



**Centro Universitário do Distrito Federal – UDF
Coordenação do Curso de Direito**

Guilherme de Andrade Dias

PUNIBILIDADE DA TENTATIVA A LUZ DA TEORIA OBJETIVA

Brasília

2012

Guilherme de Andrade Dias

PUNIBILIDADE DA TENTATIVA A LUZ DA TEORIA OBJETIVA

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Ciências Jurídicas do Centro Universitário do Distrito Federal – UDF, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito. Orientador: Valdinei Cordeiro Coimbra.

Brasília

2012

Guilherme de Andrade Dias

PUNIBILIDADE DA TENTATIVA A LUZ DA TEORIA OBJETIVA

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Ciências Jurídicas do Centro Universitário do Distrito Federal – UDF, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito. Orientador: Valdinei Cordeiro Coimbra.

Brasília, de junho de 2012.

Banca Examinadora

Prof. Valdinei Cordeiro Coimbra

Orientador

Centro Universitário do Distrito Federal – UDF

Prof.(a)

Centro Universitário do Distrito Federal – UDF

Prof.(a) .

Centro Universitário do Distrito Federal – UDF

Nota: _____

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador Valdinei Coimbra, por sua colaboração e empenho que muito me ajudaram na construção deste trabalho.

“O sucesso nasce do querer, da determinação e persistência em se chegar a um objetivo. Mesmo não atingindo o alvo, quem busca e vence obstáculos, no mínimo fará coisas admiráveis.”

José de Alencar

RESUMO

Este trabalho monográfico, objetiva esclarecer a real importância da punição da tentativa criminosa, tendo como prisma norteador a teoria objetiva, em contraponto com as demais teorias existente acerca do tema. Acentuando a relevância de sua efetiva aplicação diante do caso concreto, através do esclarecimento do crime na sua forma tentada e suas particularidades, que vão desde a compreensão de seu conceito, passando pela interpretação de sua natureza jurídica, até a última fase do *iter criminis*, visando esclarecer a distinção existente entre o crime consumado. Sem, contudo, deixar de demonstrar que a pena quando cominada a esta espécie de delito, mesmo em grau menor, mantém sua função perante a sociedade e o sustento de seu equilíbrio. Por isto, a também necessidade de fazer um breve arrazoado da evolução histórica do Direito Penal paralelo a sociedade juridicamente organizada, evidenciando o seu valor junto como ramo do Direito destinado a manter a ordem jurídica.

Palavras-chave: Tentativa criminosa. Teoria objetiva. Função. Direito Penal. Ordem jurídica.

ABSTRACT

This monograph project, aims to clarify the real significance of the punishment of criminal attempt, with the objective prism guiding theory, in contrast with other existing theories on the subject. Emphasizing the importance of their effective application in front of the case, by clarifying the crime in its tried and its peculiarities, ranging from the understanding of its concept, through interpretation of its legal status until the last stage of iter criminis, aiming to clarify the distinction between the consummated crime. Without, however, fail to demonstrate that often dominated shame when this kind of offense, even to a lesser extent, maintains its function in society and keep your balance. Therefore, the need to also make a brief rationale of the historical evolution of criminal law parallel society legally organized, demonstrating its value as a branch of law along for maintaining the legal order

Word-key: Criminal attempt. Objective theory. Function. Criminal Law. Legal order

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL	11
1.1 DO DIREITO PENAL E A SOCIEDADE	12
1.2 DO DIREITO PENAL OBJETIVO E DIREITO PENAL SUBJETIVO.....	14
1.3 DO TIPO PENAL AO DELITO.....	15
2 DA TEORIA GERAL DA PENA NO DIREITO PENAL	18
2.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICADOS A PENA	20
2.2 DA TEORIA ABSOLUTA (OU DA RETRIBUIÇÃO).....	21
2.3 DA TEORIA RELATIVA (FINALISTA OU DA PREVENÇÃO).....	23
2.4 DA TEORIA MISTA (ECLÉTICA).....	27
3 DO CRIME TENTADO	31
3.1 DO ITER CRIMINIS	31
3.1.1 Da Cogitação	32
3.1.2 Dos Atos Preparatórios	34
3.1.3 Dos Atos de Execução	35
3.2 DA TENTATIVA	38
3.3 DA FORMAS DE TENTATIVA: PERFEITA E IMPERFEITA	39
3.4 DOS ELEMENTOS DA TENTATIVA	40
3.5 DA NATUREZA JURÍDICA DA TENTATIVA	43
3.6 DOS CRIMES QUE COMPORTAM OU NÃO A TENTATIVA	44
4 DA PUNIBILIDADE DA TENTATIVA	45
4.1 DOS FUNDAMENTOS DA PUNIÇÃO	46
4.1.1 Da Teoria Objetiva	46
4.1.2 Da Teoria Subjetiva	47
4.1.3 Da Teoria Sintomática	48
4.1.4 Da Teoria Da Impressão	49
4.1.4 Da Teoria Mista	49
4.2 DA PUNIÇÃO DA TENTATIVA CRIMINOSA.....	50
CONCLUSÃO	53
REFERÊNCIAS	56

INTRODUÇÃO

O trabalho ora em análise, reside no âmbito do Direito Penal, restringindo-se, mais especificamente, a punibilidade da tentativa criminosa no ordenamento jurídico penal brasileiro, buscando clarear a real eficácia da aplicação da pena a luz da teoria objetiva.

Alguns crimes, quando cometidos, dadas às circunstâncias que os acometem, não logram êxito, estacionando-se em um das fases do *iter criminis*, abrindo margem a discussão quanto a que momento se deve sujeitar o indivíduo a resposta estatal? Se a partir da idealização do crime? Ou dos atos preparatórios? Ou dos atos executórios? Ou ainda, se não se aplica pena ao crime que não alcança sua consumação. Assim, o problema de pesquisa gira em torno da necessidade de esclarecer o momento em que os atos praticados pelo agente se tornam passíveis de punição estatal, com a conseqüente aplicação da pena.

Objetiva-se com o estudo, analisar as distintas teorias que buscam esclarecer a figura do crime tentado e suas particularidades, bem como definir a real função da pena no ordenamento jurídico brasileiro, e se ela cumpre sua função social quando se deparam com essa modalidade de tipo penal.

