

# Revista Jurídica

Ano XLV — Nº 239 — Setembro de 1997

## Repositório Autorizado de Jurisprudência:

- Supremo Tribunal Federal - SDI Nº 003/85
- Superior Tribunal de Justiça - Nº 09/90
- Tribunal Regional Federal 1ª R. - Nº 05/92
- Tribunal Regional Federal 4ª R. - Nº 001

### FUNDADOR

Prof. Angelito Asmus Aiquele

### DIRETORES

Luiz Antônio Coutinho Paixão  
Luiz Antonio Duarte Aiquele  
Marco Antônio Coutinho Paixão

### EDITOR CHEFE

Walter Diab

### CONSELHO EDITORIAL

Antônio Janyr Dall'Agnol Jr. - Araken de Assis  
Fábio Luiz Gomes - Ovídio Araújo Baptista da Silva  
Sérgio Gilberto Porto

### COLABORADORES

Ada Pellegrini Grinover - Adhemar Ferreira Maciel - Alexandre R. Atheniense  
Antonio Chaves - Antonio de Pádua Ribeiro - Antônio Vital Ramos de Vasconcelos  
Aristóteles Atheniense - Arnoldo Wald - Athos Gusmão Carneiro - Cândido Rangel Dinamarco  
Carlos M. S. Velloso - Cláudio Santos - Cristiano Paixão Araújo Pinto - Eli Alves Fortes  
Elício de Cresci Sobrinho - Elísio de Assis Costa - Eulámpio Rodrigues Filho - Felon Teodoro Reis  
Fernando da Costa Tourinho Filho - Francisco de Assis Toledo - Francisco Norival Fraga do Couto  
Gelson Amaro de Souza - Geraldo Batista de Siqueira - Geraldo Gonçalves da Costa  
Gerson Fischmann - Heráclito A. Mossin - Hugo Nigro Mazzilli - Humberto Theodoro Júnior  
Ilmar Galvão - J. Nascimento Franco - Jayme Piterman - José Henrique Pierangeli  
Luís Paulo Sirvinskas - Luiz Vicente Cernicchiaro - Negi Calixto - Ney Fayet  
Orlando de Assis Correa - Osmar Brina Correa Lima - Paulo Cesar Salomão - Paulo Cesar Scanavez  
Paulo Roberto S. da Costa Leite - Paulo Sérgio Prata Rezende - Pedro dos Santos Barcelos  
Raimundo Gomes da Cruz - Rivaldo de Souza Marques - Rolf Madaleno - S.O. Castro Filho  
Sálvio de Figueiredo Teixeira - Sérgio Resende - Sydney Sanches- Theotônio Negirão  
Tupinambá Miguel Castro do Nascimento - Voltaire Marensi - Wagner Guerreiro  
Washington de Barros Monteiro - Washington Epaminondas Barra

### CONSULTORES

Área Cível: Consultoria Interna  
Área Criminal: Dr. José Francisco Oliosi da Silveira

P  
R. Jurid  
n. 239 / ec 2  
1997

## PENA – TENTATIVA – TEORIA GERAL DO TIPO – CONFIGURAÇÃO JURÍDICA

**Luiz Vicente Cernicchiaro**

Ministro do STJ e Professor da Universidade de Brasília

O princípio da reserva legal, quando consagrado, voltava-se para um dado cronológico: a conduta somente poderia ser tida como delito se, previamente, definida como tal. Impedia-se, assim, o ilícito ser definido após a ação, ou omissão. Hoje, não se abandonou a exigência; ganhou, porém, outro realce, qual seja, o comportamento delituoso ser exaustivamente descrito. A garantia que se busca preservar só se completa quando a pessoa conhecer, antes, e com precisão, a proibição, através de lei (sentido formal). É a *concrettezza* de que falam os italianos. Vedam-se, então, os chamados “tipos abertos”, ou seja, sem a descrição mencionada.

