

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 37 • nº 147
julho/setembro – 2000

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

Da tentativa

Cláudio Brandão

Sumário

1. Considerações iniciais. 2. Histórico da tentativa. 3. *Iter Criminis*. 4. Requisitos da tentativa. 5. Formas da tentativa. 6. Punibilidade da tentativa.

1. Considerações iniciais

O crime pode ser estudado em sua estrutura e em sua manifestação. Na estrutura, estudam-se os elementos essenciais do delito (antijuridicidade, tipicidade e culpabilidade), bem como suas respectivas causas de exclusão. Na manifestação do crime, estuda-se o delito com referência ao ambiente exterior, destarte, estudam-se o concurso de pessoas, o concurso de crimes, as circunstâncias do crime e a tentativa.

Eduardo Correia, no seu festejado Direito Criminal, diz que entre a ideação criminosa (*nuda cogitatio*) e a consumação do crime desenrola-se uma série mais ou menos longa de atos. Quando há a consumação, que é a reunião de todos os elementos do tipo legal do crime, todos esses atos são absorvidos por ela, que é a figura de maior relevo; mas, quando não há a consumação, os atos anteriores são revestidos de grande relevância jurídico-penal. O Direito foi buscar na transação das soluções dos pretéritos Direitos Romano e Germânico a solução para a punibilidade desses atos. Para o Direito Romano, nos crimes públicos a tentativa era punida como delito consumado; para o Direito Germânico, em regra, a tentativa

Cláudio Brandão é Professor titular da Faculdade de Direito de Olinda, Professor da Faculdade de Direito do Recife - UFPE e da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco.

era impunível. Como dito, a transação entre esses dois Direitos originou a tradicional tripartição entre atos preparatórios, tentativa e frustração¹.

Adaptando o pensamento de Correia à realidade brasileira, já que a norma brasileira não diferencia legalmente a tentativa da frustração (como ocorre em Portugal), diremos que a transação entre o Direito Romano e o Direito Germânico originou a tripartição entre os atos preparatórios, a tentativa imperfeita (que corresponde a tentativa do CP Português, cujo conceito será dado mais adiante) e a tentativa perfeita (que corresponde a frustração do CP Português).

2. Histórico da tentativa

Os romanos não chegaram a desenvolver o instituto da tentativa; Mommsen afirma que no “Direito Romano não existia o conceito de tentativa nem, é claro, uma palavra técnica para designá-lo”². O desenvolvimento do instituto da tentativa data do século XVI, com os Práticos ou pós-glosadores italianos, mormente Próspero Farinacius, por meio de sua obra *Tractatus Criminalis*. Farinacius chamava a tentativa de *Conatus*. Ele já distinguia entre a *conatus proximus* e a *conatus remotus*. A *conatus remotus* são os atos preparatórios e a *conatus proximus* são os atos de execução. Com isso, Farinacius deu as bases da doutrina científica da tentativa.

Essa doutrina foi finalizada, todavia, somente em 1810, com o advento do Código Penal francês. O Código Penal francês instituiu a definição de tentativa que é adotada por quase todos os Códigos atuais. O referido diploma penal³, em seu artigo 2º, estabelece que só há tentativa quando *iniciada a execução*, o crime não chega a consumar-se por circunstâncias alheias à vontade do agente. O grande mérito do CP francês foi estabelecer o termo inicial para a punição da tentativa, qual seja, a existência de atos de execução. Entretanto, o Código Penal da França de 1810 pune a tentativa com a mesma pena do delito consumado, solução repudiada pela maioria das legislações⁴.

3. Iter criminis

O crime, como todo fato humano, nasce, vive e morre; de um ponto de vista dinâmico, diz-se que ele percorre várias fases, que constituem o *iter criminis*⁵. São elas: I) *cogitatio*, é a cogitação, a ideação criminosa; II) *conatus remotus*, são os atos preparatórios; III) *conatus proximus*, são os atos de execução e IV) *consumatio*, que é a consumação.

