por não ter o homem se comportado com os cuidados necessários para evitá-las, também são incluídas no rol dos delitos, os chamados delitos culposos.

Portanto, na doutrina finalista o dolo é, pois, retirado da culpabilidade para fazer parte do tipo penal, como seu elemento subjetivo, integrando a conduta. A culpa também é integrante do tipo penal. No crime culposos, o fim da conduta não está dirigido ao resultado lesivo, mas o agente é autor de fato típico por não ter empregado em seu comportamento os cuidados necessários para evitar o evento.

2.2.3 Teoria Jurídico-Penal da Ação

A partir das teorias anteriormente estudadas, observando os seus pontos positivos e negativos, FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO cria uma teoria que, na sua concepção, é capaz de explicar, sob o ponto de vista jurídico-penal, o conceito de ação.

Para o autor, causalidade e finalidade não esgotam o vasto conteúdo do agir humano, pois, é possível que esse conteúdo não se deixe apreender em um rígido

esquema causal-finalista, ou em qualquer outro. Salaria que o direito penal não deveria estar empenhado na busca de um conceito pré-jurídico ou ontológico da ação humana, que possa abranger as mais variadas formas de comportamento humano.

Explica que, como um ‘pensamento problemático’, devemos, a partir de ‘proposições jurídicas’, empreender a descoberta de ‘pontos de vista’ e de uma ‘argumentação’ apta à solução dos conflitos. Isso, porque, em geral, as ciências se produzem quando surgem problemas de um determinado tipo que demandam alguns meios para a sua solução. Todavia, enquanto algumas disciplinas encontram princípios objetivos seguros e efetivamente produtivos, razão pela qual são sistematizáveis, há outras, em contrapartida, que são não-sistematizáveis, porquanto não se pode encontrar em seu campo nenhum princípio que seja ao mesmo tempo seguro e objetivamente produtivo. Tal ocorre no âmbito do atuar humano.¹³

Nestas condições, TOLEDO recomenda o regresso a um conceito jurídico no qual a “ação é o comportamento humano, dominado ou dominável pela vontade, dirigido para a lesão ou para a exposição a perigo de um bem jurídico, ou, ainda, para a causação de uma previsível lesão a um bem jurídico”.¹⁴ O próprio autor dá conta de que poderia dizer que se trata de uma definição discursiva, sem rigor lógico, todavia, que serve de localização diante da problemática jurídica da ação humana. Para tanto, conclui que tal conceito põe em destaque os seguintes aspectos: a) o comportamento humano; b) a vontade; c) o poder de agir de outro modo; d) o aspecto causal-teleológico do comportamento; e, ainda e) a lesão ou exposição a perigo de um bem jurídico.

Logo, além da relevância social, a conduta tem que estar normatizada (relevância jurídico-penal).

Na atualidade, entretanto, vigora o conceito finalista de ação, o de que a conduta é a ação ou omissão humana consciente e dirigida a determinada finalidade.

¹³ TOLEDO, Francisco de Assis, op. cit., p. 109.

¹⁴ Idem.

2.3 FORMAS DE CONDUTA

Após o estudo das diversas teorias acerca do conceito de ação humana, passa-se, agora, a falar sobre as formas de conduta.

2.3.1 Ação

A conduta, em regra, dá-se mediante uma ação. Esta se manifesta por intermédio de um movimento corpóreo tendente a uma finalidade.¹⁵ Trata-se de uma forma positiva de agir, como, *v.g.*, matar, roubar, destruir, etc. Assim, quando o crime é cometido dessa forma, diz-se que foi praticado mediante comissão. Crime comissivo é, pois, aquele cuja conduta fere preceito proibitivo. Descumpre-se o preceito fazendo aquilo que é proibido.

2.3.2 Omissão

Omissão é o não fazer alguma coisa. Como salienta Damásio de JESUS, o fundamento de todo crime omissivo constitui uma ação esperada.¹⁶ A omissão surge quando se constata que a ação exigida pela norma jurídica não foi realizada pelo sujeito, que deixou de observar o dever jurídico de agir. Essa espécie de crime é chamada de crime omissivo.

Não se entrará em maiores detalhes no que se refere aos diversos tipos de crimes omissivos e suas nuances, eis que, por si só, exigiria um tratamento mais extenso, incomportável no âmbito deste trabalho.

¹⁵ JESUS, Damásio E. **Direito penal:** parte geral. 20 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 1, p. 235.

¹⁶ *Ibidem*, p. 236.

3 O ITER CRIMINIS

3.1 OS ATOS PREPARATÓRIOS

O problema mais crítico e árduo da tentativa é a determinação da diferença

entre os atos executivos, ou de tentativa, e os atos preparatórios, que normalmente não são puníveis (excepcionalmente puníveis na parte especial). O problema da determinação deste limite é difícilimo, e, ao mesmo tempo, importantíssimo, porque se trata de um limite da tipicidade.

Devemos entender que desde que o intuito criminoso aparece no pensamento do ser humano, como um produto da sua imaginação, até que se opere a consumação do delito, existe um processo, parte do qual não se exterioriza, necessariamente, de maneira a ser observado por algum espectador, excluído o próprio autor. A este processo dá-se o nome de *iter criminis* ou “caminho do crime”, que significa o conjunto de etapas que se sucedem, cronologicamente, no desenvolvimento do delito.

Os atos preparatórios constituem simples aparência de tentativa, não havendo punição para esse caso, mas para que se evitem confusões, cabe salientar que certos atos preparatórios, pela periculosidade neles contida, são puníveis, não como tentativa, mas como infrações especiais, caracterizando o delito *sui generis*. Estamos nos referindo a casos como o porte ilegal de armas de fogo e violação de domicílio, previstos nos arts. 10 lei federal 9437-97 e 150 do nosso Código Penal, que não se caracterizam como preparatórios, mas sim como crimes específicos, pois a própria ação encerra em si o caráter de uma figura delituosa completa.

Hoje há certa tendência para que se amplie à relação de atos semelhantes, com traços característicos de crimes especiais, e esta é uma das faces do problema da punição de atos que podem ser preparatórios de delito. Outro aspecto da mesma questão é a punição indireta para tais atos, pois se tornam agravantes das penas. Refere-se aqui a atos como emboscada e violação de domicílio que, pelo nosso Código Penal, qualificam o homicídio como circunstâncias elementares e, portanto, aumentam-lhe a pena.

O que cabe ressaltar sobre os atos exteriores de preparação, o que se entende é de que estes, como tais, nunca são incriminados; e o motivo para as legislações modernas não prescreverem a punição para tais atos reside no seu caráter equívoco, pois punir atos que são, por si só, inofensivos seria como castigar o pensamento. Nos atos de caráter equívoco (comprar armas, por exemplo), o fato, em si, não manifesta

vontade criminosa e, nessa incerteza, reside o fundamento principal da sua impunibilidade que subsiste, ainda que a idéia do crime seja revelada, pois não proporcionam mal ou dano determinado. Além do mais, pensa-se que, antes da execução, é preferível revelar para impedir a punir para apressar a consumação.

Ou seja, o ato é preparatório quando não chega a ser criada situação de perigo ao bem jurídico, que é sempre o núcleo do tipo, pois nessas circunstâncias não é possível se distinguir se a não utilização dos meios idôneos à consumação do crime deveu-se à interferência da causa independente da vontade do agente ou à sua prévia desistência de dar execução ao crime.