O interesse pelo tema surgiu com uma leitura mais aprofundada sobre o tópico referente aos crimes tentados, seguida da observação de que ainda hoje, grassa entre os cidadãos mais leigos, certa dificuldade em entender a verdadeira lógica existente a aplicação da pena a estes crimes. Quais critérios levam o magistrado a mensurar o quantum de pena. E se ela, ao ser aplicada, cumpre com sua função dentro do que dispõe a lei.

O referido assunto possui relevância no ordenamento jurídico, posto que, uma vez verificada a hipótese de aplicação da pena referente ao delito na sua forma tentada, resta ao julgador, fazer a devida mensuração da pena a ser

aplicada, garantindo os reais direitos daquele que transgrediu a norma, sem prejuízo do que dispõe a lei em relação às funções da pena.

O respectivo trabalho científico foi elaborado adotando-se a modalidade aplicada, objetivando investigar, rejeitar ou comprovar hipóteses sugeridas pelos modelos teóricos, com respaldo de uma pesquisa dogmática, a qual é analisada pelo tripé: legislação, doutrina e jurisprudência. Para informar os resultados de pesquisa, adotou-se o método dedutivo.

Para que o tema seja devidamente compreendido, a apresentação será dividida em quatro capítulos. No primeiro, um breve arrazoado sobre a evolução histórica do Direito Penal. No segundo, serão expostas as diferentes teorias que buscam direcionar a real função social da pena no ordenamento jurídico brasileiro. No terceiro, a exposição de alguns elementos primordiais para a elucidação do assunto a ser levantado, tais como o conceito, natureza jurídica e particularidades do crime tentado. Por fim, no quarto capítulo, será reservado à análise das teorias que buscam definir a punição da tentativa, com a conseqüente aplicação da pena.

1 DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL

O presente trabalho consagra como fonte de pesquisa a temática que gira em torno dos crimes tentados no vigente ordenamento jurídico penal, restringindo-se a análise de sua punibilidade aos olhos da teoria objetiva. Isto posto, faz-se necessário tecer algumas breves observações sobre a evolução do Direito e do Direito Penal perante a sociedade, sobre a pena e suas teorias, bem como sobre a estrutura jurídica existente em torno dos crimes tentados.

Como bem sabido, desde os primórdios até os dias de hoje, a Ciência do Direito está intimamente ligada ao homem, e, principalmente, junto as suas relações com outros homens.

A respectiva afirmativa se faz verdadeira porque o homem tem a necessidade de conviver em grupos. Assim, fortalecendo esta afirmativa, Dallari (1985, p. 5) expõe que, “os seres humanos não vivem juntos, não vivem em sociedade apenas porque escolhem esse modo de vida, mas porque a vida em sociedade é uma necessidade humana”.

Tal fenômeno surgiu, quase que obrigatoriamente, da necessidade do ser humano de se “relacionar”, seja com outros membros pertencentes ao mesmo grupo, ou membros de agrupamentos distintos. .Por isso, notar tal fenômeno é poder entender o homem como ser sociável e capaz de interagir.

Contudo, para evitar que cada membro interaja como bem quiser, invadindo e violando a esfera de liberdade do outro, faz-se necessário uma forma de estabelecer um controle, um sistema de coordenação, capaz de solucionar os mais variados e antagônicos interesses que exsurgem da vida em comunidade. (CAPEZ, 2009, p. 5). Ou seja, um mecanismo de convivência social (controle) eficaz o bastante para manter a ordem e interromper os excessos: a ordem jurídica.

Nessa mesma acepção assevera Miguel Reale (2006, p. 23) em sua obra:

O homem não apenas existe, mas coexiste, ou seja, vive necessariamente em companhia de outros homens. Em virtude do fato fundamental da coexistência, estabelecem os indivíduos entre si relações de coordenação, de subordinação, de integração, ou de outra natureza, relações essas que não ocorrem sem o concomitante aparecimento de regras de organização e de conduta.

Assim, dado ao fato de que tal relação é fruto do desenvolvimento humano ante o convívio social, é impossível pensar em sociedade sem Direito, bem como este sem aquele (*ubi societas ibi jus*).

1.1 DO DIREITO PENAL E A SOCIEDADE

Sabe-se que a vida em sociedade é capaz de gerar nos mais variados ramos da convivência social (religião, cultural, geografia, etc) as mais variadas formas de relação, e que essas relações nem sempre ocorrem de maneira mansa e pacífica. Dela podem surgir inúmeros desencontros, visto que o homem, como ser sociável, ou seja, capaz de interagir, por vezes, se excede.

Por isso, a ordem jurídica nasce das necessidades humanas decorrentes da vida em sociedade, objetivando garantir as condições indispensáveis à coexistência dos elementos que compõem o grupo social. (MIRABETE, 2010, p. 2).

Assim, visando manter uma ordem social homogênea, capaz de agir de maneira eficaz em todas as relações que o homem desenvolve, o direito divide-se em vários ramos. Sendo que, cada qual, com um escopo próprio, porém, interligados pelo fim maior da ordem jurídica.

Dessa forma, muito bem explica Coelho (2005):

[...] o Direito é um sistema próprio, um sistema jurídico com vários subsistemas, pelos quais a proteção aos direitos humanos transita e exerce (ao menos potencialmente) um condicionamento de conteúdo. Isso porque tais subsistemas jurídicos estão interligados através de

princípios jurídicos gerais (por vezes comuns a todas as áreas, como o princípio da igualdade de tratamento, por exemplo), e por uma referência jurídico-normativa necessária, superior às regulações jurídicas de cada área: a Constituição Federal (na qual parte dos princípios jurídicos gerais está incluída).

Neste sentido, o Direito Penal, como subsistema integrante de um sistema maior chamado ordenamento jurídico, assim como os demais subsistemas, é dotado de princípios, regras e conceitos próprios (COELHO, 2005), entretanto, com uma finalidade diversa, qual seja, a proteção dos bens mais importantes e necessários para a própria sobrevivência da sociedade (GRECO, 2011, p. 2).

Seguindo essa esteira de raciocínio, Mirabete (2010, p.3) ponderará que: “[...] o fim do Direito Penal é a proteção da sociedade e, mais precisamente, a defesa dos bens jurídicos fundamentais (vida, integridade física e mental, honra, liberdade, patrimônio, paz pública etc.)”.