A cogitação é a primeira fase do *iter criminis*. Toda ação humana passa por uma elaboração intelectual, assim, o crime também passa pela elaboração intelectual. É essa elaboração intelectual denominada *cogitação*. Como sabido, a ação é a unidade dialética entre o querer e o fazer. Portanto, se só há o querer, que é a cogitação, não há ação, e por isso não há crime. A *nuda cogitatio*, o simples querer o crime, não é punida. Já bradava, sobre isso, no Direito Romano o jurisconsulto Ulpiano e, com relação ao Direito Moderno, são felizes as palavras de Welzel:

“Também no Direito Penal da vontade não se castiga a vontade má como tal, mas a vontade má em realização; isto não só porque a vontade má não é apreensível e a moralidade não pode ser imposta a força, mas também pelo profundo abismo que separa, em último caso, os pensamentos dos fatos”⁶.

Na história do Direito Penal, todavia, já se deu relevância à *nuda cogitatio*. Isso se deu no Direito Penal nazista, que era idealizado pela Escola de Kiel. Para a Escola de Kiel, o Direito Penal é um Direito de luta, que deve servir aos ideais superiores da raça ariana. O crime é originado por bacilos que se encontram no ser humano (surge, pois, a *bacteriologia criminal*) e deve ser combatido antes que o sujeito pratique a ação, pois a função do Direito Penal é evitar que os delitos aconteçam. Assim, o Direito Penal é um direito da periculosidade, que deve punir o agente antes que ele comece a delinquir, basta que haja a ideação criminosa para ser imputada ao sujeito uma pena. Dizem, ainda, os teóricos do Direito Penal nazista que a vontade de delinquir só pode ser captada pelos

líderes do povo, pois estes podem apontar quem age contra o são sentimento popular.

O Direito Penal da Escola de Kiel serviu para dar um subsídio filosófico e dogmático para as arbitrariedades e atrocidades cometidas pela Alemanha hitlerista. Por ser um Direito Penal de exceção, admitia a punição pela simples cogitação, punição essa fundada na periculosidade do agente. Nesse sentido, pois, não existe a figura da tentativa nos crimes “contra o são sentimento popular”, visto que a simples cogitação vai consumá-lo⁷.

No Direito Penal de um Estado de Direito, não há a possibilidade de punição pela simples cogitação; nem de tentativa, nem de crime consumado, visto que só há ação se houver cogitação exteriorizada, ou seja, se houver um querer e um fazer.

A segunda fase do *iter criminis* são os atos preparatórios e a terceira fase são os atos de execução.

O problema da diferenciação entre atos preparatórios e atos de execução é tão controvertido que o penalista alemão Geyer o comparou com a quadratura do círculo.

Em geral se diz que os atos preparatórios são os que estão longe da consumação e os atos de execução são os que estão próximos da consumação. Só que essa definição é vaga e não é viável que o Direito Penal dela se sirva.

Carrara propôs uma teoria para a diferenciação dos atos preparatórios dos atos de execução. O penalista italiano distinguiu quatro elementos no crime: 1º) o sujeito ativo primário; 2º) o sujeito ativo secundário; 3º) o sujeito passivo do atentado e 4º) o sujeito passivo da consumação⁸.

O sujeito ativo primário é o criminoso. O sujeito ativo secundário são os instrumentos do crime. O sujeito passivo do atentado são os instrumentos e as pessoas de que o sujeito ativo primário se serve como meio para o delito. O sujeito passivo de consumação é a pessoa ou a coisa em que recai a execução do crime. Para Carrara, ato preparatório é aquele que se esgota nos sujeitos ativo primário e secundário, sem passar ao

sujeito passivo. Tais atos são tidos como inidôneos porque não expõem a perigo direto o bem jurídico. Segundo Carrara:

“Os atos inidôneos não podem, pois, ser imputados como delitos ao autor da pretensa tentativa. Se a inidoneidade se verificou nos primeiros momentos da ação, cessa qualquer imputação daqueles como tentativa, porque todos eles carecem de perigo”⁹.