Não há tipificação de tentativa, portanto, quando, não tendo o bem jurídico sido posto em perigo, é impossível afirmar se o resultado deixou de ocorrer, por desistência *ab initio* do agente ou em razão de causa independente de sua vontade. Quando posto o bem jurídico em perigo, de modo irreversível, tem-se a configuração concreta de elemento integrado da tentativa, qual seja a presença de causa independente da vontade do agente, que inviabiliza a consumação do resultado desejado.

3.2 OS ATOS DE TENTATIVA

Os atos de tentativa são os que se entendem desde o momento em que começa a execução até o momento da consumação. Trata-se de uma extensão da proibição à etapa executiva do delito, que alcança, por conseguinte, desde o começo de execução até que se apresentem todos os caracteres da conduta típica. Esta ampliação da proibição típica ocorre em função de uma fórmula geral, existente na Parte Geral dos Códigos, em que nada mais se faz que recolher um conceito ôntico, pois a noção de tentativa não é uma criação legislativa.

Enquanto a regra é a de que os atos preparatórios não ingressam no âmbito do proibido, no que respeita à tentativa, a regra é a de que os atos de tentativa são atos proibidos. Considerando que na tentativa falta o resultado ou não se computa a ação típica, o desvalor da mesma é inferior ao do fato consumado, razão pela qual a escala

penal é também inferior.¹⁷

Compreende-se que a idéia de tentativa surge no Direito Penal que alcança um certo grau de evolução.

Mas, contudo, qualquer que seja a diferença legislativa, verdade é que a tentativa é uma conduta que se realiza entre a preparação e a consumação, sendo claramente determinável o limite que a sua delimitação em relação com os atos preparatórios.

3.3 A CONSUMAÇÃO E O EXAURIMENTO.

Tentativa é a conduta punível que se realiza entre a preparação não punível e a consumação do delito. Consumação essa que pressupõe a completa realização do tipo penal. Mas da configuração do respectivo tipo depende a fixação da medida que o autor realizou a sua resolução criminosa para o cometimento de um delito consumado. Sendo que para nossa lei penal diz-se o crime consumado ,quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal (art. 14, I, do CP).

Mas nem sempre é simples a determinação do momento da consumação. Sendo que a individualização das exigências de cada tipo objetivo, que quando realizado dolosamente, determina que, com ele, se tenha operado a consumação, é um problema que está afeto inteiramente à Parte Especial.

No momento em que se tem lugar a consumação fica excluída toda a punibilidade da tentativa. Não obstante, não se pode afirmar que este momento seja invariavelmente aquele que exaure a realização do delito, porque nem sempre a realização de todos os requisitos típicos importa tenha o autor já logrado a finalidade a que propunha, mas sim, frequentemente, esta se estende mais além no tempo, pela vontade criminosa do autor. Dessa forma, é freqüente distanciarem-se no tempo a consumação formal e o exaurimento material, dando lugar a período em que o delito se encontra consumado, mas não axaurido.

¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul, **Da Tentativa**, p. 14.

“Sempre a consumação é um pressuposto do exaurimento, mas nem em todos os delitos a consumação pode ocorrer em um momento anterior ao do exaurimento”¹⁸

Existem autores que combatem até mesmo o conceito de exaurimento, afirmando que se carece de um critério que fixe o momento em que o delito está exaurido. Mas o que se tem, é que, dada à consumação, fica exaurida a possibilidade de classificação de tentativa.

Desse modo tem-se que, o ato é de execução, quando é parte do processo de desenvolvimento de uma ação típica, de modo a se criar, de forma irreversível, uma situação de perigo ao bem jurídico, que se pretendia lesar pelo correto desenrolar da ação que se pratica.

4 O FUNDAMENTO DA PUNIÇÃO DA TENTATIVA

4.1 A BASE DA PUNIÇÃO DA TENTATIVA NO NOSSO CÓDIGO

Em síntese: o Direito Penal, sempre que tipifica uma conduta, o faz porque teme pelo homem, fundando o seu temor, no caso do delito consumado, na lesão ou no

¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul, **Da Tentativa**, p. 22.

perigo ao bem jurídico e, em caso de tentativa, na ameaça para o bem juridicamente protegido.

Em nosso sistema positivo, acredita-se que a tentativa tem uma dupla fundamentação: justifica-se isso dado o fato de que nela há dolo (existe a vontade final concreta que se dirige a um resultado que afeta um bem jurídico), e a exteriorização deste dolo sempre implica a afetação de um bem jurídico.

“Essa circunstância de se considerar a tentativa como crime incompleto não impede que nela exista uma ofensa ao bem jurídico. Neste sentido, a teoria mais aceitável no direito nacional é a objetiva, mas o fundamento não é puramente objetivo: a conduta antijurídica dolosa possui dois aspectos (objetivo e subjetivo), e, embora o aspecto subjetivo se apresente completo na tentativa, o aspecto objetivo, incompleto, importa numa ofensa menor ao bem jurídico, e, por conseguinte, um menor conteúdo do injusto do crime. Nos crimes de lesão ao bem jurídico, a tentativa é um perigo, ou seja, um grau menor de ofensa. Nos crimes de perigo, a tentativa não é um “perigo de perigo”, mas um perigo mais distante, e, portanto, de conteúdo menor do injusto.”¹⁹

Pelo entendimento dos grandes doutrinadores da atualidade, o alarme social que é produzido pela tentativa, não pode ter outra origem que não seja a lesão de um bem jurídico. “Vale dizer: a tentativa, seja ela, idônea ou inidônea, sempre afetará a segurança jurídica, no seu aspecto objetivo, por que inexiste possibilidade de afetar, com relevância jurídico-penal, o sentimento de segurança jurídica sem que, ao mesmo tempo, se atinja a disponibilidade objetiva do ente cuja tutela configura o bem jurídico. Mais sinteticamente dito: é juridicamente inadmissível uma ofensa que alcance só o aspecto subjetivo da segurança jurídica, sem que atinja também o aspecto objetivo.”²⁰

Acredita-se que a segurança jurídica é uma unidade, que abrange um aspecto objetivo e um aspecto subjetivo; não se pode assim atingir um sem ofender o outro. Quando a aparente ofensa de um bem jurídico não causa alarme social é porque, na realidade, não se produziu essa ofensa, e quando se pretende existir alarme social sem

¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul, **Manual de Direito Penal Brasileiro**, p. 665.

²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul, **Da Tentativa**, p. 33.

ocorrer em certo grau de intranqüilidade, juridicamente, não pode servir fundamento a coerção penal alguma, posto que essa coerção penal não faria mais do que gerar um verdadeiro alarme social. “*A pena fundada nessa intranqüilidade, por ser antijurídica, é que causaria um alarme social em sentido correto. O sentimento de segurança jurídica seria gravemente atingido por uma pena inconstitucional, que só se fundamentaria em uma presumida intranqüilidade da opinião pública e que não estaria respaldada pela lesão de algum bem juridicamente tutelado*”.²¹

O cidadão de bem (sujeito passivo), diante da tentativa do sujeito ativo, *teme por seu bem jurídico*. O Direto, diante da tentativa, *teme pelo seu sujeito passivo*, posto que considera que o bem jurídico que o sujeito ativo ameaça é necessário para a sua auto-realização.