Ou seja, o Direito penal reserva-se a proteção dos bens jurídicos¹ essenciais ao convívio social, posto que, a sociedade, norteadada por valores culturais, geográficos, étnicos, religiosos, dentre outros, concomitantemente ao seu desenvolvimento, atribuiu a determinados bens (que são abrigados pela Carta Maior de cada Estado), uma tutela especial, por considerá-los fundamentais e importantes para o equilíbrio social.

Na lição de Luiz Regis Prado (2010, p. 65) “[...] é uma ordem de paz pública e de tutela das relações sociais, cuja missão é proteger a convivência humana [...]”

É, pois, um manto protetor do próprio ordenamento jurídico, agindo quando os demais ramos do direito não são suficientes a prestar a proteção necessária à vida em sociedade.

¹ Preciso sobre o tema o ensinamento da doutrina: “Bem jurídico: é um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial à coexistência e desenvolvimento do homem e, por isso, jurídico-penalmente protegido” (PRADO, 2010, p. 265)

1.2 DO DIREITO PENAL OBJETIVO E DIREITO PENAL SUBJETIVO

Na lição de Damásio de Jesus (2010, p. 49) “As noções de Direito objetivo e subjetivo decorrem do fato de o Direito, através da determinação de normas, regular as condutas humanas e outorgar a alguém o poder de exercê-lo”.

Assim, partindo-se de uma visão moderna de Estado², este, na sua função de promover o bem comum e combater a criminalidade, faz uso do Direito Penal para coibir aquelas condutas que ofendem sobremaneira o bem estar social.

Entretanto, não pode o Estado agir arbitrariamente, conforme sua única e exclusiva vontade. Não pode ele coibir os transgressores da ordem jurídica pela simples vontade de puni-los. Deve-se sim, por meio da edição de leis, limitar seu poder de atuação (punição) através da delimitação de condutas agressivas capazes de quebrar com a ordem social.

De acordo com Mirabete (2010, p. 6) “[...] só a lei pode estabelecer o que é penalmente punível e quais são as sanções aplicáveis aos autores dos fatos definidos na legislação como infração penal”.

Desse modo, define-se Direito Penal Objetivo como sendo o conjunto de normas que regulam a ação estatal, definindo crimes e cominando as respectivas sanções (MIRABETE, 2010, p.5). E que nas palavras de Damásio de Jesus (2010, p. 49) nada mais é do que o próprio ordenamento jurídico penal.

Já o Direito Penal Subjetivo, é o direito de punir do Estado (*jus puniend*), e que, por ora, encontra-se condicionado ao Direito Penal Objetivo, isto é, aquilo que está descrito na lei (MIRABETE, 2010, p.6).

² Deve-se interpretar Estado moderno como um Estado Democrático de Direito.

1.3 DO TIPO PENAL AO DELITO

Sabe-se que as regras de organização e de conduta, nascidas juntamente com as primeiras formas de interação entre os homens, são responsáveis por garantir a existência da sociedade. Isso porque, tais regras definem quais são os bens essenciais e necessários a convivência social.

Assim, o tipo penal³ (que ora simboliza essas regras de organização) surge em virtude da obrigação do Estado em manter a ordem social e, conseqüentemente, a conservação da vida em comunhão.

Por isso, o Estado, através do ordenamento jurídico, sanciona com penas as condutas intoleráveis para a vida em comunidade, tutelando os bens jurídicos fundamentais, através de uma norma geral que permita a aplicação de sanções penais (MIRABETE, 2010, p.86).

Contudo, sendo o Estado o detentor do *jus puniend*, a ordem jurídica, objetivando evitar que ele haja arbitrariamente, atribui a este a função de eleger quais são os bens juridicamente tutelados. Nestes termos, muito bem elucida Mirabete (2010, p.6):

É, pois, o único e exclusivo titular do direito de punir (*jus punied*) [...]. O direito de punir, todavia, não é arbitrário, mas limitado pelo próprio Estado ao elaborar este as normas que constituem o Direito subjetivo de liberdade que é o de não ser punido senão de acordo com a lei ditada pelo estado.

No Brasil, a competência para legislar sobre Direito Penal é da União⁴. Assim, de acordo com Greco (2010, p. 17), “cabe tão somente à União, como única fonte de produção, editar leis gerais sobre Direito Penal, bem como proibir ou impor determinadas condutas (comissivas ou omissivas), [...]”.

³ “O tipo penal é o modelo sintético, genérico e abstrato da conduta definida em lei como infração penal” (MASSON, 2010, p. 237).

⁴ A CF/88, em seu art. 22, I, trata da competência privativa da União.

Destarte, a União, no exercício de sua competência, ao editar leis que tratem sobre os tipos penais, apresenta ao indivíduo quais são as condutas reputadas como contrárias ao Direito Penal, delimitando o comportamento penalmente ilícito de forma selecionada.⁵

O que garante ao indivíduo exercer soberanamente todas as demais condutas (lícitas) e, ao Estado (União), o direito de punir, posto que, a previsão de uma conduta criminosa por um tipo penal fundamenta o direito de punir do Estado (MASSON, 2010, p. 239).

Greco (2008, p. 181), ao lecionar sobre o tema a clara da seguinte forma:

Se, por um lado, o tipo exerce essa função garantista, também é certo afirmar que o Estado, por intermédio do tipo penal, fundamenta suas decisões, fazendo valer o seu *jus puniendi*. A relação entre essas funções do tipo – garantista e fundamentadora – é como se fosse duas faces da mesma moeda. Numa das faces está o tipo garantista, vedando qualquer responsabilização penal que não seja por ele expressamente prevista; na outra, a função fundamentadora por ele exercida, abrindo-se a possibilidade ao Estado de exercer o seu direito de punir sempre que o seu tipo penal for violado.

Tal relação se vislumbra com a aferição do tipo penal, que compõe-se de duas partes: o comando principal (preceito primário), responsável por descrever as condutas que, se violadas, caracterizam condutas criminosas, e a sanção (preceito secundário), responsável por determinar e delimitar qual será a resposta do Estado. E é da conjugação dessas duas partes que surge a proibição (norma).

Desse modo, uma vez preenchido todos os elementos que compõe o tipo penal na pelo fato concreto, nasce a figura típica, isto é, o delito. E, paralelamente, a persecução penal, o poder dever de o Estado sujeitar o indivíduo a uma ação penal.

