

Crime impossível e imputação objetiva.

DAMÁSIO DE JESUS

Professor de Direito Penal

Nos termos do art. 17 do Código Penal, “*não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime*”. Em certas hipóteses, verifica-se, *ex-post*, que o autor jamais poderia atingir a consumação, quer pela inidoneidade absoluta do meio executório, quer pela absoluta impropriedade do objeto material (pessoa ou coisa). O instituto corresponde ao que se denomina “crime impossível”⁽¹⁾, apresentando três espécies:⁽²⁾

- 1ª) delito impossível por ineficácia absoluta do meio;
- 2ª) delito impossível por impropriedade absoluta do objeto material;
- 3ª) crime impossível por obra de agente provocador.

Ocorre o primeiro caso quando o meio executório empregado pelo insciente pseudoautor, pela sua natureza, é absolutamente incapaz de causar o resultado (ausência de potencialidade lesiva). Ex.: o sujeito, por erro, desejando matar a vítima

⁽¹⁾ É também chamado quase-crime, crime falho, delito de ensaio, tentativa inidônea ou inadequada.

⁽²⁾ As duas primeiras estão previstas no art. 17 do CP; a última, resultante do emprego da analogia *in bonam partem*. A doutrina geralmente só apresenta os dois primeiros casos como espécies do crime impossível.

mediante veneno, coloca açúcar em sua alimentação, pensando tratar-se de arsênico⁽³⁾. Inclui-se nessa hipótese a chamada tentativa irreal ou supersticiosa, como é o exemplo de o sujeito desejar matar a vítima mediante ato de magia ou bruxaria.

Na segunda espécie, inexistente o objeto material sobre o qual deveria incidir o comportamento, ou, pela sua situação ou condição, torna-se absolutamente impossível a produção do resultado visado,⁽⁴⁾ circunstâncias desconhecidas pelo agente. Ex.: "A", pensando que seu desafeto está dormindo, golpeia um cadáver.⁽⁵⁾

A terceira hipótese de crime impossível corresponde ao denominado *crime putativo por obra de agente provocador*.⁽⁶⁾ Ex.: alguém, vítima ou terceiro, de forma insidiosa, provoca o sujeito a cometer um crime, ao mesmo tempo que toma providências para que não atinja a consumação. A ineficácia e a impropriedade não recaem sobre o *meio executório* nem sobre o *objeto material*. A impossibilidade absoluta de o delito vir a alcançar o momento consumativo decorre do conjunto das medidas preventivas tomadas pelo provocador. Por isso, ao lado da ineficácia absoluta do meio e da impropriedade absoluta do objeto, o art. 17 pode ser ampliado por analogia, estendendo-se a um terceiro caso: o do agente provocador, em que o conjunto de circunstâncias por ele dispostas exclui a possibilidade de consumação do crime.⁽⁷⁾

Nos três casos, não há tentativa por ausência de tipicidade. A que fundamento?

Diversas teorias discutem a razão da punição e impunidade do crime impossível: a subjetiva, a sintomática, a objetiva pura e a objetiva temperada, esta adotada pelo CP vigente. Entre nós, quando absoluta a ineficácia do meio ou a impropriedade do objeto material, o fato é atípico a título de tentativa,⁽⁸⁾ subsistindo esta quando meramente relativas.

Hoje, adotada a teoria da imputação objetiva, torna-se claro o fundamento da atipicidade do crime impossível.

Imputação objetiva é a atribuição a alguém da realização de uma conduta criadora de um risco relevante e juridicamente proibido a um interesse penalmente protegido, resultando um evento jurídico (resultado normativo).

Fala-se em imputação objetiva da conduta e imputação objetiva do resultado. No primeiro caso, o comportamento existe, mas é afastada a tipicidade por ausência de criação de um risco ao bem, ou, presente o risco, ele não se mostra relevante ou juridicamente proibido, ou não se converte em resultado jurídico. Na segunda hipótese, o resultado jurídico existe, mas sua tipicidade é afastada em razão de não ser relevante ou juridicamente proibido, ou, ainda, por não se conformar ao risco causado pelo autor.

⁽³⁾ Os exemplos são variados: propinação de um grama de veneno quando eram necessários três para matar a vítima; ingestão de substância inócua por mulher grávida que deseja abortar; atirar na vítima com revólver de brinquedo ou com arma de fogo desmuniçada (RT, vol. 514, p. 336); falsificação grosseira; fraude grosseira no estelionato (RT, vol. 608, p. 337); dinheiro marcado (RT, vol. 520, p. 405); sistema de alarme que torna absolutamente impossível a subtração do objeto material (RT, vol. 545, p. 373) etc.

⁽⁴⁾ O crime impossível por impropriedade absoluta do objeto é espécie do delito putativo por erro de tipo. As outras duas espécies de crime putativo são delito putativo por erro de proibição e delito putativo por obra de agente provocador.

