

TENTATIVA

Lauren Paoletti Stefanini*

No Código Penal consta:

“Artigo 14 - Diz-se o crime:

Crime consumado

I. consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal;

Tentativa

II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Pena da tentativa

Parágrafo único. Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços.”

Segundo o CP, consuma-se o delito quando este é realizado integralmente. Na tentativa não há o preenchimento de todos os elementos que constituem o tipo, ou seja, não se realizam todas as fases necessárias à consumação do delito. O *iter criminis*, que é o caminho desenvolvido para concretizar-se o crime, não é totalmente percorrido.

O estágio de realização do crime que está entre a preparação e a consumação do delito é o da execução, denominado também *tentativa*.

“É a manifestação da resolução para o cometimento de um fato punível através de ações que se põem em relação direta com a realização do tipo legal, mas que não tenham conduzido à sua consumação.” (Wessels, 1976, p.133).

A preparação

é aquela forma de atuar que cria as condições prévias adequadas para a realização de um delito planejado. Por um lado, deve ir além do simples projeto interno (mínimo),

* Mestranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

sem que deva, por outro, iniciar a imediata realização tipicamente relevante da vontade delitativa (máximo)". (Maurach, 1962, v. 2).

Há uma série de etapas que devem ser realizadas na trajetória do crime a fim de que seja atingida a *meta optata* (escopo). Quando o agente não consegue atingir o resultado pretendido, configura-se a tentativa, que se distingue, portanto, do crime consumado, no plano físico ou material. Neste, o elemento subjetivo do delinqüente é exatamente o que se passa no plano externo e, na tentativa, o sujeito não realiza no mundo exterior o seu elemento volitivo.

O *iter criminis* é composto das seguintes etapas: cogitação, atos preparatórios, atos de execução e consumação.

A *cogitação* pertence ao foro íntimo do indivíduo, pois diz respeito ao seu pensamento, idéia inicial, não sendo alcançada pelo Direito Penal a menos que seja externada a terceiro, figurando, de *per si*, um fato típico.

Os *atos preparatórios* não constituem, ainda, o início da execução, mas já se situam no campo externo, passando a uma ação objetiva. Da mesma forma, não são puníveis a não ser que, por eles mesmos, já caracterizem um crime previsto em lei. Representam, portanto, a conduta que precede, pelo prisma temporal, a execução do fato criminoso: um trecho da realidade fática que não é atingido pela pena.

Os *atos de execução* são dirigidos diretamente à prática do crime, colocando o agente em relação imediata com a ação típica. A tentativa só existe e se inicia quando há atos executórios. É uma realização incompleta do tipo penal. O agente pratica atos de execução que não atingem a *consumação* por outros motivos alheios ao seu desejo.

A distinção entre atos preparatórios e executórios se faz por meio de vários critérios, por se tratar de uma questão complexa e polêmica. Alguns deles levam em consideração a distância da consumação, a periculosidade dos atos etc.

Os dois critérios mais utilizados e aceitos são os do ataque ao bem jurídico (material) e o do início da realização do tipo (formal).

Na análise material, verifica-se se houve perigo ao bem jurídico e, na formal, se averigua quando se inicia a realização da conduta núcleo do tipo (verbo penal). Este último vem estipulado na lei e exige que o agente tenha praticado, de maneira efetiva, uma parte do próprio fato típico, penetrando em seu núcleo.

No ensinamento de José Frederico Marques (1965, v.2, p.283), "a atividade executiva é típica", e com apoio em Luis Jimenez de Asua complementa: "há começo de execução quando se penetra no núcleo do tipo".

São elementos da tentativa a conduta do agente que consubstancia, em um ato de execução, a não-consumação por circunstâncias independentes da sua vontade e um elemento subjetivo que constitui a intenção do agente de alcançar o resultado.

Destacam-se, assim, como elementos materiais dos atos da tentativa, pelo aspecto objetivo: o início da execução e a sua não-consumação. Pelo critério subjetivo, é necessário, da parte do sujeito ativo, o propósito de atingir o resultado.

Esta última questão diz respeito ao dolo da tentativa, que é elemento indispensável para sua configuração. O sujeito ativo deve querer a consumação do delito, mas situações externas que o circundam, e que dele não dependem, o impedem de atingi-la. O indivíduo não possui o controle sobre tais circunstâncias, que determinam a interrupção do caminho do crime sem que o autor assim o deseje.

A vontade de atingir o resultado deve ser consciente e sua intenção pode ser direta ou indireta. O dolo da tentativa é o mesmo do delito consumado, pois depende da vontade do agente. Não se exige dolo especial para a tentativa. É pelo elemento subjetivo que se distingue qual a intenção delitiva do indivíduo.