O caráter ameaçador da tentativa não depende do perigo que ela implica. Pode não haver aumento efetivamente as possibilidades do mal e, sem embargo, ser ameaçadora, pois que valorada *ex-ante* (como deve sê-lo sempre), aparecia como perigosa. “*Não se mostra ameaçador e temível só o que aumenta o perigo de maneira afetiva, mas o que pode proporcionar a vivência do perigo*”.²²

Este é o caráter ameaçador que o Direito descobre na tentativa quando valora *ex-ante*: é o temor de ordem jurídica pelo sujeito passivo. Observado que todos os bens jurídicos são tutelados, porque o Direito considera necessário protegê-los, em razão de que a disponibilidade desses entes é necessária para a auto-realização individual. Por conseguinte, o Direito Penal tipifica condutas porque *teme* pelos homens, porque *teme* que essas condutas os privem das possibilidades de realização em coexistência, e pune essas ações mesmo quando, de fato e no caso concreto, estas possibilidades não sejam sentidas pelo sujeito passivo. “Assim, não é típica a ação de quem apanha algo com que foi presenteado, mas o é a de quem se apodera de algo ainda quando o proprietário logo após o dê de presente e diga que o furto não lhe causou qualquer transtorno, porque aqui *é a ordem jurídica que teme pelo homem, pelo sujeito passivo. A ordem*

²¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul, **Da Tentativa**, p. 33.

²² ZAFFARONI, Eugenio Raul, **Da Tentativa**, p. 35.

jurídica teme por aquele que não se atemoriza.”²³

Ou seja, a simples ameaça “‘perturba’” a disponibilidade, e, por conseqüência, é uma forma de se atingir o bem jurídico. Logo, tanto no delito consumado como na tentativa haverá sempre uma ofensa a bens jurídicos.

Em síntese, nosso código funda a punibilidade da tentativa na impressão que produz no Direito, por ser ameaçadora para o bem jurídico, o que já representa uma forma de ofendê-lo. Se importa também como ocorre comumente um perigo para o bem jurídico, ou, inclusive, um certo grau de lesão, de qualquer maneira o injusto é atenuado, mas se atenua mais ainda se importa unicamente ameaça. Quando o conteúdo ameaçador for muito escasso, haverá uma redução ao mínimo da sua relevância típica, que, quanto á pena ou á medida de segurança, podem ser eliminadas em razão da escassa periculosidade do agente.

4.2 A CONSUMAÇÃO COMO LIMITE DA TENTATIVA

Existem tipos em que é problemático determinar o momento consumativo, como ocorre no caso do furto (art. 155 do Código Penal), que tem dado lugar a diversas teorias, que se estudam na parte especial. A determinação do momento consumativo, é um claro problema da parte especial.

É importante esclarecer que, pela forma de consumação os tipos costumam ser distinguidos em instantâneos e permanentes. “Chama-se delito instantâneo aquele que tem apenas um momento consumativo, e permanente, o que tem um estado consumativo, isto é, em que a consumação se prolonga no tempo, como sucede com o seqüestro (art. 148 do CP). Não é resultado que se protraí, mas a própria consumação. De qualquer maneira, a circunstância de que estes tipos tenham um prolongamento temporal da consumação não significa que sejam destituídos de um momento consumativo (o momento em que se devolve a liberdade ao seqüestrado), a partir do

²³ ZAFFARONI, Eugenio Raul, **Da Tentativa**, p. 36.

qual está consumado o delito e termina a tentativa”²⁴.

Tendo-se assim que há tentativa desde o momento em que se inicia a execução do delito, até a sua consumação. Pois com a consumação, termina toda a possibilidade de tentativa. A determinação do momento em que tem lugar a consumação pode ser problemática em alguns casos particulares, mas isto não impede sua determinação tendo em conta os elementos de cada tipo de que se trate.

4.3 PENA NA TENTATIVA.

“A pena é cominada pelo legislador tendo em vista o desprezo a um valor digno de tutela que vem a ser efetivamente ferido com o dano imposto ao bem jurídico, em prejuízo da sociedade e da vítima. Dessa maneira, há uma proporcionalidade entre lesão causada e a sanção abstratamente imposta. Se na tentativa, o dano não se concretiza, pairando a conduta na fase de criação de uma situação perigosa a pena para ser proporcional não poderia deixar de sofrer uma diminuição.

Assim não se justifica punir o crime tentado como se consumado fosse, nem levar em conta a “periculosidade do agente”, manifesta com o início de execução revestida da intenção delituosa para se punir a tentativa em face do aspecto subjetivo tão-somente”²⁵.

Com esta visão, observa-se que está certo o legislador em prever que a tentativa será punida com a pena do crime consumado diminuída de um terço a dois terços, atribuindo-se ao juiz de conformidade com as circunstâncias do ato tentado individualizar a pena, usando de sua discricionariedade técnica. Na exposição de motivos ao Código Penal de 1969, dizia-se: “a vontade do agente não pode sobrepor-se ao resultado, porque é a maior ou menor gravidade da ameaça ou lesão ao bem jurídico que inspira o legislador na fixação da pena”.

²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul, **Manual de Direito Penal Brasileiro**, p. 667.

²⁵ REALE JUNIOR, Miguel, **Instituições de Direito Penal**, p. 294.

Esta individualização não se confunde com a prevista no art. 59 do Código Penal, visando à fixação da pena-base, mas deve cingir-se ao fato tentado, como causa de diminuição de pena a incidir sobre a pena-base. “Desse modo, a fixação da pena pode levar em conta as conseqüências da ação, o grau de perigo a que foi submetido o bem jurídico, e se na realização da ação o agente fez uso de todos os meios falhando assim mesmo a consumação do crime, ou se o processo executório foi logo interrompido, com menor risco para o bem jurídico”.²⁶

Visando combater os impulsos anti-sociais, consideram-se os atos externos com grande rigor, ainda que não venham a causar danos imediatos ou indiretos; é por isso que a punição se baseia na periculosidade da resolução dolosa.

Ou seja, são os atos criminosos exteriores e não a simples intenção de delinquir que são punidos pela justiça penal, e o critério da pena está nas conseqüências materiais da infração, ou seja, no dano que proporcionou e no perigo que, efetivamente, produziu.

Pois em nossa legislação penal adotou-se a classificação bipartida das infrações dividindo-se em crimes e contravenções e reconhece a existência do crime consumado e tentado. No que concerne à pena o legislador pátrio no Código Penal em seu art. 14, inciso I, define o crime consumado e o tentado no inciso II, e a pena como regra geral para o crime tentado é definida no parágrafo único “salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços”.

²⁶ REALE JUNIOR, Miguel, **Instituições de Direito Penal**, p. 294.

