

APONTAMENTOS DE AULA: (UERJ – 2009)

TENTATIVA E CONSUMAÇÃO

Juarez Tavares

Professor Titular de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Sumário: Introdução. A definição da tentativa. A punibilidade da tentativa. Atos preparatórios e atos executivos. Elementos da tentativa. Tentativa acabada e inacabada. Desistência e arrependimento eficaz. Arrependimento posterior. Crime impossível e delito putativo. A admissibilidade da tentativa. A tentativa nos delitos omissivos. Consumação. Tentativa e consumação de alguns delitos e sua controvérsia.

INTRODUÇÃO

A doutrina costuma trabalhar teoricamente o delito sob o padrão de um fato doloso comissivo consumado. Com base nesse modelo de delito é construída a estrutura dogmática da parte geral. É verdade que, recentemente, alguns autores se têm orientado por outro modelo, o de um delito tentado omissivo (por exemplo, *Herzberg* e *Jakobs*), mas essa tendência parece mesmo que irá ficar reduzida a uns poucos. O modelo básico de uma elaboração teórica é ainda o de um delito doloso comissivo consumado. Na realidade, porém, o plano de um delito completo pode não se realizar, daí a necessidade de se tratar, também, das fases dessa realização e suas consequências. Mas há dois modos de fazê-lo, consoante a metodologia que se adote: ou como matéria relativa ao elementos do delito, os quais poderiam estar compreendidos pelo próprio tipo, ou como tema especial, de forma a constituir uma teoria suplementar à própria teoria do delito. O primeiro método corresponde ao velho esquema francês de disciplinar a tentativa sob o chamado elemento material do delito, como o fazia *Garraud* (*Droit Pénal Français*, 1888, p. 304), ou aos rudimentos da teoria italiana do século XIX, que via na tentativa uma causa de diminuição da imputação, conforme ensinava *Carmignani* (*Elementos de derecho*

criminal, tradução da edição italiana de 1863, Bogotá, 1979, p. 92). Recorde-se que a doutrina francesa compreendia o delito como constituído dos seguintes elementos: legal, material e moral, sendo os dois primeiros integrados em seu enunciado legal, enquanto o último correspondia à culpabilidade; o mesmo se dava com a teoria italiana do século XIX, que estruturava o delito, em geral, com base nos conceitos de imputação de fato (*imputatio facti*) e imputação de direito (*imputatio juris*), que correspondiam, respectivamente, ao injusto e à culpabilidade. O segundo método é produto de um desenvolvimento maior da doutrina do fato punível, o qual não é reduzido ao seu enunciado legal ou seus elementos. Pode-se dizer que, a partir de *Feuerbach*, já se disciplinava a tentativa sob uma forma de especial aparecimento do delito (*Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 1828, p. 33), metodologia essa que foi incorporada e aperfeiçoada pela doutrina posterior, principalmente por *von Liszt* (*Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 1914, p. 204) e que perdura até os dias atuais. Esse tratamento especial conferido à tentativa vem, no entanto, se modificando nos dias atuais em face da influência, cada vez mais forte, da teoria da imputação objetiva, principalmente em função dos critérios do aumento e da diminuição do risco. A adoção desses critérios intensifica o debate em torno dos fundamentos de vários aspectos da tentativa, com especial relevância para a disciplina da tentativa inidônea, da desistência voluntária, do arrependimento eficaz e seus correlatos. Com isso, parece que a tendência será mesclar uma teoria própria da tentativa com os elementos da imputação objetiva, tematizando-a sob uma nova formulação dogmática.

Uma vez que se assente, assim, que a disciplina do fato tentado e de suas correlações deve comportar uma teoria própria, cumpre decidir acerca de sua natureza e de seus fundamentos. Atendendo à sua filiação neokantiana e à orientação conforme um modelo normativista, entendia *Max Ernst Mayer* que o fato tentado teria a natureza de uma causa de extensão da punibilidade (*Der allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts*, p. 341). Esta é a concepção de *Roxin* e também da doutrina ainda dominante. Por outro lado, analisando-se o fato tentado em função do perigo ou da lesão ao bem jurídico, quer em sentido protetivo, quer em sentido negativo, pode-se considerá-lo também como uma forma de especial aparecimento da conduta penalmente proibida; a punibilidade, então, poderia ser discutida não apenas segundo os fundamentos normativos, mas principalmente mediante uma abordagem crítica dos princípios de política criminal subsistentes em torno de cada ordem jurídica. Como veremos adiante, a disciplina teórica da tentativa não pode vir separada dos indicativos legais e de seus objetivos. Cada ordem

jurídica, portanto, adota fundamentos diversos no sentido de legitimar a atuação do poder punitivo sobre ações que não se tenham exaurido em resultados proibidos, e o tratamento jurídico dessa questão deve refletir também os conceitos restritivos de conduta que são levados a efeito na teoria do delito. Fundar a complexa natureza da tentativa, exclusivamente, em uma simples regra de extensão da punibilidade conduz a tratá-la sob a ótica de uma interpretação exegética da lei penal, sem levar em conta os fundamentos e as características da ação proibida no processo de comunicação da ordem jurídica.

Como dizia *Beling*, o tipo de delito, em qualquer caso, é um elemento abstrato e, portanto, não pode retratar as formas como a conduta antijurídica se manifesta na realidade, daí a necessidade de se elaborar uma teoria própria para as fases de realização do delito (*Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, p. 321).

A DEFINIÇÃO DA TENTATIVA

Seguindo a terminologia do Código Penal, pode-se definir a tentativa como o ato de iniciar a execução de um delito, mas não alcançar sua consumação por circunstâncias alheias à vontade do agente (art. 14, II). Pode parecer que essa definição da tentativa seja por demais normativista, pois ali não se descrevem os reais fundamentos para sua disciplina na lei penal. Ocorre, porém, que uma definição material da tentativa terá sempre como pressuposto a opção por uma determinada política criminal legitimadora de sua punibilidade. Por exemplo, ao tratar da tentativa, *Roxin* inclui na própria definição não apenas seu regramento legal, mas principalmente os fundamentos pelos quais a justifica. Diz ele: “A tentativa é uma situação de perigo próxima ao tipo, realizada por meios reais e avaliada segundo a representação do agente ou, no caso de uma ausência de perigosidade já reconhecida *ex ante*, a ruptura da norma, também tipicamente próxima, e, segundo o juízo do legislador, mais ou menos, juridicamente ofensiva” (*Strafrecht*, AT II, p. 333). Vê-se que nessa definição estão contidas as referências ao fundamento subjetivo do reconhecimento do perigo (segundo a representação do agente) e ainda a possibilidade de se incluir no conceito de tentativa o próprio delito impossível, consoante a teoria da impressão (como uma ruptura da norma, correspondente a uma ação que abale a confiança no direito). É bem verdade que essa definição de *Roxin* não se distancia muito do que o código penal alemão disciplina (§ 22), o qual fornece também indicações acerca de seu conteúdo material. Bem antes disso, e afastando-se do código de seu tempo, *von Liszt* a definia como “a manifestação de vontade orientada ao preenchimento

do tipo” (Lehrbuch, p. 205), quer dizer, dando ênfase ao seu momento subjetivo. Mais próxima da definição resultante do código penal brasileiro se situa a de *von Hippel*: “Tentado, assim, quando esse resultado, em sentido amplo, não se verifique; quando, portanto, falte para a consumação qualquer elemento do tipo, seja o resultado exterior ou qualquer outro, enquanto que o dolo do agente, assim como ocorre na consumação, se oriente para a realização do tipo completo” (Deutsches Strafrecht, Berlin, 1930, p. 396). Entre as definições citadas, embora diversas, há um denominador comum: a relação da tentativa com a disciplina legal e com as razões de política criminal, independentemente da orientação que se assuma, ora subjetivista, ora funcionalista, ora normativista. Atendendo a isso, a definição da tentativa não pode fugir dos limites que lhe são impostos no código penal; pelo menos, não se extrapola, assim, do que ali se consigna como seus pressupostos objetivos.

A PUNIBILIDADE DA TENTATIVA

A punibilidade da tentativa está, de certo modo, vinculada também à orientação que se imprima à política criminal sedimentada no código. Como expressão de uma política criminal, a punibilidade, neste caso, tem seus fundamentos justificados por regras explicativas, que se traduzem nos enfoques das **teorias objetivas**, da **teoria subjetiva** e da **teoria da impressão**. Essas teorias podem se combinar, conforme os interesses legislativos; não há, portanto, uma teoria pura e exclusiva. As teorias objetivas, por exemplo, como recorda *Roxin*, não são tão-só objetivas, pois admitem – todas elas – um elemento subjetivo essencial, que é o dolo ou o plano do autor e seriam melhor classificadas como teorias do perigo ou prevalentemente objetivas (Strafrecht, AT II, p. 340). Na realidade, quando se fala de punibilidade da tentativa o que se pretende é proceder-se à diferenciação entre o que se considera como penalmente relevante ou idôneo e o que é desprezível ou inidôneo, ou seja, a questão da punibilidade da tentativa está diretamente vinculada à configuração do chamado delito impossível. Uma vez que se determine a impunibilidade do delito impossível ou se fixem suas delimitações, estar-se-á também estabelecendo o fundamento para a punibilidade da tentativa idônea ou relevante. Vamos tratar, aqui, dessas teorias, em sentido mais geral. Mais adiante discutiremos o delito impossível em face da teoria adotada no código brasileiro.

As **teorias objetivas** comportam também enfoques diferenciados acerca do que seja penalmente relevante, dando lugar a algumas variações teóricas: a **teoria objetiva absoluta**, a **teoria objetiva relativa**, a **teoria da ausência do tipo** e a **teoria do**

perigo. Uma vez que se superem as questões relativas ao delito impossível, pode-se dizer que as teorias objetivas têm por base, todas elas, o perigo de lesão do direito ou do bem jurídico e só se diferenciam em função da caracterização da ação perigosa, se idônea ou inidônea.