Ato de execução é aquele que diz respeito ao sujeito passivo do atentado e ato consumativo é aquele que vai até o sujeito passivo de consumação, pois são eles que são idôneos para agredir o bem jurídico¹⁰.

Devemos salientar, entretanto, que o critério de Carrara tem hoje interesse puramente histórico.

Hodiernamente, o critério mais utilizado para diferenciar ato preparatório de ato de execução é o início da realização do verbo descrito no tipo. Por conseguinte, ato preparatório é aquele que ainda não chega a realizar o verbo descrito no tipo; a *contrario sensu*, ato de execução é aquele que realiza o verbo núcleo típico. Nesse sentido Welzel:

“A lei circunscreve (de acordo com o modelo francês) o ponto de início da tentativa com as palavras: princípio de execução. (...) A tentativa começa com aquela atividade com a qual o autor, segundo seu plano delitivo, põe-se em relação imediata com a realização do tipo delitivo”¹¹.

Assim, são atos preparatórios, por exemplo, a compra dos instrumentos, a escolha do melhor local e da melhor hora, o planejamento. Geralmente os atos preparatórios são impuníveis. A tentativa representa um perigo de lesão aos bens jurídicos; se se punisse o ato preparatório, estar-se-ia punindo um *perigo* de lesão a um bem jurídico, dessarte enquanto

“não exista ação alguma que possa ser considerada como concreção do verbo abstratamente caracterizado no tipo, o limite entre preparação e tentativa não terá sido sobrepassado”¹².

Os atos preparatórios só são puníveis quando forem erigidos a tipos penais autônomos, como, v.g., o tipo penal do art. 291 do Código Penal¹³.

Os atos de execução, conforme explicado, são aqueles que começam a realizar o verbo descrito no tipo, como, por exemplo, disparar uma arma, no homicídio; pegar a coisa, no furto, etc.

Todavia, a dificuldade desse critério reside nas chamadas situações fronteiriças. No furto, como o núcleo-tipo é subtrair, o ato de execução começaria quando o agente tem o contato físico com a coisa; entretanto, é inegável a tentativa de furto quando, v.g., o agente é surpreendido num apartamento à noite, sem ainda ter pego a coisa. Para solucionar tais dificuldades, Frank elaborou a fórmula da tentativa, que reconhece o início da execução em todos os atos que, em virtude de sua necessária correspondência à ação típica, aparecem como partes integrantes desta, de modo que, se não houvesse a interrupção da ação, a realização do tipo seria concretizada¹⁴. Assim, o agente surpreendido em um apartamento antes de ter contato físico com a coisa responderá por ato de execução de furto e, por conseguinte, por tentativa de furto, pela necessária correspondência entre a sua ação e a realização do tipo.

A consumação é a reunião de todos os elementos da definição legal do crime¹⁵; nos crimes que exigem o resultado (crimes materiais), é a concretização da conduta e do resultado. Nos crimes em que não se exige resultado, é a simples realização do verbo descrito no tipo. É relevante salientar que, nos crimes que não exigem resultado, um eventual dano posterior que seja acarretado pela ação será tido como mero exaurimento do crime.

4. Requisitos da tentativa

Para que haja a tentativa, são necessários dois elementos:

1º) atos de execução

2º) não-consumação do crime por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Esses elementos estão espelhados no art. 14, II, do Código Penal, que estabelece:

“Diz-se o crime:

I- (*omissis*)

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

Com relação ao primeiro requisito (atos de execução), já foi visto que, antes de iniciada a atividade típica, não há que se falar em tentativa, posto que estamos diante dos atos preparatórios e o primeiro requisito da tentativa são os atos de execução.