5. A TIPICIDADE DA TENTATIVA

5.1 CULPABILIDADE E TENTATIVA

Sabe-se que a tentativa requer sempre o dolo, ou seja, o querer do resultado. Cabe aqui aclarar que a possibilidade de uma tentativa culposa é insustentável, porque o tipo culposo não individualiza as condutas pela finalidade e sim pela forma em que esta é alcançada. Está se tratando com um monstro lógico inconcebível, porque não é possível que uma ação seja típica por não ter atingido o fim que queria alcançar. Já dentro do pensamento causalista, ela deve ser admitida ao menos como possibilidade, e ainda que não seja considerada típica, porque é a consequência inevitável de se

sustentar que o erro de proibição vencível dá lugar à culpa. Tem-se o exemplo do indivíduo que tenta matar seu suposto agressor com três tiros, porque crê ser o necessário para defender sua vida, e não fez o mínimo esforço para dar-se conta de que tudo não passava de uma brincadeira encontra-se em erro de proibição vencível, que se trata para grande parte da doutrina de delito doloso. Já dentro do causalismo é delito culposos, e, portanto, seria uma tentativa de homicídio culposos. Embora o código de 1940 suprimisse, expressamente, o requisito da intencionalidade do art. 13 do Código de 1890, na Exposição de Motivos rejeita-se a idéia impossível de uma tentativa culposa.

“Cremos que a culpabilidade deve estar sempre presente na etapa evolutiva do delito pelo qual se apena o autor. Dito por outras palavras: nenhuma etapa do desenvolvimento do delito que não tenha sido acompanhada pela culpabilidade de maneira coetânea pode ser imputada ao autor.

Desde o momento em que tem lugar o primeiro ato de execução até que se consume o fato, medeia um intervalo que bem pode ser total ou parcialmente coberto pela culpabilidade. Pode ocorrer que quem começa a execução em estado de inculpabilidade prossiga e chegue à consumação quando esse estado tenha cessado; também pode dar-se o caso inverso: quem começa a execução sendo culpável venha a consumir o delito como inculpável”.²⁷

“Parte considerável da doutrina concorda com a possibilidade de reconhecimento da tentativa na chamada culpa imprópria. Esta ocorre quando o agente, de forma culposa, equivocadamente supõe estar agindo acobertado por uma excludente de ilicitude e, por esse motivo, ataca alguém. O art. 20, parágrafo 1, estabelece que, nesse caso, apesar de o agente ter praticado a conduta de forma intencional, responderá por crime culposos e, assim, a tentativa é possível”.²⁸ Ex.: uma pessoa imagina que assaltantes estão entrando em sua casa e efetua disparos contra eles, que, entretanto, não morrem. Em seguida, descobre-se que as pessoas que

²⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul, **Da Tentativa**, p. 63.

²⁸ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios, **Sinopses Jurídicas**, p. 66.

estavam entrando na casa eram seus filhos. O agente responde por tentativa de homicídio culposo, apesar de ter agido com a intenção de matar os pretensos assaltantes. Há, entretanto, quem entenda que, sendo a vítima atingida, o agente responderá por lesões corporais culposas, não se podendo falar assim em tentativa.

Mais uma vez fica demonstrada, a grande prolixidade que surge ao se tratar do assunto da tentativa.

5.2 O DOLO NA TENTATIVA

Entende-se que a tentativa requer sempre o dolo, isto é, o quere do resultado. Mas não há razão alguma para excluir o dolo eventual da tentativa. “Há tentativa de homicídio quando se joga uma granada de mão sobre alguém e não se consegue matá-lo, mas, também, quando se lança uma granada de mão contra um prédio, sem preocupação com a possível morte do morador, que dorme próximo à janela”.²⁹

O dolo existente na tentativa é o mesmo dolo do delito consumado, isto é, o querer do resultado morte é o mesmo, tenha o disparo de arma de fogo causado à morte ou não. “Dentro da estrutura do causalismo, este é um problema sem solução porque não deixa a seus partidários outro recurso além de admitir que, na tentativa, o dolo está na tipicidade, mas seguem sustentando que, no delito consumado, está na culpabilidade. Isso implica que, se a bala causa a morte, o dolo fica na culpabilidade, mas, se não a provoca, desloca-se para a tipicidade”.³⁰

Os autores que ainda sustentam esta posição têm percorrido vários caminhos para explicar o fenômeno, mas o certo é que não tem solução, salvo se afirmarem ser a tentativa um tipo independente, e renunciem de considerá-la um tipo incompleto, com o que renunciariam à acessoriedade da tentativa em relação ao tipo do delito consumado. Sendo está a mais recente das posições sustentadas e a que se mostra mais coerente dentro da concepção causalista. De acordo com esta opinião, no futuro, a

²⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, **Manual de Direito Penal Brasileiro**, p. 665.

³⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, **Manual de Direito Penal Brasileiro**, p. 666.

localização correta da tentativa seria na parte especial, e também neste âmbito residiria a sua consideração científica.

Na forma tentada, há uma disparidade entre o crime que se pretendia cometer e as conseqüências do que se executou. A intenção permanece, contudo, íntegra como referência ao fim último que se busca alcançar. Esta incongruência é bem ilustrada na obra de Pierangeli: se o fenômeno que se quis é mais do que o fenômeno que se deu, aí temos a tentativa, ressaltando dessa maneira, ser o dolo essencial na tentativa.

Por está razão é que se considera que o dolo na tentativa é o mesmo dolo de consumação. “Em vista disso, o problema do dolo na tentativa constitui um argumento central da teoria finalista, pois a compreensão causal-mecanicista da ação e a teoria psicológica não explicariam o instituto da tentativa, pois, se é a intencionalidade que permite a adequação típica indireta, o dolo, por conseguinte, não é dado a ser posteriormente atribuível ao comportamento, mas constitui o próprio conteúdo da vontade pertencente à ação”.³¹ Portanto, os finalistas argumentam, e com razão, que, se na tentativa o dolo integra a ação, seria contraditório não a integrar no caso do crime consumado.

5.3 A TIPICIDADE SUBJETIVA

“O elemento subjetivo integra a ação tanto no crime consumado como no tentado, sucedendo, todavia, que no crime consumado a realidade da consecução do resultado encerra e traduz a intenção delituosa, de tal forma que a faceta interna da conduta não se sobressai, mesmo porque há efetiva coincidência entre as conseqüências externas do comportamento e o substrato intencional, que dá significado a essa conduta”.³²

Pela teoria subjetiva, a pena do crime tentado e do crime consumado deveria ser a mesma, porque em ambos os casos a intenção do agente também é a mesma.

³¹ REALE JUNIOR, Miguel, **Instituições de Direito Penal**, p. 284.

³² REALE JUNIOR, Miguel, **Instituições de Direito Penal**, p. 284.

“Um critério subjetivo puro de distinção não pode funcionar, porque qualquer ato de preparação acaba sendo um ato de tentativa, já que vontade criminosa há em todas as etapas”.³³

A escola subjetiva concentra-se na intenção manifestada de qualquer forma como a única e exclusiva razão de ser da punibilidade, linha que é seguida pelos juristas alemães e adeptos da doutrina positiva.

“A tentativa pressupõe uma completa tipicidade subjetiva e, como correlato objetivo, um começo de execução e uma falta de consumação. Por outras palavras, no seu aspecto objetivo, a tentativa possui uma tipicidade incompleta. Quase unânime é a doutrina que considera a tentativa como a realização incompleta da conduta típica, que não se pune como crime autônomo, que é um fragmento de crime, ao qual falta a sua última fase, que é a consumação que constitui ampliação temporal na figura típica. E uma necessária consequência que se tira, é a inexistência de um dolo de tentativa, pois, na tentativa, o dolo não é outro senão o do delito objetivado, de maneira que pode possuir as mesmas modalidades conatas deste, ou seja, na tentativa o dolo eventual será admissível nos mesmos casos e circunstâncias em que o for para o delito consumado”.³⁴

Em um exemplo bem conhecido temos que: se dois indivíduos disparam simultaneamente sobre um terceiro, para matá-lo, e a bala de um apenas o atinge de raspão, enquanto que a do outro o mata, é óbvio que a vontade criminosa daquele que o atingiu levemente não se distingue da daquele que o matou.