A **teoria objetiva absoluta** é defendida, em geral, pela doutrina italiana e tem por base a idoneidade da conduta para produzir o perigo. *Carrara* afirmava expressamente que a punibilidade da tentativa estava assentada na idoneidade do ato externo, que teria, então, o “(...) poder de produzir a lesão de um direito ulterior, mais relevante do que o que foi por ele violado (...)” (Programa do curso de direito criminal, 1956, p. 258). Também, na atualidade, *Fiandaca-Musco* buscam enfatizar, como questão básica, a idoneidade do ato tanto para o autor quanto para a vítima, o que terá consequências importantes na estrutura do delito impossível (Diritto penale, 1993, p. 353). Diz-se que é uma teoria objetiva absoluta, porque não distingue os graus de idoneidade; simplesmente afirma a tentativa, quando a conduta for idônea, e a nega, quando for inidônea.

A **teoria objetiva relativa** é atribuída a *Fenerbach* ou, mais propriamente, a *Mittermayer*, os quais situam a tentativa em face do desenrolar do processo causal. *Fenerbach*, com vistas ao seu entendimento de que o delito constituiria uma lesão de direito subjetivo, considerava punível a tentativa quando a conduta pudesse conduzir objetivamente à produção do resultado lesivo. *Mittermayer*, por seu turno, aperfeiçoando os fundamentos de *Fenerbach*, compreendia no âmbito dessa produção o emprego de meios relativamente idôneos, contra objetos relativamente passíveis de lesão; não haveria, em contrapartida, a punição quando o perigo de lesão decorresse do emprego de meios absolutamente inidôneos ou contra objetos absolutamente impróprios. Procedia-se, assim, à distinção entre idoneidade absoluta e idoneidade relativa: se relativa, haveria punição; se absoluta, estava excluída a punição. Essa mesma teoria objetiva relativa irá desenvolver-se, mais tarde, principalmente, por obra de *Frank*, em torno da **teoria da ausência do tipo** ou também chamada de **teoria do defeito do tipo**. Para essa teoria, a punição da tentativa só se dará quando, sob uma análise global do tipo de delito, subsistirem todos os seus elementos, menos o resultado, quer dizer, para a punibilidade da tentativa é preciso que o defeito do tipo só se refira à não ocorrência do resultado; se faltar, porém, além do resultado, qualquer outra circunstância do tipo, ocorrerá a chamada *ausência do tipo* ou o *defeito do tipo*, o que fará, assim, excluir a punibilidade do ato tentado. Por exemplo, se as qualidades de uma coisa não estiverem presentes, como a qualidade de “alheia” da coisa

móvel, no furto, a tentativa de subtração não configurará um tipo de delito. Da mesma forma não haverá tentativa de falsidade documental quando o objeto a ser alterado não possua as qualidades de documento; ou se faltar um elemento subjetivo especial do tipo, como, por exemplo, a intenção de se apropriar da coisa no furto, ou a intenção de enriquecimento no estelionato, ou o sentimento pessoal na prevaricação.

A **teoria do perigo**, pode-se dizer, engloba, quanto à punibilidade, todas as demais teorias objetivas, porque, no fundo, a questão da idoneidade só terá relevância se referida ao perigo da produção de um resultado lesivo. Por essa teoria, assim, só haverá punição da tentativa se daí resultar um perigo ao bem jurídico. Será perigosa a tentativa, então, quando o resultado, conforme uma observação *ex ante*, for tomado seriamente como possível por um terceiro. A crítica que se faz à teoria do perigo, notadamente a feita por *Roxin*, reside em que, com ela, não se fornece uma medida adequada a traçar os limites entre os atos executivos e preparatórios do delito. Isto porque os próprios atos preparatórios já implicariam um perigo ao bem jurídico (Strafrecht, AT II, p. 341). O problema estaria, então, na definição do próprio perigo, o que recairia novamente no âmbito dos critérios de idoneidade e inidoneidade. Não obstante ser correta a crítica em torno da vacuidade do conceito de perigo, essa teoria é a que melhor se ajusta à estrutura e aos pressupostos da conduta incriminada, que devem estar assentados sempre em torno da lesão ou da probabilidade de lesão ao bem jurídico. Com isso se procede à contraposição entre o empírico e o normativo, necessária a uma interpretação reducionista da lei penal, e se exclui da apreciação da tentativa a referência, sempre instável e incerta, à representação do agente.

Pela **teoria subjetiva**, a punibilidade da tentativa teria por base a manifestação de vontade do agente em oposição ao direito. O ponto nodal dessa teoria reside em contrastar o sujeito à ordem jurídica, segundo sua representação do fato e sua postura subjetiva capaz de abalar a estabilidade da norma. Conforme as nuances dessa relação subjetiva entre sujeito e norma, comporta essa teoria algumas variantes.

Uma *primeira variante subjetiva*, decorrente da jurisprudência do Tribunal do Reich sob influência de *von Buri*, articula que a punibilidade da tentativa deve ter por fundamento o princípio de que a lei penal tem como objetivo central reprimir qualquer manifestação volitiva que se oriente no sentido da produção de um resultado criminoso; o assento na vontade do agente é justificado, então, pela impossibilidade de se diferenciar entre tentativa perigosa e não perigosa. A orientação do Tribunal do Reich foi acolhida por *von*

Liszt, mesmo contra o texto do antigo código penal alemão (Lehrbuch, p. 205). Essa teoria é de todo insustentável porque a lei não se pode ocupar apenas da vontade das pessoas, sem ter em conta a conduta concretamente realizada e sua potencialidade lesiva; ademais, a substituição da fórmula do perigo pelo momento subjetivo conduz a um decisionismo mais incerto do que a própria noção de perigo, que, bem ou mal, tem respaldo em muitos critérios objetivos formulados pela ciência.

Uma *segunda variante subjetiva* está associada às perspectivas de prevenção especial, de forma a se constituir em uma teoria de tipo de autor. Assim, por exemplo, *Lange* pretendia legitimar a punibilidade da tentativa sob a afirmação de que seu autor seria um perigoso agressor do direito, argumento já, bem antes, utilizado por *von Liszt*, ao caracterizá-lo em função de sua “vontade maligna”, capaz de produzir ainda milhares de ações perigosas. Com isso, assim, se pune a tentativa para inocuizar o autor. Afora a completa falência dos ideais da prevenção especial, o regresso ao tipo de autor confunde o enunciado jurídico com as velhas e antiquadas fórmulas positivistas em torno da personalidade, como entidade naturalmente perversa e desagregadora, hoje completamente abandonada no direito e na psicologia.

Uma *terceira variante subjetiva* é proposta por *Jakobs*, que funda a punibilidade da tentativa na função expressiva de uma ruptura da norma. Isto significa que a tentativa, na medida em que contraria a norma penal, exprime uma postura inadequada frente ao direito, causando-lhe instabilidade. Com isso, justifica a punibilidade do crime impossível, pois este também exprimiria uma desconsideração ao direito. A adoção do critério de ruptura normativa, ainda que aparentemente pretenda situar a tentativa em torno de preceitos de funcionalidade da ordem jurídica, tem, pelo menos, dois defeitos: a) elimina da consideração de política criminal os dados empíricos, que só valem como expressão normativa, ou seja, como expressão de desconformidade para com a norma; b) alicerça um segmento subjetivo, pois encara essa desconformidade normativa como expressão de não conformismo próprio do sujeito. Com isso, relevante será apenas a postura do sujeito diante do direito e não as lesões ou os perigos de lesão que vier a produzir. No caso de alguém disparar contra outrem, portanto, o que importa não seria o perigo para a vida da vítima, mas, sim, a manifestação de contrariedade à norma, pela qual se exprime uma desconsideração ao direito. A punição decorreria, pois, de fundamentos normativos e subjetivos. Como é impossível, ademais, medir-se o efeito concreto de uma ruptura

normativa, com tal critério apenas se refina a ideia tautológica de legitimizar a incriminação pela própria incriminação.

Por seu turno, a **teoria da impressão**, já idealizada por *Horn* em 1900 e *von Bar* em 1907, e hoje bastante difundida, baseia a punibilidade da tentativa na impressão desfavorável ao direito, produzida pela conduta proibida. Não se trata, aqui, de uma impressão causada na própria vítima ou em pessoas próximas, nem a impressão sobre um observador concreto, situado em face do fato. A “impressão” corresponde a um argumento normativo, traduzido em termos de possibilidade de que uma conduta tendente a alcançar determinado resultado desencadeie certo abalo no direito, conforme um denominador médio colhido em torno de fatores objetivos e subjetivos. Esta teoria busca conjugar os postulados da teoria subjetiva, principalmente da variante proposta por *Jakobs*, com alguns pontos da teoria do perigo. No fundo, porém, o momento objetivo do comportamento fica prejudicado em face da ênfase maior conferida ao conceito de ruptura normativa a partir de um juízo hipotético sobre a má impressão que o fato tentado produziria em um homem médio, confiante no direito. Afora a questão do homem médio, cujo conceito é fruto do velho positivismo criminológico, a conclusão de que, ao iniciar a execução de uma ação típica, por exemplo, o autor produziria um abalo na confiança jurídica da comunidade (medida de conformidade com esse homem médio), ou que isso representaria um modo de romper com a estrutura normativa em torno do conceito de paz jurídica, é uma ficção. Só se poderia falar de abalo jurídico se a conduta, de fato, estivesse calcada no efetivo perigo de lesão ao bem jurídico. Como a noção de paz jurídica é também incerta e o conceito de observador médio é pura criação artificial, a teoria da impressão acaba se transformando em uma teoria do sentimento jurídico abstrato. Mas a punibilidade da tentativa não pode derivar de um juízo hipotético sobre o sentimento acerca do direito. Sabe-se que muitos delitos são constituídos por interesses exclusivos do legislador ou, melhor, pelo poder hegemônico no parlamento e que sua realização viola apenas direitos bem restritos. Pensar-se que todas as formas de incriminação têm o respaldo de toda a comunidade e que, assim, a medida da ofensa deva ser tomada em face de uma suposta indignação social ou da impressão abaladora do direito, é puro argumento retórico, incompatível com um sistema democrático, que deve analisar os fatos consoante sua real substância lesiva.