⁵ A lei penal deve ser precisa e clara, não podendo abrir margem para dúvidas, visto que: I- ela sobrepuja as demais normas jurídicas; II - devido ao valor dos bens que tutela; e III- pela severidade das sanções que impõe (MIRABETE, 2010, p. 31)

1.4 DO CRIME TENTADO E CRIME CONSUMADO

A figura do crime consubstancia-se pela ofensa a norma penal editada pelo Estado. Assim, no que diz respeito à realização da figura típica, o Código Penal vigente, em seu artigo 14, preocupou-se em conceituar não só o momento da consumação do crime, como também aquele em que o delito permanece na sua forma tentada, dispondo que (GRECO, 2010, p. 237): dispõe que:

Art. 14. Diz-se o crime:

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

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

Nestes termos, como bem elucida Capez, crime consumado, (2010, p. 263), “é aquele em que foram realizados todos os elementos constantes de sua definição legal”.

Portanto, consuma-se o crime quando o tipo está inteiramente realizado, ou seja, quando o fato concreto se subsume no tipo abstrato descrito na lei penal. Desse modo, preenchidos todos os elementos do tipo objetivo pelo fato natural, ocorre a consumação (MIRABETE, 2010, p. 142).

É, pois, o crime terminado, por ter o agente conseguido dar a sua conduta, um início, um meio e um fim, obtendo, assim, o resultado pretendido.⁶

Na afirmação de Aníbal Bruno (1967, *apud*, BITENCOURT, 2010, p. 463):

[...] a consumação é a fase última do atuar criminoso. É o momento em que o agente realiza em todos os seus termos o tipo legal da

⁶ Estabelecer o momento consumativo do delito é operação que tem extrema importância, pois se reflete no termo inicial da prescrição e na competência territorial (BITENCOURT, 2010, p. 463).

figura delituosa, e em que o bem jurídico penalmente protegido sofre lesão efetiva ou a ameaça que se exprime no núcleo do tipo.⁷

Entretanto, nem sempre a conduta que, de alguma forma objetiva atingir um bem jurídico penalmente tutelado, consegue obter êxito. Neste caso, vislumbra-se a figura do crime na sua forma tentada.

E, que segundo Damásio (2010, p. 375), nada mais é do que a execução iniciada de um crime, que não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

2 DA TEORIA GERAL DA PENA NO DIREITO PENAL

Objetivando manter o equilíbrio da vida em comunhão, e conter a desordem capaz de pô-la em risco, o Estado tutela os bens jurídicos mais importantes e essenciais a manutenção da ordem pública e social, elaborando (editando) normas que descrevem quais condutas que, se praticadas, são aptas a pô-la em risco, e impondo sanções aqueles que as praticam, como forma de resposta.

Desse modo, a sanção penal é a resposta do Estado ao indivíduo que, com a sua conduta, ofende um bem juridicamente tutelado.

É, na preleção de Cleber Masson (2010, p. 521), “a resposta estatal, no exercício do *jus puniendi* e após o devido processo legal, ao responsável pela prática de uma infração penal⁸.” Ou seja, é a efetiva consequência gerada pela transgressão da norma penal pelo agente criminoso.

⁷ Não se confunde crime consumado com crime exaurido, pois neste, após atingir o resultado consumativo, o transgressor da norma continua a ofender o bem juridicamente tutelado, sua conduta continua produzindo efeitos no mundo concreto, mesmo após a realização integral do tipo (CAPEZ, 2010, p. 263).

⁸ Infração penal é gênero, da qual são espécies o crime e a contravenção penal. Nestes termos, assim leciona Greco (2010, p. 132), “A infração penal, portanto, como, gênero, refere-se de forma abrangente aos crimes/delitos e às contravenções penais como espécies.”

A sanção penal divide-se em duas espécies: pena e medida de segurança⁹.

No que diz respeito à pena, é notório que sua origem coincide harmoniosamente com o surgimento do Direito Penal, posto a constante necessidade da existência de sanções penais em todas as épocas e todas as culturas.

Em vista disso, indaga-se sobre sua função e eficácia sob os crimes consumados e tentados, a partir do momento em que ela é imposta ao transgressor da norma, devendo-se levar em conta a definição de seu conceito e a elucidação de suas características, pautadas em princípios constitucionais.

Segundo Nery (2005), a pena tem uma definição genérica, válida para qualquer lugar e qualquer momento. Consiste em um conceito legal de cada Código penal em particular, em que se são elencadas sanções, cujas variações refletem as mudanças vividas pelo Estado.

Neste diapasão, define-se a pena como a sanção imposta pelo Estado ao agente criminoso, cuja finalidade é a retribuição ao delito perpetrado e prevenção a novos crimes (NUCCI, 2009, p. 397). Ou, como doutrina Masson (2010, p. 522) em sua obra:

[...] é a espécie de sanção penal consistente na privação ou restrição de determinados bens jurídicos do condenado¹⁰, aplicada pelo estado em decorrência do cometimento de uma infração penal, com as finalidades de castigar seu responsável, readaptá-lo ao convívio em comunidade e, mediante a intimidação endereçada à sociedade, evitar a prática de novos crimes ou contravenções.

É, pois a principal consequência jurídica que advém da infração penal.

⁹ A pena destina-se aos imputáveis e aos semi-imputáveis não perigosos. Ao passo que, a medida de segurança, dirige-se aos inimputáveis (MASSON, 2010, p. 521).

¹⁰ Nesta ótica, Masson (2010, p. 522) afirma que, bem jurídico de que o condenado pode ser privado ou sofrer limitação pode ser a liberdade, o patrimônio, a vida (art. 5º, XLVII, a, CF), ou outro direito qualquer, em conformidade com a legislação em vigor.

2.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICADOS A PENA

Numa acepção moderna de Estado, após todo um desdobramento ao longo da história a cerca de sua evolução, a pena assume características próprias, compatíveis com seu dever perante a sociedade.

Na Republica Federativa do Brasil, a vigente Carta Política de 1988¹¹, consubstanciou em seu corpo, princípios encarregados de amoldar tais características.

Nesta perspectiva, a primeira delas advém dos brocardos jurídicos “*nulla poena sine lege*” e “*nulla poena sine praevia lege*”, que se referem aos princípios da reserva legal e da anterioridade¹². Assim, a pena só pode ser cominada pela lei, devendo esta ser anterior ao fato praticado (MASSON, 2010, p. 522).