O segundo elemento da tentativa diz respeito à necessidade de circunstâncias alheias à vontade do agente impedirem a consumação do delito. Se o agente, por sua própria vontade, não consuma o delito, estamos diante de outros institutos penais, como a desistência voluntária e o arrependimento eficaz. O Direito, na tentativa, considera reprovável a ação não consumada porque o agente dirigiu a sua vontade para a prática do ato lesivo ao bem jurídico. *Destarte, o agente teve o dolo do crime*, porém, circunstâncias alheias a sua vontade obstacularam a consumação; isso se dá porque na tentativa,

“o tipo objetivo não está completo na tentativa; o tipo subjetivo, ao contrário, deve dar-se plenamente, com o mesmo conteúdo e a mesma forma que é necessário para a punição pelo delito doloso consumado”¹⁶.

5. Formas da tentativa

A tentativa no direito brasileiro pode ser dividida em tentativa perfeita e em tentativa imperfeita.

A tentativa perfeita, também chamada crime falho, é aquela em que o agente realiza todos os atos de execução, mas a consumação não sobrevem. Pode-se citar como exemplo a ação de Tício, que dá vinho envenenado a Simprônio durante o jantar. Todavia, Simprônio não morre porque, por uma característica biológica, era imune ao veneno. Nesse caso, o agente praticou todos

os atos de execução e o resultado morte não sobreveio por circunstâncias alheias a sua vontade. Houve, pois, tentativa perfeita. No Direito comparado, há ordenamentos, como o Espanhol e o Português, que consideram a tentativa perfeita como frustração, que é um instituto independente da tentativa, punido mais gravemente.

A tentativa imperfeita é aquela em que o agente não pratica todos os atos de execução. É o caso, por exemplo, de Mévio, que, querendo matar Tício com uma facada no pescoço, tem seu braço desviado por Simpônio, que escorregara, de modo que o ferimento se produziu na mão da vítima, não acarretando sua morte. No Direito comparado, ainda os ordenamentos Espanhol e Português, a tentativa imperfeita corresponde à figura da tentativa.

É relevante ressaltar ainda a figura da tentativa branca. A tentativa branca não produz nenhuma lesão efetiva ao bem jurídico, como no caso de Maria que descarrega o tambor de seu revólver no seu marido João e nenhum projétil atinge a vítima, devido à péssima pontaria do sujeito ativo.

6. Punibilidade da tentativa

A tentativa de crime é punida por conta de uma *extensão típica*. Quando a norma penal define os delitos, ela o faz na forma consumada. Se faltar qualquer dos requisitos da definição legal, quer de natureza objetiva, quer de natureza subjetiva, não há crime por falta de tipicidade. Todavia, na parte geral do Código Penal pátrio, diz-se que existe o crime na sua forma tentada e na sua forma consumada (art. 14). Para a figura da tentativa adquirir existência, por meio da tipicidade, é necessária uma combinação entre a parte geral do Código com os tipos penais da parte especial; nesse sentido, pode-se afirmar que a tentativa se configura por conta de uma extensão típica.

A punibilidade da tentativa está prevista no parágrafo único do art. 14 do CP, que estabelece:

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

Não havendo disposição em contrário, pois, a tentativa enseja uma causa de diminuição de pena obrigatória.

Conforme salienta Damásio de Jesus,

“nossa lei não faz diferença entre a tentativa perfeita (crime falho) e a tentativa imperfeita, pelo qual recebem igual tratamento penal no que tange a aplicação da pena em abstrato (art. 14, parágrafo único). Todavia, quando da imposição da sanção em concreto, o juiz deve levar em conta a existência de uma das espécies (art. 59, *caput*)”¹⁷.

São três as principais teorias que fundamentam a punibilidade da tentativa: a teoria objetiva (que é a adotada no Direito brasileiro), a teoria subjetiva e a teoria da impressão.