ATOS PREPARATÓRIOS E ATOS EXECUTIVOS

A par da decisão acerca dos fundamentos da punibilidade da tentativa, será relevante também estabelecer os limites entre atos preparatórios e atos de execução do delito. A doutrina faz, aqui, primeiramente, uma referência ao chamado *iter criminis*, que seria hipoteticamente o caminho que o agente deveria percorrer para a realização completa do fato punível. Esse caminho compreenderia cinco fases: **cogitação, preparação, execução, consumação e exaurimento**. Como resposta negativa às antigas investigações de consciência, que povoaram a Idade Média, o direito penal da modernidade excluiu, pelo menos aparentemente, a punibilidade da cogitação. Digo “aparentemente” porque em muitas legislações a cogitação para a prática posterior de um crime pode, ela mesma, constituir delito, quando manifestada no mundo exterior. É o caso, por exemplo, do **delito de conspiração** do direito americano, que, de certo modo, tem sua repercussão no direito brasileiro na configuração do **delito de associação para o tráfico** (art. 35 da Lei 11.343/06). Por exemplo, se duas pessoas conversam sobre se seria adequado cometer um desvio fiscal, embora isso jamais se traduza em qualquer ato de sonegação, poderá, no direito americano, constituir uma espécie punível de conspiração, a qual foi concebida como uma forma de se criminalizar a própria cogitação. Igualmente, os atos preparatórios, salvo algumas exceções, são impuníveis. Mas punem-se, por exemplo, os atos preparatórios do **delito de sabotagem** (art. 15, § 2º da Lei 7.170/83). Justamente como uma reação à incriminação dos atos de consciência e da simples preparação do delito, desde o código penal francês, tornou-se usual a fórmula do “*começo de execução*” para marcar os limites iniciais da conduta punível.

Embora a fórmula seja correta, deve ser esclarecida para se poder determinar, com segurança, sua precisa extensão. A distinção entre atos preparatórios e de execução do delito não apresenta dificuldades quando o agente já tenha iniciado a realização da ação típica. Por exemplo, quando o agente estiver atirando contra a vítima. Na realidade, porém, os atos não são às vezes tão claros; há uma zona cinzenta entre o cometimento de um ato típico e seus antecedentes. Daí a necessidade de estabelecerem critérios seguros para definir o que é ou não punível.

Para tanto, foram formuladas as teorias **formal-objetiva, material-objetiva, subjetivo-objetiva (do plano do autor ou individual-objetiva)**.

A **teoria formal-objetiva** se deve à concepção de *Beling* e afirma que o início da execução ocorre no momento em que se inicia a ação típica, em sentido estrito (*Grundzüge des Strafrechts*, 1930, p. 57). Por exemplo, no homicídio só se iniciaria a execução com o início da ação de matar, ou seja, quando o autor disparar contra a vítima, ou desferir-lhe os golpes com os instrumentos cortantes ou contundentes, ou ministrarlhe o veneno. No furto, apenas quando o agente estiver subtraindo a coisa; na falsidade documental, quando o agente já estiver rabiscando o documento. Os atos antecedentes à ação típica, não importa de que maneira a ela se liguem, estão fora do começo de execução. Essa teoria tem sido hoje muito criticada em face de seu formalismo, mas tem a principal virtude de delimitar, com precisão, os lindes entre o proibido e o permitido, segundo os enunciados legais, sem qualquer outra indagação analógica ou extensiva. Atualmente ainda tem seus adeptos, entre os quais *Vogler*, que compreende a distinção entre atos preparatórios e executivos como tema de interpretação da tipicidade. Atos de execução seriam, assim, aqueles que estivessem de conformidade com o que a lei penal expressamente autoriza, em termos de literalidade e elementos configuradores do tipo de delito (*Der Beginn des Versuchs*, FS-Stree-Wessels, 1993, p. 285).

A teoria **material-objetiva** quer caracterizar o início da execução tanto com a realização da ação típica, tomada em sentido estrito, quanto com a prática de uma conduta sucedânea à ação típica; quando, enfim, a conduta estiver tão próxima da ação típica que não possa ser dela separada, segundo um juízo naturalístico. Por exemplo, entre o ato de atirar e o de premer o gatilho da arma não há uma diferença natural, que possa implicar uma perfeita separação prática entre eles: ambos constituem elementos de único processo causal. Vistos sob um ângulo natural, ambos se vinculam diretamente à ação de matar, ainda que, ao premer o gatilho, o agente não esteja, na realidade, matando a vítima. Essa teoria busca justificar, assim, a equiparação entre atos típicos e atos diretamente vinculados à ação típica em função de dois fundamentos: a) porque os atos típicos e aqueles que lhe são próximos podem ser compreendidos sob o modelo de uma conduta naturalística única; b) porque o caráter protetivo do direito penal deve exigir uma intervenção antecipada: caso se espere, por exemplo, que o agente comece a atirar para caracterizar o fato como punível já será tarde para a defesa da vítima. Vê-se, então, que a teoria material-objetiva utiliza para deslindar os contornos do fato tentado argumentos empírico-causais, por um lado, e de política criminal, de outro lado. O primeiro argumento, ainda que atraente, está em contradição com a norma, que só admite como punível um ato estritamente típico; o segundo argumento é

incompreensível em termos dogmáticos, porque introduz na discussão normativa elementos que são alheios ao processo de sua interpretação, porque resultantes de um juízo de conveniência. Ademais, a vigor tal interpretação, os limites do *começo de execução* estarão sempre passíveis de maior extensão, pois os atos que são anteriores à ação típica se ligam indissolúvelmente também aos que lhe serão próximos, todos em uma cadeia infinita, na qual o que vale é apenas a causalidade.

Para conter essa extensão, foram criadas em torno da teoria material-objetiva, a **teoria subjetivo-objetiva** e as variantes do **perigo** e do **plano do autor**.

Segundo a **teoria subjetivo-objetiva**, dominante na jurisprudência alemã, que se orienta pelos termos do respectivo código penal, só será possível determinar-se o início da execução quando os atos materiais próximos ao cometimento da ação típica já representarem para o autor, conforme sua vontade, um verdadeiro início da execução. Como isso gera sempre uma tendência de subjetivação, em detrimento do conjunto naturalístico, que será, então, interpretado conforme o que autor pensara quanto à idoneidade de produzir o resultado proibido e não como, de fato os atos se desenrolaram, foram-lhe agregadas a verificação do perigo para o bem jurídico (variante objetiva) e a individualização concreta da representação, contida no plano do autor (variante subjetiva).

Pela primeira variante (**teoria do perigo**), além de que o ato esteja próximo àquele integrante da ação típica, em termos naturalísticos, deve implicar, com sua execução, um perigo também próximo para o bem jurídico (*Schönke/Schröder-Eser*, § 22, Rn. 42; *Otto*, *Strafrecht*, AT, § 18, Rn. 30). Não haverá tentativa, portanto, quando o autor tão-só tenha realizado uma ação sucedânea à ação típica e a tenha vinculado, subjetivamente, à consecução do resultado; será preciso que subsista também um perigo para o bem jurídico. Veja-se que não é o perigo de produzir o resultado, mas o perigo de causar uma lesão ao bem jurídico. Está claro que, na maioria das vezes, o perigo de produzir o resultado será o mesmo de lesar o bem jurídico, como ocorre, por exemplo, nos crimes contra a vida. Mas há ocasiões em que o perigo de produzir o resultado não se identifica com o perigo de causar uma lesão de bem jurídico. Por exemplo, nos crimes contra a honra: alguém está prestes a divulgar um fato ofensivo à reputação da vítima, mas o fato já é do conhecimento do destinatário, embora o ofensor não o saiba; mesmo que essa divulgação ocorra e chegue ao conhecimento de terceiro (resultado), já pode não causar

um dano ao bem jurídico; aqui, então, a tentativa será impunível, em face dessa teoria do perigo.

Pela segunda variante (**teoria do plano do autor**), a decisão sobre se o autor cometeu ou não atos de execução do delito dependerá de como ele mesmo pretendeu desenvolver seu plano delitivo. Se, segundo seu plano, a prática de um ato próximo à realização da ação típica terá seguimento imediato no sentido de consumar o delito, aí mesmo haverá tentativa punível. Por exemplo, se o ladrão rompe a fechadura da porta, porque seu plano será invadir imediatamente a residência para realizar a subtração de objetos, terá praticado, desde logo, atos de execução; se, porém, seu plano é o de romper a fechadura para mais tarde voltar ao local e proceder à subtração, praticará apenas atos preparatórios. A teoria do plano do autor vem sempre combinada com a chamada **teoria dos dois atos**, também chamada de **teoria do ato intermediário**, defendida por *Rudolphi*, (SK/§ 22, Rn. 13), *Baumann/Weber/Mitsch* (Strafrecht, AT, § 26, Rn. 54) e *Burkhardt*, JuS 1983, 426 [429]). Por essa teoria, os atos preparatórios se constituem em atos executivos quando, em função do tempo de sua realização e sua estreita vinculação causal, não possam comportar um terceiro ato intermediário. No exemplo do furto de residência, portanto, se o ladrão quebra a fechadura e sai do local para regressar mais tarde, o ato de deixar o local constituiria um terceiro ato que romperia a cadeia naturalística entre a preparação e a execução, descaracterizando a tentativa. Conjugando-se, assim, o plano do autor e o critério dos dois atos se pretende definir o limite entre preparação e execução. Embora a teoria dos dois atos seja interessante, peca, no entanto, porque entre a preparação e a execução nunca será possível dizer se subsiste ou não um terceiro ato intermediário. Por exemplo, o ladrão se aproxima da casa e ali encosta a escada no muro para proceder à escalada; entre encostar a escada e subtrair há ainda outros atos, como subir os degraus e se aproximar do local onde as coisas se encontrem. E ainda há sempre a possibilidade de se afirmar que sua intenção não era a de subtrair objetos, mas bisbilhotar a casa alheia. Por seu turno, a teoria do plano do autor deixa para o juiz a decisão sobre se, efetivamente, seu plano era ou não de realizar o furto imediatamente após a realização do ato preparatório. Na prática o que se faz é combinar o plano do autor com a teoria do perigo. Agrega-se, assim, aos atos tipicamente próximos (sucedâneos da ação típica) a representação do autor: haverá início da execução, quando, segundo o plano do autor, a prática de atos sucedâneos à ação típica implique um perigo ao bem jurídico.