Todavia, a aplicação da pena ao agente criminoso, deve ser proporcional ao crime por ele praticado (princípio da proporcionalidade¹³), assim, quanto mais grave o delito, maior deve ser a sanção imposta (MOREIRA, 2010, p. 226). Devendo ainda, respeitar os direitos fundamentais do condenado enquanto ser humano (princípio da humanidade¹⁴). Ou seja, a integridade física ou moral deve ser preservada (MASSON, 2010, p. 523)

Ademais, a responsabilidade pessoal do agente é intranscedente (princípio da personalidade), ou seja, a pena está limitada a pessoa do condenado.

¹¹ A vigente Carta Política foi promulgada em 5 de outubro de 1988, com o fim dos governos militares, após a proposta de emenda à Constituição encaminhada por José Sarney ao Congresso Nacional, que objetivando dar ao Brasil a afeição de um Estado Democrático-Social de Direito (PAULO; ALEXANDRINO, 2008, p. 29-30).

¹² Tanto o princípio da reserva legal como o princípio da anterioridade, encontram sua fundamentação no art. 5º, XXXIX, CF/88 e no art. 1º, Código Penal.

¹³ Amparado pelo art. 5º, XLVI, CF/88, o princípio da proporcionalidade concretiza-se na atividade na atividade legislativa, funcionando como barreira ao legislador, e também ao magistrado, orientando-o na dosimetria da pena (MASSON, 2010, p. 223)

¹⁴ Agraciado pelo art. 5º, XLVII e XLIX, o princípio da humanidade, assegura a não imposição de penas de morte, de trabalhos forçados, de banimento, cruéis, bem como a prisão perpétua pelo Estado (Moreira, 2010, p. 231-235).

Masson (2010, p. 522), em sua obra, destaca o tema da seguinte forma:

[...] a pena não pode, em hipótese alguma, ultrapassar a pessoa do condenado [...]. É vedado alcançar, portanto familiares do acusado ou pessoas alheias à infração penal. Em síntese, esse postulado impede que sanções e restrições de ordem jurídica superem a dimensão estritamente pessoal do infrator.

Sendo legítima somente nos casos estritamente necessários para a tutela de um bem jurídico penalmente reconhecido (princípio da intervenção mínima).

2.2 DA TEORIA ABSOLUTA (OU DA RETRIBUIÇÃO)

Ao longo dos tempos, o Direito Penal tem dado respostas diferentes à questão de como solucionar o problema da criminalidade. Essas soluções são fruto das chamadas Teorias da pena¹⁵, que são opiniões científicas sobre a pena, principal forma de reação do delito (NERY,2005)

A princípio tem-se duas teorias que tratam sobre o tema, a teoria absoluta e a teoria relativa. Greco (2010, p.465) assim manifesta:

Muito se tem discutido ultimamente a respeito das funções que devem ser atribuídas às penas. O nosso código Penal, por intermédio de seu art. 59, prevê que as penas devem ser necessárias e suficientes à reprovação e prevenção do crime. Assim, de acordo com a nossa legislação penal, entendemos que a pena deve reprová-lo o mal produzido pela conduta praticada pelo agente, bem como prevenir futuras infrações penais.

Logo, temos que a pena além da sua função principal, que é a de reprimir a conduta delituosa, evidenciando ao corpo social a conseqüente resposta estatal ao mal injusto provocado pelo transgressor da norma, deve também prevenir novas condutas capazes de por em risco o equilíbrio social.

A teoria absoluta tem origem no idealismo alemão, apoiada nas concepções de Kant, cuja aplicação da pena ao autor da conduta criminosa é

¹⁵ No entendimento de Capez (2010, p. 385), as finalidades da pena são explicadas pelo estudo das teorias da pena.

fruto de uma necessidade ética (retribuição jurídica), assim, o castigo compensa o mal e dá reparação à moral; e Hegel, cujo o fundamento da pena é jurídico, e não de ordem ética. Possui assim, um duplo caráter: moral (Kant) e jurídico (Hegel).

Para essa teoria, a existência da pena fundamenta-se unicamente no delito praticado (PRADO, 2010, p. 502), cujo desígnio é punir o transgressor da norma como forma castigo¹⁶.

Na lição de Bittencourt (2010, p. 100):

[...] é atribuída à pena, exclusivamente, a difícil incumbência de realizar a Justiça. A pena tem como fim fazer Justiça, nada mais. A culpa do autor deve ser compensada com a imposição de um mal, que é a pena, e o fundamento da sanção estatal está no questionável livre arbítrio, entendido como a capacidade de decisão do homem para distinguir entre o justo e o injusto.

É, pois, a retribuição estatal ao mal injusto provocado, ou seja, atua como compensação do mal causado pelo crime. Assim, nas palavras de Masson (2010, p. 525), “a pena desponta como a retribuição estatal justa ao mal injusto provocado pelo condenado, consistente na prática de um crime ou de uma infração penal (*punitur quia peccatum est*).”

Presentemente, no Brasil, bem como em outros Estados, essa teoria não tem mais força, visto que, a aplicação da pena objetivando unicamente a punição do agente criminoso não traz nenhum benefício efetivo ao transgressor da norma perante o corpo social¹⁷. Posto que, apresenta-se como uma doutrina puramente social-negativa de qualquer tentativa de socialização do delinqüente e de restauração da paz jurídica da comunidade afetada pelo crime.

Regrado nesta idéia, Greco (2010, p. 465) citando Roxin leciona que:

A teoria da retribuição não encontra o sentido da pena na perspectiva de algum fim socialmente útil, senão em que mediante a imposição

¹⁶Sob a ótica da teoria absoluta, conclui Masson (2010, p. 525) que, “a pena atua como instrumento de vingança do Estado contra o criminoso.”

¹⁷ Masson (2010, p. 525), pondera que, “Não tem finalidade prática, pois não se preocupa com a readaptação social do infrator da lei penal”.

de um mal merecidamente se retribui, equilibra e espia a culpabilidade do autor pelo fato cometido. Se fala aqui de uma teoria 'absoluta' porque para ela o fim da pena é independente, 'desvinculando' de seu efeito social. A concepção da pena como retribuição compensatória realmente já é conhecida desde a antiguidade e permanece viva na consciência dos profanos com uma certa naturalidade: a pena deve ser justa e isso pressupõe que se corresponda em sua duração e intensidade com a gravidade do delito, que o compense.

Todavia, a atual concepção dessa corrente, ampara-se a um princípio limitativo, segundo o qual o delito perpetrado deve operar como fundamento e limite da pena, e não, corresponder a um sentimento de vingança social (PRADO, 2010, p. 504).