A teoria subjetiva veio de Tittman, mas seu grande elaborador foi von Buri, que, inclusive, introduziu-na na jurisprudência alemã do antigo Tribunal do Império. *Para a teoria subjetiva, o fundamento da punibilidade da tentativa é a vontade contrária ao Direito posta em ação*¹⁸. A teoria subjetiva data da época em que ainda não havia uma distinção científica entre antijuridicidade e culpabilidade, sendo a antijuridicidade considerada uma ação lesiva ao Direito, provocada por um ato mau. Por isso se dá tanta relevância à vontade do agente. César Roberto Bitencourt afirma, com relação a essa corrente, que a pena da tentativa era similar à pena do crime consumado¹⁹, posto que, tanto na tentativa quanto no delito consumado, o aspecto moral, subjetivo estava completo.

A teoria da impressão também é digna de menção. Tal teoria, atualmente, é a teoria dominante na Alemanha e são partidários dela Maurach e Jescheck. A referida teoria da impressão foi fundada por Horn e foi desenvolvida por von Bar e nasceu da tentativa de conciliar elementos objetivos e subjetivos para fundamentar a punibilidade da

tentativa. Para essa teoria, é punível a tentativa pela atuação da vontade contrária ao Direito que é idônea para abalar a confiança dos súditos na vigência do Ordenamento Jurídico, em virtude do perigo de lesão aos multirreferidos bens jurídicos. Há pois o elemento objetivo, que se traduz no atuar exterior que expõe a perigo os bens protegidos pelo Ordenamento Jurídico, e o elemento subjetivo, que é a vontade do agente que conduz essa exposição a perigo²⁰.

Entre as teorias sobre a punibilidade da tentativa, a que nos interessa mais de perto é a objetiva, porque é a adotada no Ordenamento Jurídico pátrio. Ela foi elaborada por Feuerbach e desenvolvida por Carrara. Para a teoria objetiva, a tentativa é punível porque há um perigo ao bem jurídico e essa exposição a perigo acarreta um dano público. O dolo é igual em todas as fases do fato (preparação, execução e consumação), portanto o que diferenciará a tentativa da preparação é o âmbito objetivo: *o perigo próximo da realização do resultado típico*²¹. A teoria objetiva apregoa uma diferenciação na pena da tentativa, que obrigatoriamente deverá ser mais branda do que a do crime consumado, posto que no crime consumado haverá o *dano efetivo* ao bem jurídico, enquanto no tentado, *um perigo de dano*²².

Notas

¹ CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. Coimbra : Almedina, tomo 2. 1992. p. 225-226.

² MOMMSEN, Theodore. *El derecho penal romano*. Madrid : Espanã Moderna, 1898. p. 103.

³ Diz o referido diploma: "Toute tentative de crime qui aura été manifestée par un commencement d'exécution, si elle n'á été suspendue ou si elle n'a manqué effet que par des circonstances indépendantes de son auteur, est considérée comme le crime même." ANCEL, Marc. *Les codes pénaux européens*. Paris : Centre Français, de Droit Comparé, tomo 2, 1957. p. 633.

⁴ ALVES, Roque de Brito. *Estudos de ciência criminal*. Recife : Companhia editora de Pernambuco, 1993. p. 61-67.

⁵ MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*. Pádua : CEDAM. 1992. p. 426.

⁶ WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman*. Santiago : Editorial Jurídica del Chile, 1997. p. 221.

⁷ Cláudio Brandão. A importância da conceitualização da antijuridicidade para a compreensão da essência do crime. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, n.133, s.d.

⁸ CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*. Tomo 1, Tradução por J. L. Franceschini e J. Barra. São Paulo : Saraiva, 1956. p. 258-266.

⁹ Idem, ibidem. p. 262.