Vê-se, pois, que nenhuma das teorias invocadas pode solucionar essa difícil questão de distinguir entre atos preparatórios próximos e atos de execução. Diante dessa incerteza, deve-se ainda adotar – bem ou mal – a velha teoria formal-objetiva, que retrata fielmente os objetivos traçados no texto legal e traz em seu bojo a tão almejada segurança jurídica. Rechaçar essa teoria provocará duas consequências indesejáveis: em sentido objetivo, aumentará a influência de uma interpretação causal dos fatos, de perigosa extensão; em sentido subjetivo, conduz a um decisionismo incontrolável, porque deixa, então, nas mãos do julgador a afirmação quanto à representação do autor.

ELEMENTOS DA TENTATIVA

De acordo com o art. 14, II, do Código Penal, haverá tentativa, quando, iniciada a execução de um delito, este não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente. Assim, podem ser distinguidos no fato tentado três elementos essenciais: a) o início da execução; b) a interrupção da execução; c) a resolução de consumir o delito.

A identificação do momento do início da execução é obtida por meio daqueles critérios antes esclarecidos quanto à diferenciação entre atos preparatórios e executivos. Haverá, portanto, início da execução quando iniciada a realização da ação típica (teoria formal-objetiva) ou quando realizada uma conduta essencialmente vinculada à ação típica e que implique um perigo objetivo de lesão ao bem jurídico (teoria material-objetiva). Nos casos controvertidos, pode-se valer da investigação quanto ao plano do autor (teoria do plano do autor), desde que em favor da descaracterização dos atos de execução. Com isso será possível obter-se uma restrição tanto no que toca à afirmação do perigo objetivo para o bem jurídico quanto à subjetivação da interpretação. A redução da extensão do perigo para o bem jurídico se torna fundamental, principalmente nos chamados delitos de perigo abstrato, os quais, por sua própria natureza, podem conduzir a criminalização a extremos intoleráveis; por sua vez, a análise do plano do autor, se tomada como fundamentadora de atos executivos, pode também neles incluir simples atos preparatórios, sem qualquer referência ao perigo para o bem jurídico.

A interrupção, como a própria lei esclarece, deve se dar sem a interferência da vontade do agente. Caso o crime não se consuma pela própria vontade do agente, em sentido

contrário, portanto, do que o processo causal conduziria, pode haver desistência voluntária ou mesmo arrependimento eficaz, que excluem a punibilidade da conduta.

Por seu turno, afirma-se no fato tentado a necessidade de que o agente tenha dirigido sua vontade no sentido da consumação do delito. Caso o agente queira apenas tentar o fato, não haverá tentativa. Claro está que esse caso é meramente hipotético, porquanto é praticamente inconcebível que alguém queira só tentar a prática de um delito. Ao contrário do que articulava a antiga teoria causal, aqui não se trata apenas da vontade de consumir o delito, ou seja, do dolo de consumação, mas sim de uma verdadeira resolução para o fato consumado. A adoção de uma resolução para o fato e não apenas do dolo de consumação é indispensável para poder abarcar, também, os elementos subjetivos especiais do tipo, como ocorre, por exemplo, nos crimes de furto (intenção de apropriação), estelionato (intenção de enriquecimento), seqüestro qualificado (fim libidinoso – art. 148, V), esbulho possessório (art. 161, II), fraude de seguro (art. 171, V) e outros. Nestes crimes, com elemento subjetivo especial, a vontade do agente deverá também incluir as finalidades ou tendências típicas, no sentido de sua obtenção, ainda que a lei não subordine a incriminação a que o agente as tenha alcançado. Na fraude de seguro, por exemplo, sua consumação não depende de que o agente tenha obtido a indenização correspondente à destruição proposital da coisa segurada, mas, para a caracterização de sua tentativa, aquele proveito deve estar incluído na resolução do agente.

TENTATIVA ACABADA E INACABADA

A tentativa pode manifestar-se no mundo fenomênico sob diversas formas, traduzidas na produção de algum resultado empírico paralelo ou sem qualquer evento danoso (tentativa branca). Por exemplo, na tentativa de homicídio pode haver ou não a produção concomitante de lesão corporal. Caso não se note a presença desse resultado danoso, isso não desnatura a tentativa, até porque essa tem como pressuposto apenas o perigo de lesão ao bem jurídico. Pode ocorrer, ademais, que o processo causal se apresente de um modo diversificado, ora ficando seu desenrolar na dependência da atuação do agente, ora sob o efeito de um desdobramento natural sem sua intervenção seguida ou continuada, ora na sua simples expectativa de que o fato efetivamente se consume. Nos dois primeiros casos se trata de tentativa inacabada e acabada; no último, haverá uma tentativa falha.

A distinção entre tentativa acabada e inacabada pode ser feita sob a égide de dois critérios: um subjetivo e outro objetivo. Pelo **critério subjetivo** – dominante, por exemplo, na Alemanha – uma tentativa será **inacabada**, quando o agente acredite não haver realizado tudo o que, segundo sua representação do fato, seja necessário para a sua consumação; será **acabada**, quando o agente acredite haver realizado tudo o que, segundo sua representação do fato, seja necessário ou suficientemente possível para a consecução do resultado típico (*Wessels-Benlke*, Strafrecht, AT, p. 231). Pelo **critério objetivo**, haverá tentativa **inacabada**, quando o prosseguimento do processo causal até a consumação dependa da atuação concreta do agente; haverá tentativa **acabada**, quando o agente já tiver dado início ao processo causal – mesmo antes de iniciar a realização da ação típica – e não precise mais nele intervir, porque a causalidade seguirá normalmente seu curso até a consumação. Por exemplo, pelo critério objetivo, o agente atira duas vezes contra a vítima, mas não consegue matá-la, porque é impedido pela polícia, justamente no momento em que ainda dispunha na pistola de outras dez balas para fazê-lo (tentativa inacabada); o agente coloca uma bomba relógio no quarto da vítima e viaja em seguida para o Japão, deixando que a causalidade siga seu curso, de modo que os ponteiros do relógio, em dado momento, acionem a espoleta e detonem o explosivo (tentativa acabada).

Uma longa discussão se travou em torno da tentativa acabada, tendo em vista o momento a ser considerado como o início do cometimento do fato, se aquele em que o processo causal fora posto em marcha pelo primeiro ou pelo último ato executivo. Quanto à tentativa inacabada, parece não haver dúvida, porquanto o início da realização da ação típica marca o início da execução. Mas quanto à tentativa acabada, o simples colocar em marcha o processo causal pode constituir simples ato preparatório, ou mesmo a configuração de um delito autônomo. Por exemplo, colocar uma bomba em local habitado constitui já o delito de explosão (art. 251), mas pode ser apenas um ato preparatório de homicídio. Daí a necessidade de se fixarem os limites do início de execução, principalmente, quanto à tentativa acabada. Pela **teoria do plano do autor**, o ato de por em marcha o processo causal será início da execução, quando o autor já o houver considerado como o único ato a ser praticado sob sua interferência, devendo os demais seguir o curso normal dos acontecimentos (tentativa acabada). Caso, porém, não haja um plano de autor ou este seja falho, o momento do início da execução será o do último ato realizado, antes que o processo causal tenha seguimento. Pela **teoria da consideração global**, defendida mais recentemente pela doutrina, o início da execução

da tentativa acabada deverá ser extraído da manifestação concreta em torno da possibilidade próxima da ocorrência do resultado e da correspondente consciência acerca do perigo que decorre da realização da última ação a ser posta em execução pelo agente. Com isso, se substitui a teoria do plano do autor e se passa a trabalhar sob a perspectiva que resta ao autor de desistir ou não de sua obra. Na medida em que, realizada a ação, não possa mais haver desistência, mas um comportamento ativo que interrompa o processo causal já em andamento, de modo a colocar em perigo o bem jurídico, acabada estará a tentativa. Sobre isso, com pormenores, *Wessels-Beulke*, *Strafrecht*, AT, p. 232.

Por sua vez, haverá **tentativa falha** de um delito, quando, no dizer de *Wessels*, “a ação empreendida para sua realização não tenha alcançado seu objetivo e o autor houver reconhecido que, com os meios postos à sua disposição, o resultado típico não mais seria produzido ou, pelo menos, sem uma relevante interrupção temporal.” (*Strafrecht*, AT, P. 229). Por exemplo, o cofre arrombado pelo ladrão estaria vazio no momento do arrombamento; o tiro dado pelo autor não alcança a vítima em virtude da longa distância; a espoleta da bomba falha no momento de detoná-la; o ladrão não pode conduzir o veículo que quer subtrair, porque não está habituado com o câmbio automático. Em todos esses casos, que, no fundo, constituem formas de interrupção da consumação por circunstâncias alheias à vontade do agente, haverá tentativa punível. Caso controvertido de tentativa falha se dá todas as vezes em que, conforme a representação do agente, a consumação não tiver ocorrido em virtude de uma falsa apreensão da realidade e cuja concretização exija uma renovação do processo causal. Por exemplo, o autor pretende matar uma pessoa que se encontra em determinado local e em determinada hora, conforme um plano pré-estabelecido, colocando fogo em suas vestes; no momento de fazer inflamar a benzina, isto se torna impossível por falha no isqueiro; o agente joga fora o isqueiro e faz uma interrupção para buscar outro meio incendiário. A questão está em proceder a uma diferenciação entre os dois momentos da atuação do agente: o da falha do isqueiro e do uso de outro meio apropriado. Na solução dessa questão têm relevância dois modos de apreciação: a **teoria da consideração global** e a **teoria do ato individual**. Acolhendo-se, nesta hipótese, a teoria do perigo, pode-se dizer que o bem jurídico sofreu sério risco, o que torna a ação punível já no primeiro momento, não podendo o agente socorrer-se de uma alegada desistência voluntária; ao resolver buscar, porém, outro meio para continuar o serviço, inaugura uma nova cadeia causal, da qual poderá desistir. O problema está, exclusivamente, na oportunidade da atuação persecutória do Estado: se o agente for preso no primeiro momento, haveria tentativa