Em decorrência, o tipo constitui permanente preocupação, dada a imprescindibilidade de o comportamento delituoso ser projetado com todos os pormenores. Ganhou, pois, importância a teoria geral do tipo. Em consequência, a configuração jurídica da tentativa. Notadamente, neste particular: constitui tipo autônomo, ou é parte de outro tipo, incompleto, por que o resultado não ocorreu por circunstâncias alheias à vontade do agente?

A doutrina mostra-se dividida. Pouco importa serem “causalistas”, ou “finalistas”.

A indagação leva a esta pergunta: a tentativa é crime autônomo, crime perfeito, ou, ao contrário, crime imperfeito, no sentido de não haver se completado o tipo que o agente desejara realizar?

A Parte Especial do CP descreve somente crimes consumados. Mera questão de técnica legislativa. Evita, ao lado de cada tipo compatível com o instituto, acrescentar também a modalidade tentada. O texto a definiu, na Parte Geral. Como o Código constitui unidade jurídica, as normas da Parte Geral aplicam-se à Parte Especial. Daí, serem denominadas *normas de extensão*. Alcançaram, pois, todos os tipos delituosos.

O tipo encerra os elementos da conduta, integrantes da tipicidade, da ilicitude, da culpabilidade, não obstante algumas divergências. O dissídio maior se dá quanto à punibilidade, no sentido de defini-la como integrante do tipo. E mais. Se a culpabilidade é pressuposto da pena. Entendo, como, entre nós, há anos, sustentava BASILEU GARCIA,

que a pena integra o tipo, dado não haver crime sem sanção. Com efeito, a pena é consequência lógica (não se confunde com a consequência material) da conduta que contrasta o preceito.

Há tipos que se aproximam; semelhantes, mas não idênticos. Ilustrativamente, o homicídio e a lesão corporal. Só se realiza o primeiro passando-se pelo segundo (princípio da absorção).

O tipo da tentativa projeta-se com a conjugação de dois tipos. Assim, art. 121 c/c art. 14 do CP.

Na tentativa de homicídio, têm-se:

a) tipo objetivo – matar alguém

b) tipo subjetivo – dolo

c) elemento especial – não ocorrer a morte por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Há, pois, fusão de duas normas. Evidente a autonomia jurídica. A tentativa não se confunde com a consumação. Tecnicamente, figuras distintas, não se identificam (sentido lógico).

Tem-se, pois, “crime tentado” e não “tentativa de crime”. É, portanto, tipo perfeito. Em se colocando em confronto o tipo de crime consumado e o tipo da tentativa, observa-se identidade quanto à ilicitude; distinguem-se quanto à tipicidade (o resultado não é o mesmo), quanto à culpabilidade (censura-se mais intensamente quem produz evento mais grave) e quanto à punibilidade (a sanção do crime consumado é mais severa).

BETTIOL (“Diritto Penale”, Cedam, Padova, 1976, 9ª ed., p. 533) observa que a tentativa se considera crime imperfeito só e enquanto relacionado com a consumação. Todavia, quando à estrutura, apresenta todos os elementos indispensáveis à configuração de um delito. A distinção, acentua, é quanto à objetividade jurídica: constitui perigo de lesão e não lesão efetiva ao bem jurídico.

Assim, a tentativa é um tipo; a consumação, outro tipo. Impõe-se pensar normativamente e não com o fato bruto!

Dessa conclusão decorrem consequências. Registro uma. A pena deve ser menor. A sanção é pensada também quanto ao impacto da conduta no bem jurídico.

O magistrado, de modo geral, quando vai aplicar a pena relativa à tentativa, raciocina como se estivesse diante do crime consumado, limitando-se, simplesmente, à final, a fazer a redução de um a dois terços. Como se o tipo de tentativa não tivesse a sua cominação. Dir-se-ia: a pena cominada à tentativa de homicídio é de reclusão de 06 a 20 anos, com a mencionada redução de um a dois terços. Quem assim pensa confere à tentativa a natureza de causa especial de diminuição de pena. Não corresponde à realidade normativa. Em se levando em conta a referida pena, reduzindo-se o máximo (no grau mínimo), ter-se-ão 02 anos; a mesma operação, considerada agora a redução mínima (no grau máximo), será de 13,4 anos.