⁽⁵⁾ Existem diversos exemplos: ingestão de substância abortiva por mulher que se supõe grávida; ausência absoluta de objeto material no furto; subtração do objeto próprio etc. Nesse sentido: RT, vol. 595, p. 378.

⁽⁶⁾ Há outras denominações, como crime de ensaio, de experiência ou de flagrante provocado. Entendemos que o delito putativo por obra de agente provocador configura espécie de crime impossível. Nesse sentido: MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Campinas: Bookseller Editor, 1997, I, p. 392, nº 1.

⁽⁷⁾ A Súmula nº 145 do STF trata do delito putativo por obra de agente provocador, o denominado delito de flagrante provocado: "Não há crime quando a preparação do flagrante pela Polícia torna impossível a sua consumação". Não se confunde com o delito de flagrante "esperado", em que alguém, vítima ou terceiro, normalmente a Polícia, tomando conhecimento de que um delito vai ser praticado, "espera" sua execução para prender o delincente em flagrante.

⁽⁸⁾ Atípico o fato, não há imposição de pena ou medida de segurança.

Como ensina MARGARITA MARTINEZ ESCAMILLA, “a primeira característica que deve apresentar um comportamento para que seja possível a imputação é que se trate de um atuar perigoso, que crie um determinado grau de probabilidade de lesão do bem protegido”.⁽⁹⁾ Como se vê, um dos elementos da imputação objetiva é um comportamento criador de um risco relevante e juridicamente não permitido ao bem jurídico (desvalor da ação). Não basta a conduta, sendo necessário que crie perigo duplamente qualificado ao bem jurídico. Ausente o risco, o comportamento é atípico.⁽¹⁰⁾ Não há, então, imputação objetiva da conduta.

Não é suficiente a criação do risco. É necessário que, no caso concreto, ele se converta num resultado jurídico (afetação jurídica potencial ou efetiva do interesse). É preciso, pois, que haja um interesse e que este seja afetado.

No crime impossível pela inidoneidade absoluta do meio executório, embora o objeto jurídico exista, não há criação de risco. Logo, não há imputação objetiva da conduta.⁽¹¹⁾ Não há falar-se em tentativa, uma vez que ela exige um elemento objetivo: o perigo para o bem penalmente tutelado.⁽¹²⁾ Trata-se de um risco objetivo e real, advindo desta circunstância o conceito de *idoneidade*. Se a conduta não possui idoneidade para lesar o bem jurídico, não constitui tentativa. E não há tentativa por ausência de imputação objetiva da conduta.

É necessário, como vimos, para que se reconheça a imputação objetiva, que haja, no caso concreto, um bem a ser protegido. Se não existe, o fato é atípico. No crime impossível por impropriedade absoluta do objeto material, embora a conduta seja potencialmente lesiva,⁽¹³⁾ inexistente a coisa ou pessoa a ser protegida. Em face disso, não havendo objeto material, inexistente interesse jurídico a ser tutelado. É o caso de o agente atirar em um cadáver supondo tratar-se de pessoa viva. Nessa hipótese, não existe imputação objetiva da conduta por inexistência de objeto jurídico.

Na última espécie, a do crime impossível por obra de agente provocador, aplicada a teoria da imputação objetiva, verifica-se que a conduta não causa nenhum risco ao bem jurídico em face das providências da vítima ou do terceiro (a objetividade jurídica não sofre o mínimo perigo de afetação). O comportamento do provocado, diante das providências do provocador, configura um irrelevante penal. A ação, ensina CLAUS ROXIN, para ser penalmente considerada em face do Direito Penal, deve oferecer um risco ao bem jurídico. Se não há risco, não existe imputação objetiva.⁽¹⁴⁾ Trata-se de ausência de imputação objetiva da conduta,⁽¹⁵⁾ conduzindo à atipicidade do fato.⁽¹⁶⁾

⁽⁹⁾ *La Imputación Objetiva del Resultado*. Madri: Edersa, 1992. p. 61.

⁽¹⁰⁾ A imputação objetiva configura elemento normativo do tipo.

⁽¹¹⁾ No sentido da atipicidade por ausência de imputação objetiva, apreciando a denominada tentativa supersticiosa: PESSOA, Nelson R.; MACCHI, José I. Gonzalez (orgs.). *Código Penal Comentado*. Assunção: Bibliográfica Jurídica Paraguaya, 2000. tomo I, p. 247.

⁽¹²⁾ MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *Op. Cit.*, p. 155, nº V, a.

⁽¹³⁾ Ex.: detonar uma arma.

⁽¹⁴⁾ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. I, p. 373. No mesmo sentido: JESCHECK. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Editorial Comares, 1993. pp. 258-260.

⁽¹⁵⁾ Não há conduta causadora de risco relevante e juridicamente proibido.

⁽¹⁶⁾ Como afirmam ZAFFARONI e PIERANGELI, tratando genericamente da objetividade jurídica, “para que uma conduta seja penalmente típica é necessário que tenha afetado o bem jurídico”, configurando “a afetação jurídica um requisito da tipicidade penal” (*Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. São Paulo: RT, 1997. p. 563).