punível, sendo irrelevante sua conduta de interromper a execução; se, contudo, já tivesse em mãos o segundo meio e não tivesse sido preso no primeiro momento, poderia valer-se da desistência. Essa diversidade de tratamento entre o primeiro momento e o segundo faz com que a **teoria da consideração global**, para evitar que a decisão sobre a tentativa se reduza ao mero acaso, tome os dois momentos conjuntamente, conforme o plano do autor. Caso o plano só possa ser integralmente executado no segundo momento, este será continuação do primeiro, podendo o agente, então, beneficiar-se da desistência. Já pela **teoria do ato individual**, como cada ato de um plano global deva ser analisado e avaliado singularmente, haverá na espécie uma tentativa falha, sendo irrelevante a desistência quanto à execução no segundo momento. Ao acolher-se a **teoria da consideração global**, que de qualquer modo melhor retrata a realidade, deve-se fixar também o critério pelo qual os dois momentos possam ser tratados de forma unificada. A doutrina dominante, em atenção também à jurisprudência, se vale aqui do critério da **unidade natural de ação**, válido para as hipóteses de concurso de crimes, com unidade ou pluralidade de ações. Por esse critério haverá unidade de conduta quando, em face do tempo, do modo e de uma visão natural, o primeiro momento só encontre sentido caso o segundo momento também se inclua no plano do autor, ou seja a produção de um resultado só tem sentido para o agente quando este use meios idôneos; se o meio é inidôneo, sua falha se junta à busca de novos meios idôneos, de modo a constituir com eles uma unidade. Portanto, no exemplo do isqueiro que falhou e o uso posterior de um fósforo haveria unidade do fato, podendo o agente beneficiar-se da desistência quando no segundo momento resolve não mais matar a vítima.

DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA E ARREPENDIMENTO EFICAZ

O Código Penal brasileiro dispõe no art. 15: “O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados”. Essa norma encontra similares em outras legislações. Assim, o Código Penal alemão dispõe em seu § 24: “(1) Por tentativa não será punido quem, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução do fato ou impede sua consumação. Caso o fato não se consuma sem a atuação do desistente, restará este impune se tiver, voluntária e seriamente, empreendido esforços para impedir sua consumação. (2) Se do fato participam várias pessoas, não será punido por tentativa aquele que, voluntariamente, tiver impedido sua consumação. Para sua impunibilidade bastam, porém, seus esforços, voluntários e sérios, no sentido de impedir a consumação do fato, quando esta não se dê

sem sua atuação ou aquele seja cometido independentemente de sua anterior contribuição”. Da mesma forma, o Código Penal espanhol, art. 16: “2. Restará isento de responsabilidade penal pelo delito tentado quem evite voluntariamente a consumação do delito, desistindo de sua execução já iniciada ou impedindo a produção do resultado, sem prejuízo da responsabilidade em que pudesse haver incorrido pelos atos executados, se estes fossem já constitutivos de outro delito ou contravenção. 3. Quando vários sujeitos intervenham em um fato, ficarão isentos de responsabilidade penal aquele ou aqueles que desistam da execução já iniciada, e impeçam ou tentem impedir, séria, firme e decididamente, a consumação, sem prejuízo da responsabilidade em que pudessem haver incorrido pelos atos executados, se estes fossem já constitutivos de outro delito ou contravenção”.

As regras, portanto, acerca desse tema se equivalem em tais legislações, apenas com a particularidade de que nos códigos estrangeiros citados se ampliam as margens do arrependimento eficaz para se incluir também a hipótese em que o crime se consuma, mas o agente se tenha esforçado seriamente em impedi-lo, nos casos de coautoria ou participação.

A desistência voluntária ocorre na chamada tentativa inacabada, quando o agente pode prosseguir na execução do fato, porque o processo causal depende de sua constante atuação, ou seja, o curso causal está sempre nas suas mãos. Já o arrependimento eficaz pressupõe uma tentativa acabada, quando o agente já tiver dado início ao processo causal e este possa seguir seu curso sem sua intervenção.

Para que a desistência opere a isenção de responsabilidade do agente será preciso apenas que seja voluntária. Entende-se por voluntária a desistência quando não tenha sido obtida por coação direta ou indireta. Por exemplo, ao atirar contra a vítima algumas vezes, e ainda tendo munição suficiente na arma para prosseguir atirando, o agente abandona a execução por sua própria vontade, sem ser a isso obrigado. Para fundamentar a diferenciação entre desistência voluntária e involuntária, *Wessels-Beulke* invocam, aqui, a velha terminologia kantiana, dos atos **autônomos** e **heterônomos**. Será, assim, voluntária a desistência quando corresponder a uma manifestação de vontade autônoma; será involuntária, quando a manifestação da vontade for heterônoma. Não altera a autonomia da manifestação de vontade se o agente for induzido por outrem a desistir. Os motivos, portanto, da desistência são irrelevantes, quer se refiram a uma reflexão moral positiva (o agente se convence de que deve agir corretamente), quer digam

respeito a alguma vantagem (o indutor lhe oferece dinheiro para desistir). A caracterização da voluntariedade tem por base apenas a liberdade de opção do agente, não importando sua espontaneidade. Espontânea ou não, desde que voluntária, é válida a desistência. Além das formas de coação direta ou indireta, também eliminam a autonomia da manifestação da vontade na desistência outras circunstâncias que impeçam o seguimento da execução. Essas circunstâncias impeditivas da voluntariedade podem dizer respeito aos meios, quando ao agente não lhe restam mais recursos para continuar (acaba-se a munição e o agente não dispõe de outros instrumentos), ou às próprias condições do agente, quanto este se torne incapacitado para tanto (acaba se ferindo e não pode mais atirar). Entende-se por coação direta aquela que é exercida imediatamente sobre o agente. Por exemplo, a polícia ou alguém o detém no momento da execução. Haverá coação indireta, quando essa decorre de circunstâncias que estejam na iminência de intervir na sua vontade. Por exemplo, o agente deixa de atirar porque pressente a chegada da polícia. Em relação à coação indireta, convém fazer-se uma observação: para eliminar a voluntariedade é preciso que subsista efetivamente uma condição objetiva que interfira sobre a decisão do agente no sentido de constrangê-lo a abandonar a execução. Haverá coação indireta ainda quando o agente tenha falsamente representado a condição objetiva: por exemplo, desiste porque confunde a chegada de um vizinho com a presença da polícia. Neste caso, a falsa representação não o beneficia, porque a condição objetiva (a chegada do vizinho) interveio na sua decisão como uma forma de coação. Essa hipótese não deve ser confundida com aquela da indução ou do oferecimento de vantagem ao agente. Na indução, mesmo que esta lhe assinala as conseqüências punitivas para seu ato, ou no oferecimento de vantagem, o agente não se sente constrangido; apenas pondera os fatos e decide desistir de conformidade com sua vontade. Na coação indireta, o agente se sente constrangido a não prosseguir em face de uma condição que não lhe deixa margem a uma livre opção. Há, então uma manifestação de vontade heterônoma.

O código brasileiro, como já se disse, é mais rígido no tratamento do arrependimento eficaz. Para que surta os efeitos liberalizantes, será preciso que o agente impeça efetivamente a consumação do fato. Se o crime se consumar, o código lhe reserva uma causa de especial diminuição de pena (art. 16), assinalando o fato como hipótese de arrependimento posterior. Aqui cabem, porém, algumas observações: será preciso fazer-se uma diferenciação entre arrependimento anterior e posterior à consumação e também entre as espécies de delito envolvidas no caso. Conforme se trate de delitos instantâneos

de efeitos permanentes, aqueles que acometem a pessoa (homicídio, infanticídio, aborto, lesão corporal, estupro), é razoável admitir-se que o arrependimento só produza efeito se o fato não se consumar, porque, mesmo com a boa-vontade e séria contribuição do agente para evitá-la, a lesão do bem jurídico é irreversível. Já nos delitos nitidamente patrimoniais (furto, apropriação indébita, usurpação, receptação, estelionato e outros) ou de efeitos patrimoniais (duplicata simulada, emissão irregular de conhecimento de depósito ou *warrant*), o arrependimento depois do fato consumado tem eficácia para repor o bem jurídico às condições existentes no momento do início da execução. Por exemplo, o ladrão, depois de haver subtraído a bolsa da vítima e a mantido em sua posse, resolve devolvê-la absolutamente intacta a sua dona, antes que essa se desse conta da subtração. De conformidade com a regra do art. 16 do Código Penal, essa atitude do ladrão implicaria apenas uma redução de pena de um a dois terços. Essa mesma solução corresponderia ao fato de haver o ladrão vendido a bolsa, usado o dinheiro, mas ressarcido a dona, integralmente, do prejuízo meses depois, mas antes do recebimento da denúncia. Em ambos os casos, só ocorrerá uma diminuição de pena. Mas está mais do que evidente que o arrependimento no primeiro caso teve a consequência de, imediatamente, repor o bem à sua condição anterior, sem alterar, no plano subjetivo, sua relação de disponibilidade em face de sua dona, quer dizer, a imediata restituição do bem não chegou a produzir um abalo duradouro no bem jurídico, entendido, nessa hipótese, como o patrimônio em função do poder de disposição do respectivo titular. Nessas condições, melhor será proceder-se a uma interpretação extensiva do art. 15, em face da regra do art. 16, para se compreender como eficaz o arrependimento mesmo após a consumação do crime, quando o bem jurídico não tenha sido lesado de modo duradouro e recomposto à sua condição anterior, antes de o fato produzir efeitos no exercício de titularidade desse bem jurídico. *Jescheck* também admite essa forma de arrependimento (que ele denomina de desistência pós-consumação), quando se trate de delitos em que o momento consumativo foi muito antecipado, ou muito estendido (Tratado de derecho penal, p. 496). Por exemplo, o autor anula uma declaração falsa, antes de seu uso; o autor desiste de integrar uma quadrilha, ainda que não consiga demover os demais membros de tal empreendimento, ou impede que uma combustão chegue a causar perigo comum; o autor resolve não mais prosseguir com o exercício ilegal da medicina, depois de havê-la praticado por poucos dias e sem qualquer resultado danoso; o autor desiste de se manter em casa alheia, logo depois de haver ali penetrado. Em se tratando de delitos de perigo, assim, se a desistência operar-se antes que se possa verificar se esse perigo teria

idoneidade para produzir um dano, ainda que, tecnicamente, estivesse o fato consumado, é de ser estendido ao agente o efeito liberador do arrependimento eficaz. Essas ressalvas poderão ser melhor avaliadas ao proceder-se ao exame dos fundamentos da isenção de responsabilidade para os casos de desistência voluntária e arrependimento eficaz.