Não somente deve ser idêntico o dolo, senão, também, deve sê-lo todo o tipo subjetivo, ou seja, se o tipo subjetivo contém elementos distintos do dolo, estes devem também estar no tipo subjetivo da tentativa, porque esta contém os mesmos elementos subjetivos distintos do dolo existentes no tipo do delito consumado.

“Esta característica, ou seja, a exigência de uma identidade do tipo subjetivo da tentativa e do delito consumado alerta-nos acerca da estrutura geral da tentativa.

³³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, **Manual de Direito Penal Brasileiro**, p. 667.

³⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, **Da Tentativa**, p. 39.

Trata-se de um delito incompleto, de uma tipicidade subjetiva completa, com um defeito na tipicidade objetiva”.³⁵

A tentativa é um defeito de tipo que ocorre quando se apresenta o tipo subjetivo, mas há um vazio no tipo objetivo. Sendo que a única caracterização possível da tentativa como delito imperfeito é dentro da estrutura finalista, posto que é a única em que a tentativa consiste só na falta de uma parte da tipicidade objetiva, sem que isso altere a estrutura geral do delito.

“A teoria subjetiva pura é um posicionamento que hoje se considera abandonado, porque possui o inconveniente de elevar o critério individual do autor a determinante do limite do proibido, quando, em realidade, se necessita, precisamente, é do critério de um terceiro, ou seja, de um observador supra-individual”.³⁶

6. A TENTATIVA INIDÔNEA

6.1 SUA NATUREZA E FUNDAMENTOS

O art. 17 do CP repete o art. 14 do Código de 1940: Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.

Há tentativa inidônea ou tentativa impossível quando os meios empregados pelo autor são absolutamente inidôneos para causar o resultado. A única diferença que há entre tentativa idônea e a inidônea é que, nesta última, há uma absoluta incapacidade dos meios aplicados para a produção do resultado típico.

“A tentativa de impossível consumação é uma tentativa inútil, porque nunca se pode acreditar que possa causar o resultado típico, excluída a imaginação do autor. Porém, a consumação pode ser impossível por varias razões, que, fundamentalmente,

³⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, **Da Tentativa**, p. 42.

³⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, **Da Tentativa**, p. 45.

são duas: porque falta algum elemento do tipo objetivo (fundamentalmente o objeto) ou porque o meio é grosseiramente inidôneo para produzir o resultado. Em ambos os casos a consumação resulta impossível, mas no primeiro deles não há tentativa, enquanto que, no segundo, ela existe porque a tentativa pressupõe a falta de consumação do tipo objetivo, mas não a falta dos elementos do mesmo”.³⁷ A falta da tipicidade objetiva da tentativa deve-se ao fato de não se ter chegado a ela, mas não à inexistência dos elementos exigidos para a ela se chegar.

Por isto, sob o ponto-de-vista do bem jurídico, a única diferença entre a tentativa útil e a tentativa inútil é a existência, na primeira, de um perigo para o bem jurídico e a ausência do mesmo na segunda, ainda que ambas tenham como fundamento comum para a sua proibição o caráter ameaçador que ambas apresentam. “Este caráter ameaçador não desaparece, não obstante a inidoneidade do maior empregado, única diferença entre ambas as formas de tentativa a nível de tipicidade legal, razão pela qual também se a chama usualmente de tentativa inidônea”.³⁸

Entende-se assim o porquê não se pune a tentativa inidônea, pois não se pode punir a periculosidade, porque o Código criaria assim dois sistemas independentes: um para se punir qualquer delito, e outro, por sinal, inconstitucional para apenas ou submeter à tentativa inidônea e a medida de segurança.

6.2 A TENTATIVA INIDÔNEA, O CRIME IMAGINÁRIO OU PUTATIVO E A AUSÊNCIA DE TIPO

É muito comum a distinção que faz a doutrina entre o delito imaginário ou chamado putativo, e o caso da ausência de tipicidade, que tem lugar na hipótese em que falta algum elemento do tipo, além dos que devem faltar pela simples circunstância de configurar uma tentativa, e não um delito consumado. Nesta hipótese, como é o caso de quem tenta matar um morto, pois nesse caso não há tipicidade da

³⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, **Da Tentativa**, p. 72

³⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, **Da Tentativa**, p. 73.

tentativa.

“Na realidade, a impossibilidade de delito que não é a tentativa inútil, é uma forma de “erro de tipo ao revés”, mas é necessário advertir-se que existe um erro de tipo em qualquer tentativa, só que na tentativa opera-se a inversão de um erro sobre a causalidade e na ausência de tipo se inverte um erro sobre qualquer dos restantes elementos do tipo objetivo”.³⁹

Na tentativa, seja ela, idônea ou inidônea, o agente sempre quer o resultado danoso, e a causalidade se desvia do previsto, de maneira que não pode terminar a conduta ou causar o resultado pretendido. Sendo uma inversão do erro de tipo na forma de erro acerca da causalidade, porque neste a causalidade se desvia de maneira a dar lugar à tipicidade objetiva, mas elimina a tipicidade subjetiva.

Na impossibilidade do delito por ausência de tipo, o que se inverte é um erro sobre o objeto, sobre o sujeito passivo, sobre a própria qualidade do sujeito ativo, sobre as circunstâncias, que o autor imagina, mas que não existem além da sua imaginação. Este é, precisamente, a ausência de tipo, ou seja, é a inversão do caso em que o autor ignora qualquer desses elementos, quando existentes na realidade.

“A distinção entre a ausência de tipo e o delito imaginário ou delito putativo é, em princípio, possível, posto que a ausência de tipo seria uma inversão do erro de tipo que afeta qualquer dos elementos do tipo que não seja a causalidade, enquanto que o delito imaginário seria uma inversão do erro de proibição. Não obstante, tão imaginário é o delito em um como no outro caso”.⁴⁰ Não há delito senão na imaginação do próprio autor, como no caso em que se supõe estar levando o guarda-chuva de outra pessoa, mas na realidade está o próprio. Se há um acordo geral no sentido de que a falsa crença acerca da antijuricidade não pode fundar um injusto, não existe fundamento em se pode fundar a tipicidade da conduta que só existe na imaginação do autor: não se pode afirmar que a imaginação da tipicidade pode fundar um injusto.

Alguns autores sustentavam que caem dentro do âmbito da tentativa inidônea,

³⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, **Da Tentativa**, p. 76.

⁴⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, **Da Tentativa**, p. 77.

casos em que falta algum dos elementos do tipo, como querer matar um morto, ou de cometer adultério com a própria esposa ou ainda furtar coisa própria. Estes na verdade não podem ser casos de tentativa inidônea, porque são hipóteses de delitos imaginários, isto é, casos em que existe falta de tipicidade. Sendo que a posição predominante hoje na doutrina, afirma que, nestes casos, há ausência de tipo e não tentativa inidônea.