Existe, doutrinariamente, a diferenciação entre tentativa perfeita ou acabada (crime falho) e tentativa imperfeita ou inacabada.

Na primeira hipótese, o agente realiza tudo que está ao seu alcance para obter o resultado pretendido, mas este não acontece. Já na segunda hipótese, o autor não exaure, na prática dos atos executórios, toda a potencialidade ofensiva dirigida ao bem jurídico.

Para que haja a tentativa é essencial que a não-consumação do delito independa da vontade do autor que deseja o resultado. Se a consumação não for atingida por alguma atividade do próprio agente, afasta-se a tentativa e configuram-se a desistência voluntária e o arrependimento eficaz.

Observe-se que a desistência relaciona-se com a tentativa imperfeita, em que o agente intencionalmente não esgota, na sua conduta, a materialidade do procedimento delituoso. Quanto ao arrependimento, este só é possível com relação ao crime falho, quando o sujeito ativo já concretizou a série de atos necessários à consumação do crime, mas uma nova conduta impede sua consumação.

Na desistência voluntária, o agente paralisa o procedimento criminoso por conta própria. O resultado não sobrevém em virtude de o sujeito ter desistido de praticar o ato, embora tenha iniciado a execução. Responderá pelos atos realizados até então, desde que constituam um delito.

A desistência de prosseguir, na realização típica, deve ser voluntária, mas não necessariamente espontânea, pois independe de fatores externos que a influenciem. O agente não pode ser coagido física ou moralmente a desistir, mas a idéia da desistência pode ser de terceiro ou da própria vítima, não precisando ser sua. O agente pode continuar, mas não quer. Se, ao contrário, ele quer dar prosseguimento, mas não pode, há tentativa.

No arrependimento eficaz, o agente pratica todos os atos que podia usando os meios que dispunha para tanto, mas arrepende-se e evita a ocorrência do resultado. Tal arrependimento também deve ser voluntário, mas não necessariamente espontâneo, e o sujeito responde pelo que praticou. A atividade do autor para evitar a consequência lesiva deve ter sucesso para caracterizar a figura do arrependimento eficaz.

Cabe ressaltar, como ponderou Basileu Garcia em sua obra, que

“uma razão de política criminal justifica a influência eximente atribuída à desistência e ao arrependimento. Há interesse social em que os crimes, iniciados, não cheguem à consumação.

Amparando esse interesse, o legislador promete ao autor do acontecimento a impunidade dos atos executórios interrompidos voluntariamente, contanto que não constituam crimes por si próprios. Mesmo, porém, punido pelos atos de execução que perfeçam delitos autônomos, o agente se vê favorecido pela desistência ou arrependimento, pois não é alcançado pelas penas, mais graves, da tentativa do delito que objetivara.” (Garcia, 1982).

Com efeito, a discussão sobre a tentativa, a desistência e o arrependimento levou à conclusão de que existe um ponto comum entre elas, que é o da tipicidade dos atos realizados pelo agente antes da cessação, voluntária ou involuntária, do *iter criminis*. Desse modo, a diferença fundamental entre os institutos não se encontra na teoria do crime, mas na sanção punitiva. É por isso que se diz que o arrependimento e a desistência são causas inominadas de exclusão de punibilidade, tendo-se em conta, como já foi explicitado, razões da ordem de política criminal.

Merece ser mencionada, neste ponto, a questão do arrependimento posterior que funciona somente como uma causa de diminuição de pena, pois consiste em uma reparação do dano causado após o cometimento do fato delituoso. Tal reparação deve ser pessoal, completa e voluntária, não se exigindo, no último requisito, a espontaneidade.

A figura do crime impossível relaciona-se com a tentativa, também denominada tentativa impossível, inidônea, inadequada ou quase crime.

Nesses casos, a consumação do delito jamais se realizará, e assim o agente deixa de ser responsabilizado pelos atos praticados. Vale dizer que a tentativa não poderia chegar, de forma alguma, à fase da consumação, o que a leva a não ser considerada figura delituosa.

Duas são as situações legalmente previstas que caracterizam o crime impossível e, conseqüentemente, excluem a tentativa. São elas: ineficácia absoluta do meio e absoluta impropriedade do objeto.

No primeiro caso, o meio utilizado pelo agente para obter o resultado é inadequado, inidôneo, inteiramente ineficaz por força do agente ou por circunstâncias estranhas a ele. Vale dizer que o meio empregado, por si só, não pode produzir o resultado.