2.3 DA TEORIA RELATIVA (FINALISTA OU DA PREVENÇÃO)

Contrariamente aos valores apregoados pela Teoria absoluta, cujo fundamento da aplicação da pena gira em torno do castigo, a teoria relativa sustenta a idéia de que a pena deve cumprir uma função preventiva. Trata-se, portanto, de uma concepção utilitária da pena. Nos dizeres de Prado (2010, p. 504), "não se trata de uma necessidade em si mesma, de servir à realização da justiça, mas de instrumento preventivo de garantia social para evitar a prática de delitos futuros (*poena relata ad effectum*)."

Justifica-se, portanto, por razões de utilidade social, reconhecendo na pena sua qualidade em repelir futuras transgressões a norma penal, isto é, a finalidade da pena é evitar novos delitos, sendo irrelevante a imposição de castigo ao condenado (MASSON, 2010, p. 526).

Tal teoria ramifica-se em duas outras subteorias: Teoria preventiva geral e Teoria preventiva especial.

A primeira delas, intitulada de Teoria preventiva geral, destaca-se pelo seu caráter intimidador ante o corpo social¹⁸, na medida em que busca

¹⁸ Sustentando este entendimento Capez (2010, p. 385) leciona que, "a prevenção geral é representada pela intimidação dirigida ao ambiente social".

diminuir e evitar a prática de condutas criminosas, por meio do controle da violência (MASSON, 2010, p. 527).

Clareando melhor sobre o tema, Damásio (2010, p. 563), elucida da seguinte forma: “na prevenção geral o fim intimidativo da pena dirige-se a todos os destinatários da norma penal¹⁹, visando a impedir que os membros da sociedade pratiquem crimes.”

Ademais, Estefam (1956, citado por Damásio, 2010, p. 563) vai além, apresentando a forma negativa e positiva que a prevenção geral apresenta:

A pena deve cumprir dupla função: inibir comportamentos antissociais e, ao mesmo tempo, moldar comportamentos socialmente aceitos; de modo que sua aplicação gera nos indivíduos o respeito e o temor respeitoso, no momento em que percebem que a violação da norma acarreta a efetiva aplicação da sanção - o que reforça a autoridade do Direito.

Nesta esteira de raciocínio, Costa Jr. (2009, p 149), reforça o tema da seguinte forma:

Poderá ela revestir-se de um aspecto negativo, consistente na adoção de medidas voltadas à obtenção de resultados de tipo intimidativo-dissuasivo. Ou de um aspecto positivo, que se consubstancia com o chamado efeito crimino-pedagógico do Tatbestand [...].

No que diz respeito a sua forma negativa, Masso (2010, p. 526) assevera que, “a prevenção geral negativa tem o propósito de criar no espírito dos potenciais criminosos um contraestímulo suficientemente forte para afastá-los da prática do crime”.

Assim, tem-se que a aplicação da pena a quem contraria a lei, é capaz de afastar da prática delitiva os demais outros possíveis futuros delinquentes, posto o temor que sua imposição gera.

¹⁹ Frise-se que, a norma penal possui eficácia “*erga omnes*”, significa dizer que se destina a todos os cidadãos, sem exceção, não se dirigindo a pessoas determinadas.

De outro lado, tem-se a prevenção geral positiva, consistente em demonstrar e reafirmar a existência, a validade e a eficácia do Direito Penal. Aspira-se, igualmente, em demonstrar a vigência da lei penal (MASSON, 2010, p. 527).

Na ótica de Prado (2010, p. 505):

[...] de um modo geral pode-se afirmar que a prevenção geral positiva considera que a pena, enquanto instrumento destinado à estabilização normativa, justifica-se pela produção de efeitos positivos consubstanciados no fortalecimento geral da confiança normativa (“estabilização da consciência do direito”).

Na sua generalidade, a prevenção geral positiva, tutela a preservação da inviolabilidade do Direito, além de manter a confiança do povo na eficácia da lei.

Posto estas considerações, vislumbra-se que a prevenção geral negativa, reflete-se na intimidação, ao passo que a prevenção geral positiva, na reintegração do agente criminoso.

Não obstante as observações feitas, a pena ainda é dotada da prevenção especial, cujo propósito dirige-se exclusivamente ao autor da infração penal, objetivando sua a reintegração à sociedade, bem como, evitar, por parte daquele, o cometimento de novos crimes.

A prevenção especial apóia-se fundamentalmente na periculosidade²⁰ individual, buscando sua eliminação ou diminuição (PRADO, 2010, p. 508).

Damásio (2010, p. 563), reforçando a idéia ensina que, “a pena visa o autor do delito, retirando-o do meio social, impedindo-o de delinquir e procurando corrigi-lo”.

Capez (2010, p. 385), advogando no mesmo entendimento aflora que, “a prevenção é especial porque a pena objetiva a readaptação e a

²⁰ A definição de periculosidade repousa no efetivo potencial do agente para prática de ações delituosas

segregação sociais do criminoso como meios de impedi-lo de voltar a delinqüir”.

Ou seja, busca a reabilitação do agente criminoso como forma de impedir a reincidência²¹.

A distinção entre a teoria da prevenção geral e esta teoria, reside no fato de que aquela dirige-se indistintamente à totalidade dos indivíduos integrantes da sociedade, enquanto esta dirige-se exclusivamente o transgressor da norma em si, manifestando-se como advertência ou intimidação individual (PRADO, 2010, p. 508).

Nesta esteira de raciocínio, Bitencourt (2010, p. 111) ressalta que:

A prevenção especial não busca a intimidação do grupo social nem a retribuição do fato praticado, visando apenas aquele indivíduo que já delinuiu para fazer com que não volte a transgredir as normas jurídico-penais.

Assim, como a prevenção geral, a prevenção especial também se ramifica em subteorias, quais sejam, positiva e negativa:

Nesta tendência, a prevenção especial pode subdividir-se em duas grandes subteorias, quais sejam, positiva (resssocializadora) e negativa (inocuidadora), cuja diferenciação de cada uma baseia-se nas distintas formas de atuar, consoante a qualidade do delinqüente (NERY, 2005, Universo Jurídico).