Nos casos em que o delito é meramente imaginário, porque faltam elementos do tipo, ou porque a conduta não é antijurídica, e a antijuricidade existe apenas na mente do autor, são casos de delito putativos por erros de tipo ou de proibição invertidos, que de modo algum podem ser sancionados com uma pena.

“Consideramos que qualquer distinção que se faça no campo penal deve possuir um sentido prático, vale dizer, deve servir para possibilitar conseqüências práticas, posto que a especulação, por si mesma, não é tarefa da Dogmática, senão puro entretenimento. Como neste caso não se pode obter diferença prática alguma, não nos parece oportuno aceitar a distinção, até porque não faz surgir qualquer diferenciação entre delito imaginário e ausência de tipo”.⁴¹

6.3 O LIMITE ENTRE TENTATIVA IDÔNEA E INIDÔNEA

Entendesse que a tentativa inidônea é uma forma de tentativa, mas que constitui figura independente da mesma.

O problema que suscita a delimitação entre a tentativa inidônea e a tentativa idônea não é simples. A tentativa é inidônea quando os meios são inidôneos, mas acontece que, em todas as tentativas, os meios acabaram por mostrar-se inidôneos para produzir o resultado, porque, do contrário, o fato não teria ficado em grau de tentativa.

“Tem-se que toda tentativa é idônea se nos remetemos ao pensamento do autor no momento de empreendê-la (ex ante), mas é também inidônea quando a vemos historicamente, como acontecimento do passado (ex post). O fundamental será situar-

⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, **Da Tentativa**, p. 78.

se *ex ante* e questionar sobre a adequação da conduta ao fim visado pelo autor. Logicamente, deve-se ter em conta o plano do autor, vale dizer, a idoneidade deve ser valorada concretamente, e não no campo abstrato”.⁴² Pretendeu-se opor à idoneidade em abstrato (*in abstracto*) a inidoneidade em concreto (*in concreto*). A primeira seria a inidoneidade que se valora prescindindo do caso concreto (como no ex. de quando se diz, “um copo d’água não causa a morte”). A segunda seria a inidoneidade que se valora no caso em concreto, “neste caso”.

“Quando se utiliza a expressão “absoluta impropriedade”, contida no art. 17 CP, não deve ser compreendida no sentido da “inidoneidade absoluta” de que fala a doutrina, porque esse conceito doutrinário é falso, vez que nenhum meio é absolutamente inidôneo para todos os casos”.⁴³

De acordo com o critério, segundo o qual a inidoneidade do comportamento deve ser valorada de acordo com o plano concreto do fato, no momento do começo de execução, resolvem-se também os casos em que a idoneidade depende de circunstâncias particulares ao autor ou quando o objeto não está no lugar a que a conduta é dirigida.

Assim, *ex post* podemos dizer que, embora, geralmente uma punhalada no peito seja idônea para matar um homem, no caso em concreto pode não o ter sido porque a vítima usava um colete de couro, mas com isto não podemos dizer se tentativa foi idônea ou inidônea, porque estamos falando *ex post*, e não *ante*, que é como ela nos interessa.

⁴² ZAFFARONI, Eugenio Raúl, **Da Tentativa**, p. 82.

⁴³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, **Da Tentativa**, p. 83.

7 A TENTATIVA NA ESTRUTURA TÍPICA OMISSIVA

7.1 A TENTATIVA ACABADA E A TENTATIVA INACABADA

A tentativa é possível na estrutura típica omissiva da mesma maneira que na ativa, devendo-se distinguir os atos de preparação, que possuem algumas modalidades que lhe são característicos. Os problemas mais graves e freqüentes apresentam-se no âmbito da omissão imprópria.

A distinção entre atos preparatórios dos atos de tentativa na estrutura típica omissiva não é nada fácil. Existe entendimento geral por parte da doutrina no sentido de que, nos delitos omissivos a tentativa começa com a existência do dever de garantidor quando se impõe ao agente fazer algo distinto daquilo que está fazendo. “Não obstante o acordo geral, discutível se apresenta, na doutrina, sobre qual o momento em que começa a tentativa nos delitos omissivos, dado que existe um momento em que começa o dever de atuar e outro em que este dever foi violado indiscutivelmente, por ser o último momento em que a intervenção é possível”.⁴⁴

Para alguns autores, nos delitos impróprios de omissão a tentativa é possível

⁴⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, **Da Tentativa**, p. 120.

enquanto a ação de evitar o resultado está ordenada e dura enquanto o resultado não se tenha produzido. Sendo a produção de um resultado delituoso o produto de uma omissão que dura por tempo considerável, a possibilidade de atuar não passou em um único momento e a omissão começa no momento em que o omitente devia atuar e permaneceu inativo.

Já outra parte da doutrina, acredita que fica fora de questão a existência de constelações omissivas, que correspondem à tentativa do delito omissivo. Indo assim de conformidade com o critério que admite a existência de tentativa no atuar diversamente daquele correspondente, quando já existe o dever de atuar para o garantidor.

“Como princípio geral, o dever de atuar que emerge da posição de garantidor surge desde logo quando aparece o perigo para o bem jurídico que se tutela. Enquanto não houver perigo não existe o dever de agir, pois, precisamente, o garantidor “garante” o bem jurídico frente a um perigo”.⁴⁵

Da mesma forma, óbvia é a conclusão de que, quando se produz uma situação em que existem várias ações possíveis para se evitar o resultado, que podem ir ocorrendo sucessivamente, a omissão de qualquer delas ou a inatividade determinante da perda da oportunidade de qualquer delas configura tentativa. Sendo assim no conceito de alguns autores, a tentativa, dentro da estrutura típica omissiva, pode ocorrer tanto na acabada como na inacabada.

Tendo-se que o dever de garantidor surge como tal no momento de perigo, mas pode ser o mesmo garantidor quem cria o perigo com o seu comportamento. Isto acontece quando não existe perigo algum e a sua atuação diversa é que o cria.

7.2 A TENTATIVA NA OMISSÃO PRÓPRIA OU INAÇÃO

Nos crimes omissivos próprios é difícil de se pensar a tentativa, pois se há um limite de tempo dentro do qual deve a ação devida ser cumprida, enquanto tal limite

⁴⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, **Da Tentativa**, p. 120.

não transcorreu ainda não ocorreu o descumprimento do dever. Levanta-se a hipótese da tentativa em crime omissivo próprio, no caso em que, antes do prazo para cumprir o dever, o sujeito coloca-se em situação que torne impossível cumpri-lo.

Alguns autores ainda sugerem que haveria tentativa se o agente pré-constitui, antes do momento final do cumprimento do dever, uma situação inviabilizadora deste, que vem a ser efetuado por terceiro. “Entendo que postar-se o sujeito em situação de não poder agir no prazo exigível já configura a tentativa, pois inequivocamente a intenção é a de não cumprir a ação devida”.⁴⁶

“Também haverá um ato de tentativa, quando o sujeito tenha deixado passar a última oportunidade que havia de afastar o perigo e o dano não sobrevém: assim, aquele que se coloca em uma situação de incapacidade para realizar a conduta devida como, por exemplo, o encarregado da torre de controle de um aeroporto que bebe uma garrafa de uísque, que o deixa em estado de embriaguez completa, impedindo-o de manipular adequadamente os controles, com o objetivo de provocar uma catástrofe que afinal é evitada por acaso”.⁴⁷

Entende-se que no campo da omissão própria a tentativa possui menos relevância prática do que na omissão imprópria. Não obstante, também só é concebível na forma de uma tentativa idônea.