¹⁰ Carrara afirma que: "a propósito de idoneidade, deve-se distinguir entre o sujeito passivo do atentado e sujeito passivo da consumação. (...) É sujeito passivo da consumação a coisa ou a pessoa sobre a qual devia efetivar-se o ato consumativo do malefício. Todas as demais coisas ou pessoas, sobre as quais, pela natureza do fato, deva o culpado exercer atos como meio para alcançar a posterior execução de outros atos sobre o sujeito passivo da consumação, são sujeito passivo do atentado". Idem, ibidem. p. 264-265.

¹¹ WELZEL, Hans. Op. cit. p. 224.

¹² DOHNA, Alexander Graf Zu. *La estructura de la teoria del delito*. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1958. p. 92.

¹³ Art. 291. Fabricar, adquirir ou fornecer, a título oneroso ou gratuito, possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto especialmente destinado à falsificação de moeda. Pena - reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

¹⁴ Apud MAURACH, Reinhart, GÖSSEL, Karl, ZIPF, Heinz. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires : Astrea, tomo 2, 1995. p. 24-25.

¹⁵ Segundo Jakobs: "Un delito está siempre consumado ya cuando se han realizado, en un contexto imputable, los elementos del tipo que se mencionan en la Parte Especial. La consumación es, pues, un concepto formal queno indica nada sobre lesiones de bienes jurídicos." *Derecho Penale*. Madrid : Marcial Pons, 1995.p. 855.

¹⁶ JAKOBS, Günter. Op. cit. p. 866.

¹⁷ JESUS, Damásio de. *Direito penal*. São Paulo : Saraiva, 1998. p. 329.

¹⁸ Idem, ibidem, p. 465.

¹⁹ BITENCOURT, César Roberto. *Teoria geral do delito*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997. p. 243.

²⁰ MAURACH, Reinhart, GÖSSEL, Karl, ZIPF, Heinz . Op. cit. p. 28.

²¹ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. Granada : Comares. 1993. p. 464.

²² Sobre a obrigatoriedade da diminuição da pena, é esclarecedora a assertiva de Anton Oneca : "Desde el momento en que nos coloquemos en un punto de vista objetivo para justificar la punibili-

dad del delito intentado, se impone la aplicación de una sanción atenuada con relación al delito consumado, pues aquél representa una disminución en su elemento material". ONECA, José Anton. *Derecho Penal*. Madrid : Ed. do autor, tomo 1, 1949. p. 408.

Bibliografia

- ALVES, Roque de Brito. *Estudos de ciência criminal*. Recife : Companhia editora de Pernambuco, 1993.
- ANCEL, Marc. *Les codes pénaux européens*. Paris : Centre Français de Droit Comparé, tomo 2, 1957.
- BITENCOURT, César Roberto. *Teoria geral do delito*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997.
- BRANDÃO, Cláudio. A importância da conceitualização da antijuridicidade para a compreensão da essência do crime. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília : Senado Federal. n.133. Jan./Mar. 1997.
- CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*. tomo 1. Tradução por J. L. Franceschini e J. Barra. São Paulo : Saraiva, 1956.
- CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. Tomo 2. Coimbra : Almedina, 1992.
- DOHNA, Alexander Graf Zu. *La estructura de la teoría del delito*. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1958.
- JAKOBS, Günther. *Derecho penal*. Madrid : Marcial Pons, 1995.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. Granada : Comares, 1993.
- JESUS, Damásio. *Direito penal*. São Paulo : Saraiva, 1998.
- MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*. Pádua : CEDAM, 1992.
- MAURACH, Reinhart, GÖSSEL, Karl, ZIPF, Heinz. *Derecho Penal: parte general*. Buenos Aires : Astrea, tomo 2, 1995.
- MOMMSEN, Theodore. *El derecho penal romano*. Madrid : Espanã Moderna, 1898.
- ONECA, José Anton . *Derecho Penal*. tomo 1. Madrid : Ed. do autor, 1949.
- WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman*. Santiago : Editorial Jurídica del Chile, 1997.