Nucci (2010, p. 379), buscando aclarar o tema, se expressa da seguinte forma:

[...]
c) especial negativo, significando a intimidação ao autor do delito para que não torne a agir do mesmo modo, recolhendo-o ao cárcere, quando necessário e evitando a prática de outras infrações penais;

²¹ A reincidência verifica-se quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior (CP, art. 59, I)

d) especial positivo, que consiste na proposta de ressocialização do condenado, para que volte ao convívio social, quando finalizada a pena ou quando, por benefícios, a liberdade seja antecipada.

Ou seja, a prevenção especial negativa tem por escopo neutralizar a possível futura nova ação delitativa, daquele que delinqüiu em momento anterior, através de sua intimidação (NERY, 2010, Universo Jurídico).

Masson (2010, p. 385), afirma que, “para a prevenção especial negativa, o importante é intimidar o condenado para que ele não torne a ofender a lei penal [...].”

De outro lado, a prevenção especial positiva dirige-se a ressocialização do condenado, neste sentido, Masson (2010, p. 527) ensina que:

A prevenção especial positiva, preocupa-se com a ressocialização do condenado, para que no futuro possa ele, com integral cumprimento da pena, ou, se presentes os requisitos legais, com a obtenção do livramento condicional²², retornar ao convívio social preparado para respeitar as regras a todos impostas pelo Direito. A pena é legítima somente quando é capaz de promover a ressocialização do criminoso.

Tal teoria advoga por uma pena que se destina ao tratamento do próprio delinqüente em si, com o propósito de incidir em sua personalidade, com efeito de evitar sua reincidência através da ressocialização (Nery, 2005, Universo Jurídico).

2.4 DA TEORIA MISTA (ECLÉTICA)

Como bem sabido, a pena encontra seu pretexto na transgressão a norma penal, bem como na necessidade de evitar a realização de novas

²²Adotada por quase todas as legislações penais modernas, instituto do livramento condicional, nos vocábulos de Santos (1985, p. 258), “consiste a fase final desinstitucionalizada de execução da pena privativa de liberdade, com o objetivo de reduzir os maléficos efeitos da prisão e facilitar a reinserção social do condenado.”

condutas contrárias a ela. Portanto, é imprescindível que seja justa, proporcional à gravidade do injusto e à culpabilidade de seu autor, além de necessária à manutenção da ordem social (PRADO, 2010, p. 510).

Em vista disso, a Teoria mista, busca uma melhor adequação da pena aos fins individuais e sociais, fundindo em uma mesma corrente, as Teorias Absolutas e Relativas (MIRABETE, 2010, p. 231) objetivando unir o foco principal de cada uma delas e sobrepujar os pontos negativos.

É, presentemente, a teoria adotada pelo vigente ordenamento jurídico penal. Damásio (2010, p. 563), engrossando tal afirmativa, leciona que, “pena, na reforma de 1984, passou a apresentar natureza mista: é retributiva e preventiva, conforme dispõe o art. 59, *caput*, do CP.”

Nestes termos, a redação do artigo 59 do Código Penal Brasileiro, assim dispõe:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Não obstante a menção do referido artigo 59 do vigente Código Penal Brasileiro, declarando a adoção da Teoria unificadora como fonte norteadora dos fins da pena, outros dispositivos legais do mesmo diploma, bem como alguns outros de algumas Leis extravagantes²³, demonstram a preferência por essa natureza. A exemplo, o artigo 121, § 5º e 129, § 8º, CP, referentes ao perdão judicial nos crimes de homicídio culposo e lesões corporais culposas, são casos em que as próprias consequências geradas pela transgressão da norma são suficientemente hábeis a castigar (punir) o agente – retribuição (MASSON, 2010, 528).

²³ Define-se as Leis extravagantes como sendo um conjunto de leis relativas a matérias que já forma alvo de uma compilação, ou anteriormente codificadas, que, por assim dizer, ficam em vigor com um caráter suplementar (INFOPÉDIA, 2003-2012).”

Outro exemplo narrado por Masson (2010, 528), contudo, ostentando a finalidade preventiva (geral e especial) da pena reside na Lei nº 7.210/84²⁴, que assim dispõe, nos citados dispositivos:

[...]

Art. 10 - A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

[...]

Art. 22 – A assistência social tem por finalidade amparar o preso e o internado e prepará-los para o retorno à liberdade.

[...]

Art. 28 – O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva.

Na avaliação de Bitencourt (2010, p. 112) , “as teorias unificadoras partem da crítica às soluções monistas, ou seja, às teses sustentadas pelas teorias absolutas ou relativas da pena.”

Isto é, entende-se que a pena, na sua essência, deve constituir-se da qualidade retributiva (aspecto moral), abarcando em sua finalidade preventiva um misto de educação e correção (MIRABETE, 2010, p. 231).

Desse modo, a referida teoria advoga no sentido de que a pena tem a dupla tarefa de punir o criminoso e prevenir a realização do crime, por meio da reeducação e pela intimidação coletiva (CAPEZ, 2010, p. 385).²⁵

Enaltecendo a idéia de Capez, Masson (2010, p. 528), declara que, “a pena deve, simplesmente, castigar o condenado pelo mal praticado e evitar a prática de novos crimes, tanto em relação ao criminoso como no tocante à sociedade.”

Nesse mister, é notório que para o sistema penal brasileiro, as finalidades da pena devem ser buscadas pelo condenado e pelo Estado,

²⁴ Lei nº 7.210/84 - Lei de Execuções Penais.

²⁵ Tal acepção sobre a afirmativa conceitual da Teoria Mista, repousa no brocardo jurídico *punitur quia peccatum est et ne peccetur* (CAPEZ, 2010, p. 385).

ostentando de igual forma à retribuição e à prevenção (MASSON, 2010, p. 528).

Na linha de jurisprudência a Suprema Corte Federal (Brasil, STF) destacando esta idéia, pronuncia-se da seguinte forma:

[...] Se é assim - vale dizer, se a Constituição mesma parece conferir à execução das penalidades em foco uma paralela função de reabilitação individual, na perspectiva de um saneado retorno do apenado à vida societária -, esse mister reeducativo é de ser desempenhado pelo esforço conjunto da pessoa encarcerada e do Estado-carcereiro. Esforço conjunto que há de ser dar segundo pautas adrede fixadas naquilo que é o próprio cerne do regime que a lei designa como execuções penais. Um regime necessariamente concebido para fazer da efetiva constrição da liberdade topográfica de ir e vir um mecanismo tão eficiente no plano do castigo mesmo quanto no aspecto regenerador que a ela é consubstancial [...].