Além das regras constantes dos arts. 15 e 16, o Código Penal brasileiro contempla em vários dispositivos matéria relativa à desistência e ao arrependimento eficaz. Assim, a retratação do art. 143 (que é uma forma de arrependimento pós-consumação), com o efeito de isentar o agente de pena em relação aos crimes contra a honra. A desistência do seqüestrador, denunciando o fato à autoridade e facilitando a libertação da vítima, o beneficia com uma redução de pena de um a dois terços (art. 159, § 4º). No crime de subtração de incapazes (art. 249, § 2º), se o agente restitui o menor ou o interdito, sem haver este sofrido maus-tratos ou privações, o juiz lhe pode conceder perdão judicial. No crime de falso testemunho (art. 342 § 2º), se o agente se arrepende de haver deposto falsamente e se retrata antes da sentença final, ficará isento de pena. Afora esses quatro casos, o arrependimento ativo vem, normalmente, vinculado à chamada delação premiada. Assim, nos crimes relacionados ao tráfico de drogas, o agente que se arrepender e que colaborar na identificação dos demais participantes e na recuperação do produto do crime, terá a redução de pena de um terço a dois terços (Lei 11.343/06, art. 41). No crime de lavagem de dinheiro (Lei 9.613/98, art. 1º, § 5º), o agente que se arrepender e colaborar com as autoridades na apuração das infrações e na localização dos bens, terá sua pena reduzida de um a dois terços. Essas duas últimas hipóteses e ainda a previsão geral de benefício pelo arrependimento contido no art. 13 da Lei 9.807/99 (proteção de réus colaboradores) se diferem das quatro primeiras, porque não interferem na continuidade da lesão de bem jurídico. Naquelas, o arrependimento tem o significado de recompor as condições de higidez do bem jurídico, ora buscando restaurar a honra da vítima, ora sua liberdade, ora o pleno exercício do pátrio poder, ora o exercício da administração da justiça ou, como querem alguns, a verdade real do processo.

Muitos são os fundamentos para isentar de responsabilidade aquele que desiste ou se arrepende eficazmente. Podemos agrupá-los sob cinco perspectivas: a) **teoria de política criminal**; b) **teoria premial**; c) **teoria do fim da pena**; d) **teoria da unidade**; e) **teoria do dolo**; f) **teoria da culpabilidade**. A adoção de qualquer dessas teorias irá implicar também uma formulação dogmática, no sentido de justificar a isenção de responsabilidade consoante os esquemas tradicionais da teoria do delito e da pena: a)

como uma causa de exclusão da tipicidade; b) como causa de exculpação ou c) como causa pessoal de extinção da punibilidade. As teorias de política criminal, premial e da unidade conduzem a tratar a desistência no âmbito da extinção da punibilidade; as teorias do fim da pena e da culpabilidade a contemplam no âmbito das causas de exculpação ou da responsabilidade; a teoria do dolo, como causa de atipicidade.

A **teoria de política criminal**, elaborada inicialmente por *Feuerbach* (*Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs*, 1786, p. 102) e, depois, defendida por *von Liszt*, sob a metáfora da *ponte de ouro* (*Lehrbuch des Strafrechts*, 1814 p. 214), entendia que a isenção de responsabilidade ao autor devia constituir um estímulo a que pudesse regressar da ilegalidade à legalidade, abandonando a execução do delito e sua consumação. As críticas que se seguiram a esta teoria se fundam em que sobre o autor, no momento da prática do crime, influem muitos fatores, negativos ou positivos, e não única e nem decisivamente a intenção do legislador em lhe conceder um meio de se libertar da sanção penal.

Por seu turno, a **teoria premial ou da graça** postula que a isenção de responsabilidade constitui uma forma de compensação legal para o fato de o agente haver desistido do fato, independentemente de sua postura ideológica em face da ordem jurídica. Esta teoria é defendida por *Jescheck* (*Tratado de derecho penal*, p. 488), *Baumann* (*Strafrecht*, AT, 7ª edição, 1975, p. 524), e *von Hippel* (*Deutsches Strafrecht*, 1930, p. 413). O agente é perdoado pelo fato, simplesmente. Está claro que esse perdão, assim como ocorre com a teoria anterior, tem sua razões em princípios de política criminal. O perdão decorre de uma opção do legislador de, objetivamente, trocar com o agente os efeitos de seu ato e os da pena. Se os efeitos do ato forem benéficos, benéficos serão os efeitos punitivos.

Atendendo a razões de prevenção geral e especial, a **teoria do fim da pena**, que tem tido a preferência da doutrina (*Baumann-Weber-Mitsch*, *Strafrecht*, AT, 2003, p. 629), fundamenta a isenção de responsabilidade no fato de que a desistência voluntária e o arrependimento eficaz demonstram uma diminuição da vontade de cometer e consumir o fato, de modo a conduzir à conclusão de ser a pena, aqui, desnecessária. Não se trata de compensar a desistência com a isenção, mas atender a aspectos objetivos de que o agente, em face do que efetivamente realizou, não precisa ser contido pela ordem jurídica (prevenção especial), nem sua atuação implicará uma infração tão grave da norma proibitiva, que possa refletir no comportamento dos demais (prevenção geral).

A **teoria da unidade** quer transladar a questão da desistência para o campo da imposição da pena, ao considerar que inexiste uma oposição entre execução e desistência, de modo a sedimentar uma compensação ou o reconhecimento de que a pena não será mais necessária para os efeitos de prevenção. Tal como ocorre, por exemplo, na delação premiada, o que no fundo se discute, para essa teoria, são os critérios relativos a como o fato deve ser avaliado em sua totalidade, de modo a merecer desde uma isenção até apenas uma diminuição de pena. A isenção de responsabilidade na desistência, portanto, constituiria uma causa pessoal de isenção de pena a ser tratada fora do âmbito da teoria do delito (*Schmidhäuser, Strafrecht, AT, 1970, p. 498*).

A **teoria do dolo**, sustentada por *Zaffaroni*, articula que se o sujeito desiste de consumir o delito, já não atua com dolo no sentido da consumação e, por conseguinte, anula uma tipicidade já iniciada. No dizer de *Zaffaroni*, na “dialética do *iter criminis*, sempre a etapa posterior cancela a anterior, e quando o posterior seja uma desistência, o cancelamento se traduz em atipicidade da anterior e inexistência da posterior” (Manual de derecho penal, 2005, p. 655). Como consequência, essa teoria se aproxima da **teoria do defeito do tipo**, que embora não trabalhe com o dolo no tipo, porque é uma teoria de fundo causal e não final, considera inexistir o tipo quando não mais subsista o resultado por obra do sujeito. Está claro que se o dolo desaparece, também se dilui o tipo subjetivo. O problema está em se determinar se o agente, efetivamente, deixa de atuar com dolo, quando já tenha iniciado a execução e dela se afaste por conta própria. Há uma exigência, sempre lembrada para os crimes dolosos, de que o dolo deva estar presente em todo momento de execução da ação típica. Se isso é assim, então, na desistência se pode reconhecer uma interrupção do dolo e, assim, um defeito no tipo subjetivo. Isso pode valer na tentativa inacabada, quando o processo causal depende da direção concreta do agente, mas pode se tornar problemático na tentativa acabada, quando o dolo já se esgotou no ato de por em andamento os meios causais. Neste caso, o dolo só irá desaparecer quando, ao final, o resultado não mais se verificar por obra do próprio agente. Caso o agente se tenha esforçado, inutilmente, para impedir o resultado, seu dolo ainda permanece, porque se havia esgotado já no processo causal posto em marcha independentemente de sua atuação. Nessa hipótese, a teoria da atipicidade não pode prevalecer, devendo a questão ser tratada no âmbito da culpabilidade. No entender de *Zaffaroni*, ao adotar-se a teoria da atipicidade ter-se-ia como consequência que o ato de desistência praticado por um dos coautores a todos beneficiaria. Ocorre, porém, que para os demais coautores que não desistiram é questionável essa conclusão, porque seu dolo permaneceu intacto, ficando

sem fundamento, então, a desconstituição do tipo subjetivo. Trabalhar-se, ademais, apenas com o tipo objetivo é inconseqüente, porque, então, já não mais se poderia distinguir entre tentativa real e desistência.

A **teoria da culpabilidade** busca um fundamento material para a isenção de responsabilidade da desistência fora da relação puramente punitiva. Para isso, entende que a hipótese se deva enquadrar como **causa de exculpação**. As críticas que foram formuladas a essa teoria consideravam que as causas de exculpação implicavam uma exclusão da culpabilidade. *Welzel*, que pode ser considerado o grande precursor dessa teoria, já afirmava, porém, que aqui subsiste uma culpabilidade, mas de tal modo diminuta que não conduz a uma condenação (Derecho penal alemán, 1970, p. 271). Agora, com a proposta de *Roxin* de diferenciar entre culpabilidade e responsabilidade, ficou mais clara sua fundamentação. Na verdade, quando se desculpa o ato do agente não se está eliminando sua culpabilidade, apenas se declarando que, em face de circunstâncias específicas, sua condenação seria desnecessária, pois injustificável por razões de prevenção geral ou especial. A teoria da culpabilidade engloba, portanto, os fundamentos da teoria do fim da pena, mas lhe dá os contornos dogmáticos apropriados, ao incluir o tema no âmbito da própria teoria do delito. Uma vez que se incluam os fundamentos de isenção de responsabilidade na desistência e no arrependimento eficaz como elementos de exculpação, pode-se tratar melhor o tema do arrependimento pós-consumação. Se o autor recompuser as condições do bem jurídico à sua higidez anterior, antes que seu titular possa sofrer qualquer abalo efetivo em torno de sua disponibilidade, como ocorre, por exemplo, no crime de furto em que o ladrão restitui a coisa intacta antes que seu dono perceba, não subsistem razões de prevenção geral e especial que possam justificar a declaração de culpabilidade e, conseqüentemente, a punibilidade.