Neste caso, os atos de tentativa existem desde que o agente, com dolo de omitir o auxílio, realiza uma ação diferente, enquanto que o delito está consumado quando o transcurso do tempo aumenta o perigo e diminui as possibilidades de auxiliar.

⁴⁶ REALE JUNIOR, Miguel, **Instituições de Direito Penal**, p. 292.

⁴⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, **Manual de Direito Penal Brasileiro**, p. 670.

8 A PENA DA TENTATIVA

8.1 ESCORÇO HISTÓRICO

Nos antigo direito romano não se possuía uma teoria geral acerca da tentativa e os textos onde ela aparecia apresentavam-se bastante contraditórios, principalmente quanto à sua punição, como se pode observar dos fragmentos de obras dos doutrinadores daquela época. O critério da legislação romana estendeu-se para outras legislações posteriormente, chegando ao código francês de 1971, onde penas e delitos de homicídio e envenenamento, tanto consumados como tentados, eram idênticas. Também os Códigos franceses de 1810 e 1832 seguiram a mesma direção, sendo que, no último, a equiparação das penas formava regra geral, muito embora o seu art. 463 consignasse a faculdade atribuída aos juízes de atenuar a pena em caso de tentativa. Contra essa tendência de equiparação pronuncia-se o Código liberal espanhol de 1822 e o Código de Nápoles, critério que viria, ao depois, cimentar-se nos Códigos alemão de 1871, húngaro de 1878, entre outros.

No Brasil, o código imperial de 1830 estabeleceu que: não será punida a tentativa de crime ao qual não esteja imposta maior pena que a de dois meses de prisão simples ou desterro para fora da comarca.

Já no código de 1890 estabeleceu-se: não será punida a tentativa de contravenções e nem a de crime ao qual não esteja imposta maior pena que a de um

mês de prisão, (art. 16), enquanto isso o art. 63 preconizava que a tentativa do crime, a que não estiver imposta pena especial, será punida com a pena do crime, menos a terça parte em cada um dos seus graus.

Ou seja, a redução obrigatória da pena da tentativa em nosso Direito Penal constitui, portanto, uma tradição, posteriormente ampliada pelo legislador de 1940, como observamos até os dias de hoje, tendo havido assim uma grande evolução durante todo esse tempo.

8.2 A DOCTRINA DA PENA APLICÁVEL À TENTATIVA

A doutrina da pena a ser aplicável à tentativa pode ser agrupada em três posições distintas:

1. “a tentativa deve ser sancionada com a mesma pena do crime consumado” Essa corrente não se deve fazer nenhuma distinção para os efeitos de punibilidade, entre o delito consumado e o delito tentado, pois em ambos os casos existe igual grau na representação do autor, cuja diferença se estabelece apenas no aspecto objetivo, pois na tentativa, o resultado buscado não é conseguido por circunstâncias alheias a vontade do agente. “Para esta corrente, portanto, a pena deve atingir o delinqüente porque este, através do seu ato de execução, manifestou a vontade de ofender a ordem jurídica, e no delito deve-se precipuamente o ato de vontade, pois que a parte objetiva constitui apenas o sinal revelador daquela”.⁴⁸

Ou seja, o agente que consumasse o delito e aquele que não lograsse êxito em consumá-lo, por circunstâncias alheias a sua própria vontade, deveriam ser igualmente apenados. Era essa a posição sustentada pelas chamadas Escolas Moralistas e Política.

2. “a tentativa deve ser sancionada de acordo com a periculosidade revelada pelo delinqüente” Esta variante da Escola Positiva entende que a tentativa deve ser sancionada de acordo com a periculosidade do agente. Segundo está corrente o que

⁴⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, **Da Tentativa**, p. 129.

deve ser considerado é a periculosidade do delinqüente, a qual deve orientar a medida da pena. Portanto, dentro desta corrente doutrinária, a pena deve ser infligida quando os atos cometidos revelarem a temibilidade do seu autor. A defesa social constitui, portanto, a base racional de um sistema punitivo científico, proporcionado exclusivamente à periculosidade do delinqüente.

3. “a tentativa deve ser sancionada com pena inferior à do delito consumado” sustenta essa corrente, que a tentativa deve ser sancionada com pena inferior à do crime consumado encontrando em Carrara o seu grande defensor, que justifica em termos bastante convincentes.

Pois quanto menor for a série de atos que restarem por praticar, no afã de consumir o delito, tanto maior será a qualidade da tentativa, tanto maior terá sido o perigo e tanto maior deverá ser, por conseqüência, a imputação nesse sentido. E a diminuição da imputação da tentativa caminha sempre numa relação proporcional à imputação que seria dada ao delito se perfeito fosse e em relação à qualidade e quantidade da própria tentativa. A medida da pena, porém, não pode ser confiada senão aos juízes, pois que seria impossível a um Código determinar para cada tentativa os graus diversos de pena correspondentes aos atos de tentativa praticados.

Ou seja, desse modo, imputa-se uma pena menor a tentativa não por atenuação ou por benignidade, mas porque nela encontramos um menos em relação ao crime consumado e porque, naturalmente, o menos nas condições de um ser deve acarretar um menos no respectivo valor.

8.3 OS CRIMES QUE NÃO ADMITEM TENTATIVA

Como veremos a partir desse instante, existem espécies criminosas as quais não admitem o crime tentado.

Como é o caso dos *Crimes Culposos*: nos crime tentado o agente quer o resultado, mas não consegue atingi-lo por circunstâncias alheias a vontade do agente. Nos crimes culposos, o agente não quer o resultado. Por esse motivo os institutos são incompatíveis.

Parte considerável da doutrina concorda com a possibilidade de reconhecimento da tentativa na chamada culpa imprópria. Esta ocorre quando o agente, de forma culposa, equivocadamente supõe estar agindo acobertado por uma excludente de ilicitude e, por esse motivo, ataca alguém. O art. 20, parágrafo 1, estabelece que, nesse caso, apesar de o agente ter praticado a conduta de forma intencional, responderá por crime culposos e, assim, a tentativa é possível.

Crimes preterdolosos. Porque o agente também não quer dar causa ao resultado agravador, que é imputado a ele a título de culpa.

Crimes omissivos próprios. Se o sujeito se omite, o crime está consumado; se age o fato é atípico.

Contravenções penais. O art. 4 da lei das Contravenções Penais estabelece que não se pune a tentativa de contravenção.

Crime de atentado. Nestes, por opção do legislador, o tipo penal pune igualmente a forma consumada e a tentativa, não se podendo, portanto, cogitar de tentativa da tentativa.

Crimes habituais. Porque, se houver a reiteração de condutas, o crime estará consumado, e se não houver, o fato será atípico. Para a configuração do crime habitual, a prática de um ato isolado é irrelevante.

Crimes unissubsistentes. São aqueles que se consumam com um único ato. Ex.: injúria verbal.

Ou ainda, Crimes nos quais o tipo penal só prevê aplicação de pena quando ocorre o *resultado*. Ex.: participação em suicídio (art. 122). Nesse delito, se uma pessoa empresta um revólver para que a outra possa se matar, e esta não se mata, o fato é atípico.