No segundo, o objeto materialmente visado não existe ou não pode sofrer absolutamente nenhum ataque danoso, motivo pelo qual o delito nunca se realizaria pela ausência da coisa material visada.

Em ambos os casos, não existe tentativa porque não se inicia a execução da ação típica. Caso o meio ou o objeto sejam relativamente eficazes ou capazes de serem atingidos, dá-se a tentativa punível.

Destaca-se o crime provocado, como aquele em que o agente é induzido à prática criminosa por um terceiro, no mais das vezes um policial, a fim de que seja efetuada a prisão em flagrante.

Sobre o assunto, o STF estabeleceu a Súmula n. 145, relacionando-a com o flagrante preparado que se distingue do esperado, em que há tentativa. Diz que: “Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a consumação do delito”.

Saliente-se que não se admite tentativa de crime culposos que depende sempre de um resultado lesivo, frisando que “tentativa e culpa são noções antitéticas”, no dizer de Magalhães Noronha (1997); “naquela o agente fica aquém do que queria; nesta vai além do que desejava”.

É igualmente inadmissível a tentativa — havendo em alguns casos controvérsia — nos crimes habituais, nos unissubsistentes de ato único, nos omissivos próprios ou puros, nos delitos permanentes e continuados, nas contravenções por força de lei etc.

Os crimes complexos são aqueles que trazem dois ou mais tipos em uma única descrição legal, ou aqueles que, em uma única figura típica, abrangem um tipo simples, com o acréscimo de fatos ou circunstâncias que sozinhas não são típicas.

Nesses casos, a tentativa ocorre com o princípio de execução do crime que inicia a constituição do tipo, ou com a prática de apenas um dos crimes que o compõem.

Isso significa que a tentativa, nos crimes complexos, configura-se com o começo da execução do crime, que inicia a formação do todo unitário e, exceto disposição expressa e legalmente prevista estipulando o contrário, só ocorre a consumação na medida em que todos os crimes componentes estejam integralmente realizados.

Toda vez que não se consumarem os crimes componentes haverá tentativa, pois a consumação tem por exigência a realização integral do tipo, que, no caso específico, caracteriza-se como um todo complexo incindível.

A respeito da punibilidade da tentativa existem duas teorias, quais sejam, subjetiva e objetiva. A primeira prega a aplicação da mesma pena que a do delito consumado; a segunda propõe pena menor que a do crime consumado, o que foi adotado pelo Código Penal.

O fundamento da teoria subjetiva reside na vontade do autor contrária ao direito; o da teoria objetiva está na ausência de lesão e perigo ou na sua ocorrência em menor grau.

O critério para a aplicação da redução de pena no seu máximo ou mínimo legalmente permitido, construído pela jurisprudência, consiste em apreciar o quanto do *iter criminis* foi percorrido e sua aproximação maior ou menor em relação à consumação. Fixa-se a pena com base no menor ou maior avanço do agente em relação ao momento de consumação. Quanto maior a proximidade, menor a carga redutora de pena e vice-versa.

Saliente-se, por fim, que não se confunde a consumação com o exaurimento do crime. Este ocorre após o delito estar consumado, ocasionando outros resultados lesivos. No dizer de Heleno Fragoso, exaure-se o crime “quando o agente vem a alcançar o fim que pretendia, além do resultado que consoma o delito” (Fragoso, 1987, p.253).

Na consumação todos os elementos da composição de um tipo penal são preenchidos integralmente. No conceito de Aníbal Bruno, consumação

“é a fase última do atuar do criminoso. É o momento em que o agente realiza em todos os seus termos o tipo legal da figura delituosa, e em que o bem jurídico penalmente protegido sofreu a lesão efetiva ou a ameaça que se exprime no núcleo do tipo. É em face do tipo legal do crime que se pode concluir se o atuar do agente alcançou a fase de consumação.” (Firmo, 1984, t.II, p.254).

Referências Bibliográficas

- FIRMO, Aníbal Bruno de Oliveira. *Direito Penal: Parte Geral*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- FRANCO, Alberto Silva et al. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. Prefácio de Paulo José da Costa Jr. 5 ed.
- GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 6 ed. São Paulo: Max Limonad, 1982.
- MARQUES, José Frederico *Tratado de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1965. v.II.
- MAURACH, *Tratado de Derecho Penal*. Barcelona: Ariel, 1962. v. 2.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 1995. v. 1
- NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito Penal*. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1.
- WESSELS, Johannes. *Direito Penal*. Porto Alegre: Fabris, 1976.