ARREPENDIMENTO POSTERIOR

Diversamente do arrependimento pós-consumação, mas decidido já na fase de execução, o qual poderá suscitar aquelas considerações acerca da exculpação do agente, o Código Penal brasileiro cuida no art. 16 do arrependimento posterior ao fato. Condição para a diminuição da pena, aqui, é que não se trate de fato cometido por violência ou grave ameaça, que tenha havido restituição da coisa ou ressarcimento integral do prejuízo causado à vítima e isso ocorra antes do recebimento da denúncia ou da queixa. A reparação do dano deve corresponder exatamente ao real prejuízo produzido no bem jurídico. Não deve integrar a reparação do dano aquilo que poderia ser cogitado em

termos de dano moral, porque o dano moral não faz parte dos elementos que compõem a lesão de bem jurídico. Nem se pode exigir do autor o pagamento de quantia além daquela que resulte do dano real e dos juros ou lucros cessantes efetivamente comprovados. Aqui não vigoram, para esse efeito, os termos da legislação civil (art. 186 CC) que compreende como ato ilícito a produção de dano moral. Uma vez cumpridas as condições, a pena será reduzida de um a dois terços.

CRIME IMPOSSÍVEL E CRIME PUTATIVO

A tentativa punível exige, em termos objetivos, que os meios empregados sejam idôneos a conduzir à consumação do delito, bem como que o objeto material, sobre o qual se dirige a ação do agente, corresponda integralmente à sua definição típica. A idoneidade dos meios e a impropriedade do objeto suscitam a questão da tentativa inidônea, denominada de crime impossível pelo art. 17 do Código Penal brasileiro.

Há que se fazer, inicialmente, uma aproximação aos fundamentos do delito impossível. Para tanto, foram formuladas as seguintes teorias: a) **teoria objetiva**; b) **teoria do defeito do tipo**; c) **teoria do perigo**; d) **teoria subjetiva**; e) **teoria objetivo-subjetiva**; f) **teoria da impressão**. Essas teorias já foram anteriormente discutidas quando se tratou mais atrás dos fundamentos da punibilidade da tentativa. Na verdade, os fundamentos da punibilidade da tentativa estão relacionados diretamente à sua idoneidade, valendo para essa as mesmas teorias.

O Código Penal brasileiro adotou no art. 17 a teoria de *Feuerbach*, complementada pelos fundamentos de *Mittermayer*, pela qual se distingue entre meios e objetos relativa e absolutamente inidôneos. Só haverá crime impossível (tentativa inidônea), quando os meios e os objetos forem absolutamente inidôneos. Na redação do código fala-se de “ineficácia absoluta do meio” ou de “impropriedade absoluta do objeto”, o que significa a mesma coisa que inidoneidade absoluta de ambos. O meio será absolutamente ineficaz quando não possa por sua própria natureza conduzir à consumação do delito; o objeto será impróprio, quando não possa se configurar como objeto típico. Por exemplo, fazer orações para que uma pessoa morra; ou atirar contra um cadáver, com o fim de lhe produzir a morte. Embora o sentido conferido à inidoneidade diga respeito, nestes casos, à natureza do meio e do objeto, se poderá falar também de inidoneidade absoluta quando ambos, no caso concreto, não possam conduzir à consumação. A inidoneidade, portanto, depende das circunstâncias objetivas existentes no momento da execução e não apenas

da constituição ou natureza do meio e do objeto. Um meio poderá ser, assim, idôneo em relação a uma pessoa e inidôneo quanto a outra. Por exemplo, administrar água com açúcar a um diabético constitui meio idôneo a produzir-lhe a morte ou lesão corporal por alteração de sua saúde; mas será inidôneo para uma pessoa de saúde normal. Administrar meio abortivo a uma mulher grávida é meio idôneo para produzir-lhe aborto; mas inidôneo se for usado em mulher que não se encontre nessa condição. Para caracterizar, porém, a inidoneidade absoluta será preciso que o meio ou o objeto apresentem sua deficiência de modo mais duradouro e não resulte de mera casualidade. Não será necessário, porém, para caracterizar a inidoneidade absoluta que o meio seja, em qualquer hipótese, sempre inidôneo; basta que sua inidoneidade não possa ser superada em face do contexto no qual o meio é empregado. Assim, se o ladrão enfia sua mão no bolso esquerdo da vítima e não consegue efetuar a subtração naquele momento, porque o dinheiro se encontrava no bolso direito, o meio empregado foi relativamente inidôneo, porque o delito só não se consumou por mero acaso, havendo, pois, tentativa punível. Se a vítima, no entanto, não possuía qualquer dinheiro, nem no bolso direito nem no esquerdo, a subtração do dinheiro não seria possível, caracterizando-se o meio como absolutamente inidôneo. A relação entre inidoneidade relativa e absoluta gera certa perplexidade, porque nem sempre é fácil diferenciar essas suas qualidades do meio. Aqui pode-se empregar outro recurso para proceder, com maior cientificidade, essa diferenciação. Para tanto pode-se partir de que a relação do agente para com o meio e o objeto está em função da norma que disciplina sua atividade ilícita, o que implica considerar essa relação como uma relação funcional. Isso quer dizer que o reconhecimento da inidoneidade absoluta não depende propriamente da relação do meio com o processo causal, de que, por exemplo, a vítima estivesse ou não sem dinheiro, mas, sim, do que a norma exige para caracterizar uma lesão ou um perigo de lesão ao bem jurídico. O meio será absolutamente inidôneo quando sua relação funcional, existente no momento de seu emprego, não possa se vincular a uma violação ou a um perigo de violação do bem jurídico. Se a vítima não possui dinheiro, não haverá como vincular a conduta do agente à lesão ou ao perigo de lesão do bem jurídico, descaracterizando, assim, a tentativa punível. O fundamento do delito impossível, nesse caso, não reside na eventualidade de que o ladrão não tenha encontrado dinheiro no bolso da vítima, mas em que sua conduta, em face do contexto, era inidônea, naquele momento, para lesar ou por em perigo o seu patrimônio. Toda tentativa pressupõe,

portanto, um perigo para o bem jurídico; quando esse perigo é apenas remoto, o meio será absolutamente inidôneo.

Diverso do crime impossível é o delito putativo. Diz-se que há delito putativo quando se opere um **erro de proibição ao inverso**: o agente considera, erroneamente, que sua conduta infringe uma norma proibitiva, que na realidade não existe. O autor pode errar quanto à existência da norma proibitiva (pensa que o fato, em geral, está proibido, quando inexistente uma norma proibitiva), quanto aos seus limites (pensa que, no caso concreto, a proibição existente se estende à sua conduta), desconhece uma norma permissiva de conduta (pensa que não tem autorização para agir) ou quanto à sua punibilidade (pensa que o fato é punível). Como diz *Jescheck*, a diferenciação entre crime impossível e crime putativo é bastante fácil de se proceder no caso de erro de proibição ao inverso (o agente pensa que a norma proibitiva existe). Quando se trate, porém, de erro quanto aos limites da norma, pode ocorrer que o erro incida sobre a existência de elementos normativos do tipo (erro de tipo ao inverso) ou sobre seus limites (erro de subsunção ao inverso). No primeiro caso, haverá crime impossível; no segundo, delito putativo (Tratado de derecho penal, 483). *Wessels* dá como exemplo de erro quanto à permissão o caso em que o agente, ao se defender de uma agressão patrimonial, pensa que cometera um delito, porque entende que a legítima defesa só se estende à defesa de bens pessoais, como a vida ou a integridade física e não ao patrimônio (Strafrecht, AT, p. 226).

Além dos casos de crime impossível e delito putativo, a doutrina aventa ainda a hipótese de um erro quanto à idoneidade do sujeito. Esse erro constitui uma modalidade especial de delito putativo e ocorre quando alguém pratica uma conduta que poderia constituir um delito especial (por exemplo, peculato), acreditando que detém as qualidades especiais de autoria (pensa, por exemplo, que é funcionário público).

A ADMISSIBILIDADE DA TENTATIVA

Os delitos dolosos, em geral, admitem a tentativa.

Como já salientado, não há tentativa de crime culposos. A hipótese de uma tentativa na chamada culpa imprópria, constitui, na verdade, uma modalidade de erro de tipo permissivo e deve ser tratada sob essa perspectiva e só terá relevância se o resultado culposos efetivamente se verificar. Caso a atuação errônea do agente não implique lesão

(pensa que está sendo agredido, mas não está, e se dispõe a revidar a agressão, quando, então, é contido, sem chegar a agredir a vítima), o fato é indiferente ao direito penal.

Igualmente, não se pode admitir tentativa de crime qualificado pelo resultado, quando este resultado mais grave seja culposo. Assim, na lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º) não se admite tentativa, o agente será responsável apenas pela lesão produzida, leve ou grave, conforme as consequências dolosas que acarretar. Nos crimes qualificados pelo resultado, com resultado mais grave doloso, a tentativa é admissível como se dá com os crimes dolosos em geral. Por exemplo, no crime de incêndio com resultado morte doloso (art. 250 c/c art. 258), a tentativa terá lugar com o início da combustão idônea a produzir perigo comum e a causar a morte de outrem.

Nos delitos chamados de mera atividade, é admissível a tentativa, que se produz no momento em que o agente dá início à ação, mas ainda não consegue conduzi-la de conformidade com a descrição típica. Por exemplo, no crime de violação de domicílio (art. 150), haverá tentativa quando o agente tenha já colocado um pé dentro da residência alheia, mas ainda sem haver transposto integralmente a soleira de sua porta. O mesmo raciocínio pode ser estendido aos delitos permanentes, como o seqüestro ou cárcere privado (art. 148): inicia-se a execução com o início de privação de liberdade da vítima, sem que esta, porém, esteja já submetida ao agente.