8.4 A DISPOSIÇÃO DO ART. 14, PARÁGRAFO ÚNICO DO CÓDIGO PENAL

Pela leitura do parágrafo único do art. 14 do CP o qual dispõe que: Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços (sendo que a determinação do quantum da

pena caberá ao juiz determinar, indo de acordo com a maior ou menor proximidade da consumação do delito). Os antecedentes legais dessa disposição encontram-se nos arts. 34 do código imperial e 63 do código de 1890 e com idêntica redação, no art. 12, parágrafo único, do CP de 1940. Desde essa época, o método para a realização do cálculo de redução da pena tem sido uniformemente aceito pela doutrina, e Basileu Garcia assim o expõe: “Suponha-se uma tentativa de homicídio. O juiz precisa verificar qual a pena que aplicaria se a vítima tivesse morrido e, depois, diminuí-la de um terço a dois terços, para, infligi-la ao agente”.

Devendo-se respeitar o disposto no art. 352 do CP (evadir-se ou tentar evadir-se), crime no qual a pena para a tentativa como para a consumação desse delito são apenadas de igual forma, vale dizer que está é uma imposição da própria lei penal.

Entendesse assim que a obrigatoriedade da redução da pena para o delito tentado, já se trata de um fato histórico, pois a sua imposição já nos acompanha desde a época do Código Imperial, se mantendo de forma correta até nossos dias atuais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer deste trabalho monográfico procurou-se aprofundar o estudo da problemática da conceituação dos vários aspectos os quais são abordados dentro da tentativa.

Para a análise do tema abordaram-se várias questões de Direito Penal, no intuito da melhor compreensão da *quaestio*. Tratou-se do conceito do delito. Da conduta humana, suas formas e as teorias que procuram explicá-la. Por derradeiro, passou-se a análise específica da tentativa, e suas fases, apresentando-se as teorias que procuram diferenciá-las e aprofundando o assunto naquilo que se refere aos delitos imperfeitos.

No que é pertinente ao delito imperfeito ou tentado, analisando sua natureza jurídica, as condições necessárias para a sua existência, não deixando de analisar os elementos constitutivos da tentativa, aonde considerou-se de acordo com a doutrina majoritária, que sendo o delito um conceito jurídico, em cuja formação entram elementos objetivos e subjetivos, deve-se reconhecer a possibilidade de sua imperfeição, tanto na preparação quanto na execução, ou seja, deve-se admitir a existência do delito imperfeito, tratando também da intenção que deve sempre estar presente no delito imperfeito.

Referentemente à conduta conclui-se, no mesmo sentido esposado no Código Penal, que a teoria que melhor a explica é a finalista da ação, a qual parte da idéia de que todo o comportamento humano é dirigido a um determinado fim. Nos crimes dolosos, a finalidade da conduta é expressa pela vontade de concretizar um fato ilícito. Mas, com os crimes culposos também se preocupou a teoria finalista, porquanto o direito penal não deseja que o ser humano não realize condutas dolosas, mas também

que em todas as suas atividades aja de uma forma finalista capaz de evitar a produção de resultados lesivos. Pela doutrina finalista da ação, o dolo é retirado da culpabilidade para fazer parte do tipo penal, como seu elemento subjetivo, integrando a conduta. A culpa também é integrante do tipo penal.

A razão da punibilidade do delito imperfeito é o dano mediato ou indireto que abrange o alarme social produzido pelo caráter perigoso do ato.

No delito imperfeito não se produz o resultado, que consumaria a violação do direito protegido pela lei, mas existe a possibilidade de o resultado acontecer, perturbando igualmente a paz jurídica e criando alarme social, enfraquecendo no homem a sensação da própria segurança. É exatamente por este motivo que a tentativa é punida, embora de forma mais branda que o delito perfeito.

Sendo que em nossa legislação atual a forma de se punir a tentativa é aplicada usando-se o princípio legal de se aplicar a pena que seria oferecida ao crime consumado reduzida de um a dois terço, ou seja, mantendo-se posicionamento de todos os países modernos, aplicando-se uma pena menor ao delito tentado.

Quanto ao crime doloso viu-se que se trata como a consciência e a livre vontade de praticar a conduta descrita na norma penal. Adotou-se, no direito penal pátrio, a teoria da vontade no que se refere ao dolo direto e a teoria do assentimento quanto ao dolo eventual. Para tanto, ficou estreme de dúvidas que carece de que se indague qual o fim contido na ação praticada pelo causador, eis que esta não pode ser compreendida sem que se considere à vontade do agente, porquanto o dolo é composto de elemento cognitivo, ou seja, conhecimento daquilo que se quer praticar, e elemento volitivo, isto é, vontade na realização do fato típico.

Embora se entenda a facilidade na demonstração do consentimento do autor na produção do resultado, não se pode afastar de buscar este elemento no comportamento do agente, porquanto dolo é: intenção e consentimento na realização da conduta típica. Conceber a existência de crime doloso necessita do estudo completo das circunstâncias do caso concreto, principalmente dos fatores de risco no crime tentado.

Nessas condições, a maior ou menor reprimenda penal deve levar em conta a culpabilidade do agente, ou seja, quanto maior for o juízo de reprovação de sua

conduta, maior deverá ser a pena aplicada, uma vez que não podemos equiparar a tentativa de certo ato criminoso com a consumação do mesmo.

Todavia a questão histórica e os fundamentos da pena da tentativa não poderiam deixar de ser analisados, demonstrando que a forma de aplicação da pena da tentativa está de veras correta, pois não a que se pensar em punir um delito imperfeito com a mesma pena aplicável ao delito consumado, verificando-se também os crimes os quais não admitem a forma do delito tentado.

Verificou-se com isso que a punibilidade e a preocupação tanto do delito imperfeito como do delito perfeito, está em resguardar a segurança jurídica, a proteção ao cidadão de bem, pois em uma sociedade que esta em constante transformação, não há como se falar em progresso ou em bem estar, sem se falar em segurança jurídica ao cidadão. O qual deve ter seus direitos respeitados e garantidos de acordo com a nossa constituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, **Decreto Lei n. 2.848, de Dezembro de 1940**. Código Penal.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. **Da Tentativa (Doutrina e Jurisprudência)**, 3. ed, rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, 192 p.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 11º ed. rev., amp. e atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007, 754 p.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Sinopses Jurídicas*, **Direito Penal Parte Geral**. 6. ed. rev. São Paulo: Saraiva 2002, 201 p.

DELMANTO, Celso et al. **Código penal comentado**. 5. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, 971 p.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, [19--?].

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao código penal**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1953, v. 1, t. II.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal: parte geral**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 1.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código Penal Interpretado: 2. ed.**. São Paulo: Atlas, 2001.

PRADO, Luiz Regis; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Elementos de direito penal: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, v. 1.

PIRES FILHO, Nelson; CAVALCANTI, José Luiz Ramos. **Crime Tentado (O Delito Imperfeito no Direito Penal)**. Editora WVC. 108 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo : Revista dos tribunais, 2004 , 847 p.

REALE JUNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal: parte geral**. vol. 1 e 2. ed., Editora Forense. Rio de janeiro, 2004, 344p.

ANEXO