Controvertida é a tentativa nos delitos habituais. Como esses delitos só se consumam depois de realizados alguns atos sucessivos, a prática de qualquer deles poderia caracterizar a tentativa, mas esta seria juridicamente irrelevante, porque a norma proibitiva não poderá ser violada sem que a situação antijurídica se consolide. No exercício ilegal da medicina (art. 282) só se pode afirmar que efetivamente o fato ocorreu depois de o agente realizar, com certa habitualidade, atos privativos de médico. Antes disso, o fato é indiferente ao direito penal.

É admissível, mas do mesmo modo impunível, a tentativa dos delitos submetidos a condições objetivas da punibilidade. Assim, no crime de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio (art. 122), o fato só será punível, caso o suicídio se verifique ou de sua tentativa resultar lesão corporal grave, o que pressupõe a consumação das ações previstas no tipo.

A TENTATIVA NOS CRIMES OMISSIVOS

É inadmissível a tentativa nos **crimes omissivos próprios**. Se o sujeito não realizou a ação esperada, consuma-se o delito; se ainda puder realizá-la, não se iniciou a violação da norma mandamental. A inadmissibilidade da tentativa nessa hipótese decorre do lapso de tempo que se exige para a violação normativa. Uma vez que esse tempo ainda não transcorrerá, o fato é penalmente irrelevante, pela impossibilidade de se reconhecer, então, um *iter criminis* e a diferenciação entre atos preparatórios e atos de execução. É a velha e sempre atual lição de *Max Ernst Mayer* de que, se a conduta se esgotou na voluntária inatividade, “é impensável um início de execução; o que a isso se poderia, eventualmente, denominar, constitui já o fim da execução” (*Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 1915, p. 348). Na doutrina alemã atual, em face da regra contida no § 22 do código penal, se admite uma hipótese de tentativa inidônea por omissão, que lá seria concebível, porque a idoneidade dos meios e do objeto se orientariam pela representação do autor e não por qualidades objetivas. No Brasil, contudo, que adota a teoria objetiva, tal fato é penalmente irrelevante. Mas mesmo nesse caso, considera-se essa forma de tentativa como impunível (*Welzel*, *Derecho penal alemán*, 1970, p. 284; *Zaczyk*, *StGB Nomos-Kommentar*, 2005, p. 763). Analisando, por sua vez, esse tema, *Roxin* procede, teoricamente, a uma diferenciação entre delitos omissivos próprios de mera atividade e de resultado, para concluir que nesse último caso seria possível admitir-se, hipoteticamente, uma tentativa (*Strafrecht*, AT, II, p. 429), invocando, para tanto, o exemplo do delito de omissão de notificação de crime (§ 138 do CP alemão); isso, de qualquer modo, resulta irrelevante, por ser a tentativa impunível, segundo a opinião da doutrina (*Ostendorf*, *Nomos-Kommentar*, 2005. P. 2813). Quanto à omissão de socorro, por exemplo, que constitui sempre o modelo referenciado de delitos omissivos próprios, expõe *Roxin* expressamente: “Se alguém se omite de prestar socorro, estará desde logo preenchido o tipo do § 323c (correspondente ao art. 135 do CP brasileiro), daí por que o legislador, corretamente, renunciou a punir a tentativa” (*Strafrecht*, AT II, p. 429). Nesse passo, mostra-se contraditório *Zaffaroni*, porque, ao admitir a tentativa para os delitos omissivos próprios, assinala também que essa tentativa pressupõe um perigo concreto ao bem jurídico (*Manual de derecho penal*, p. 662 e 663). Ora, se subiste um perigo concreto e o sujeito deixa de atuar, não há mais que se falar em tentativa, mas sim de consumação, porque a configuração do delito de omissão de socorro só estará completa se, em face da inatividade do sujeito, resultar perigo concreto para a vítima. A tese de *Zaffaroni* deve ser aplicada aos delitos omissivos impróprios, mas não aos próprios.

Diversamente, no entanto, os **crimes omissivos impróprios** admitem tentativa, porque será, aqui, possível proceder-se a uma identificação dos limites entre os atos preparatórios e os atos de execução. A questão está em se decidir a partir de que momento se deve reconhecer o início da execução e, conseqüentemente, da violação da norma mandamental. Nesse sentido, duas teorias se manifestam. Por uma, haverá início da execução quando o agente deixa passar a primeira oportunidade para agir sem empreender a atividade esperada. Por exemplo, a mãe deixa de prestar socorro ao filho que está na piscina, na primeira oportunidade em que constatou estar ele em vias de se afogar. Por outra, o início da execução só terá lugar, quando o sujeito deixe escapar a última oportunidade que se lhe oferecia para agir. Por exemplo, a mãe deixa de socorrer, quando o filho já está mesmo se afogando. Das duas teorias, a melhor será a segunda, porque no momento da primeira oportunidade ainda não se pode dizer que houve descumprimento do dever por parte do sujeito (assim, também, *Zaffaroni*, Manual de derecho penal, p. 663). Pode ser que este esteja avaliando a situação para melhor agir, ou o perigo ainda não seja atual.

No direito brasileiro, entende *Juarez Cirino dos Santos*, em qualquer caso, tanto nos crimes omissivos próprios quanto nos crimes omissivos impróprios, ser impossível a tentativa, do ponto de vista conceitual, e inconstitucional sua punibilidade, por violação do princípio da legalidade (Direito penal, parte geral, 2006, p. 214).

A CONSUMAÇÃO

De conformidade com o disposto no art. 14, I, do Código Penal brasileiro, haverá consumação quando se reúnam no fato todos os elementos de sua definição legal. A identificação, portanto, do momento consumativo depende de uma interpretação do tipo de cada delito em espécie. Se o delito prescinde de um resultado material, separável hipoteticamente da ação, estará consumado quando ocorra um resultado de perigo; assim, também, quando se inclua entre os chamados delitos de mera atividade, estará consumado com a realização da própria conduta, uma vez que essa preencha todos os elementos de sua descrição típica. Há delitos, ademais, que não possuem resultados materiais expressamente descritos. A consumação, nesses casos, ocorre quando esse resultado, mesmo não descrito, se verifique. Por exemplo, o delito de furto não indica na sua descrição um resultado pelo qual dará lugar à lesão patrimonial, mas sua consumação só ocorrerá com esse resultado, mesmo não escrito. Como adiante veremos, por esse

mesmo motivo se torna complexa e controvertida a definição do momento consumativo no furto.

Particular destaque quanto à consumação merecem os chamados **delitos de empreendimento**, que englobam na descrição típica atos de tentativa. Por exemplo, no crime de evasão de preso mediante violência (art. 352), haverá consumação quando o preso efetivamente se evada, ou quando tente evadir-se, empregando violência contra a pessoa. Nesses delitos, ademais, embora possível, é inadmissível a tentativa, já que esta já está capitulada como consumação. Por seu turno, uma tentativa de tentativa de fuga soa um absurdo. Se o agente empreende violência para fugir, já terá tentado fugir e com isso consumado o delito. Se ainda não empreendeu violência, embora esteja fugindo, o fato é penalmente irrelevante. Se o agente ameaça o carcereiro, só responde pela ameaça e não por tentativa de fuga. Se tenta a violência, responderá pela tentativa do crime correspondente à violência, mas não pela tentativa de fuga.

TENTATIVA E CONSUMAÇÃO DE ALGUNS DELITOS

Nem sempre é fácil proceder-se à identificação da tentativa e da consumação de alguns delitos, em face da carência na sua definição típica. No crime de aborto, o fato se consuma com a morte do feto; haverá tentativa quando o agente empreende meios abortivos, mas o feto não é expelido e não morre, ou quando é expelido, mas não morre. No crime de furto, há uma longa discussão em torno de seu momento consumativo. Nos práticos medievais vigoravam as velhas indicações romanas da *contrectatio*, *ablatio* e *amotio*, hoje completamente abandonadas e que correspondiam ao simples toque na coisa (*contrectatio*), sua apreensão (*ablatio*) e seu deslocamento (*amotio*). Em face da interpretação que se dá à expressão *subtrair*, conjugada com o fim de apoderamento do agente (*para si ou para outrem*), a doutrina costuma entender a consumação do furto, agora, sob duas perspectivas: da posse pacífica ou do deslocamento da coisa para fora da esfera de vigilância de seu titular. Parece, todavia, que a melhor solução deve provir do sentido da subtração: o que o agente visa é apoderar-se da coisa; com isso, a consumação se dará no momento em que o agente destituir o titular de seu poder de disposição sobre a coisa, o que se dará quando o agente detém pacificamente a coisa. Está claro que se o agente desloca a coisa para fora da esfera de vigilância, normalmente a deterá sem turbação. Mas é possível que o agente situe a coisa em um local desconhecido para o titular e, portanto, fora da esfera de vigilância, mas sem que possa dela dispor. Nesta hipótese haverá um rompimento da disponibilidade, mas sem novo poder de disposição, caracterizando a

tentativa e não a consumação do furto. Por exemplo, o empregado esconde um anel no duto de ar condicionado de uma residência para mais tarde levá-lo embora; nesse ínterim, porém, é demitido e não tem mais acesso ao local. Houve, aqui, rompimento do poder de disposição do titular, que está sem saber onde se situa a coisa, mas sem novo poder de disposição por parte do empregado, que não o pode exercer. Haverá, assim, apenas tentativa de furto. O crime de bigamia (art. 235) se consuma com a declaração de vontade de ambos os nubentes perante o juiz; se apenas um deles manifesta sua vontade, sem que o outro ainda o faça, haverá tentativa. Na hipótese de casamento religioso com efeitos civis, só haverá consumação com a inscrição da certidão da celebração no registro civil; antes disso o fato é juridicamente inexistente e constitui unicamente ato preparatório; assim, haverá tentativa quando essa certidão é levada a registro, mas este ainda não foi efetivado. No crime de moeda falsa (art. 289), haverá consumação quando qualquer moeda seja fabricada; haverá tentativa, quando se tenha produzido parcialmente uma moeda, por exemplo, se tenha cunhado apenas sua metade. Aqui, os atos preparatórios (fabricar, adquirir, guardar ou possuir aparelhos destinados a falsificar moeda) são punidos como delito autônomo (art. 291).