Desse modo, evidencia-se que a pena cumpre sua função social, valendo-se da prevenção especial positiva cujo fim é a recuperação do agente, a prevenção especial negativa a troco da prisão do delinqüente, bem como da prevenção geral negativa mediante a intimidação dos novos futuros criminosos e a prevenção geral positiva na idéia de fazer manter a confiança na ordem jurídica, além de reprimir a conduta do agente incriminador.

3 DO CRIME TENTADO

Antes do estudo do crime tentado, faz-se necessário compreender o instituto do *iter criminis*, já que a tentativa encontra-se dentro de uma de suas fases.

3.1 DO ITER CRIMINIS

Para que o agente criminoso alcance seu objetivo final, é necessário uma seqüência de atos que, somados, concretizem sua pretensão.

Destarte, faz-se saber que, na realização do crime existe um caminho, um itinerário a percorrer entre o momento da idéia de sua realização até aquele em que ocorre a sua consumação (MIRABETE, 2010, p. 143). E é a este caminho que se dá o nome de *iter criminis*.

Segundo Zaffaroni e Plerangeli (1988, *apud*, GRECO, 2010, p. 237):

[...] desde que o desígnio criminoso aparece no foro íntimo da pessoa, como um produto da imaginação, até que se opere a consumação do delito, existe um processo [...]. A este processo dá-se o nome de *iter criminis* ou caminho do crime, que significa o conjunto de etapas que se sucedem, cronologicamente, no desenvolvimento do delito.

Portanto, o *iter criminis* é o caminho percorrido pelo transgressor da norma penal para se chegar ao crime. É, nas palavras de Damásio (2010, p. 371), “[...] o conjunto de fases pelas quais passa o delito.”

Reforçando essa idéia e, buscando dar mais detalhes a ela, Becker (2004, p. 49) ensina que, “a partir do surgimento da cogitação criminosa na mente do agente até a integralização de um tipo legal de crime, é possível a identificação de uma seqüência de fases constituindo um processo teoricamente fragmentável.”

Trata-se, assim, do percurso para a realização do crime, que vai da cogitação á consumação (NUCCI, 2010, p. 319).

O caminho do crime é composto de duas fases: uma interna, representada pela cogitação, e uma externa, que se divide em outras três: preparação, execução e consumação (MASSON, 2010, p. 299).

Desse modo, preenchida cada uma dessas etapas perfeitamente, alcança-se o crime na sua forma consumada, e conseqüentemente, a valoração jurídica dos atos prévios a este perde o interesse, posto que todas as fases anteriores se completaram de modo eficaz, restando, unicamente, refletir sobre as indagações a respeito de sua punição (BECKER, 2004, p. 49).

Todavia, não ocorrendo à consumação do delito, impõe-se o problema de delicada indagação sobre a relevância daqueles atos que, com maior ou menor intensidade, revelaram a vontade criminosa do agente, criando uma situação de maior ou menor perigo para bens juridicamente protegidos (BECKER, 2004, p. 49).

3.1.1 Da cogitação

Como em todo ato humano voluntario, no crime, a ideia antecede a ação. É, pois, na mente do homem que se inicia o movimento delituoso (BITENCOURT, 2010, p. 465), e a sua primeira fase é a idealização, deliberação e a resolução criminosa (MASSON, 2010, p. 300), que juntas, compreendem a cogitação.

Na concepção de Masson (2010, p. 300) a idealização é o momento em que o individuo tem a idéia de praticar a conduta criminosa.

Consecutivamente a esta, aflora a etapa em que o agente pondera os prós e contras da atividade criminosa idealizada, trata-se da deliberação (NUCCI, 2009, p. 219). E que, na preleção de Becker (2004, p. 51):

É caracterizado, muitas vezes, por uma profunda e conflituosa batalha que se desenvolve entre impulsos contraditórios e ambivalentes, provindos do consciente e do inconsciente do agente. É o momento do confronto entre forças opostas, entre a *spinta* e o *contro spinta* criminoso, entre o *EROS* e *Tanatos*, entre a pulsão de vida e a pulsão de morte, como se refere parte da psiquiatria, ou entre a virtude e o pecado, como aponta a teologia.

Passada a indecisão e, prevalecendo o desejo pela prática do crime (resolução criminosa), o desígnio criminoso começa a assumir contornos mais bem rascunhados, no qual são ilustrados os detalhes, representados os resultados pretendidos, previstas as dificuldades e antecipadas às alternativas de superação da mesma (BECKER, 2004, p. 53).²⁶

A soma de todas essas etapas responde pela fase inicial do processo criminoso, compreendendo um momento exclusivamente interno e subjetivo, representando o germinar da idéia criminosa na mente do agente (BECKER, 2004, p. 51).

Por isso, a cogitação é a fase interna ou o momento interno do *iter criminis*, lanço em que o agente deposita em seu pensamento o anseio de praticar a conduta delituosa (MOREIRA, 2010, p. 88). Conforme leciona Greco (2010, p. 238), “aqui ele define a infração penal que deseja praticar, representando e antecipando mentalmente o resultado que busca alcançar.”²⁷

Agraciando todo este raciocínio, Bitencourt (2010, p. 465) assenta-se da seguinte forma:

É na mente do ser humano que se inicia o movimento criminoso. É a elaboração mental da resolução criminosa que começa a ganhar forma, debatendo-se entre os motivos favoráveis e desfavoráveis, e desenvolve-se até a deliberação e o propósito final, isto é, até que se firma a vontade cuja concretização constituirá o crime. São os atos internos que percorrem o labirinto da mente humana, vencendo obstáculos e ultrapassando barreiras que porventura existam no espírito do agente.

²⁶ É quando o autor determina no seu saber causal, os fatores requeridos para colocar em prática a causalidade, considerando os efeitos concomitantes e avaliando as eventuais variáveis intervenientes (WELSEL, 1976 citado por BECKER, 2004, p. 53).

²⁷ Nesta fase o agente criminoso dedica-se apenas em mentalizar, prever, antever, planejar, desejar, representar mentalmente a prática do crime (CAPEZ, 2010, p. 264).

Em vista disso, testifica Damásio (2010, p. 372) que, “a cogitação não constitui fato punível”, posto que, cada um pode pensar o que bem quiser (*cogitationis poenam nemo partitur*) (CAPEZ, 2010, p.264).

3.1.2 Dos atos preparatórios

Superada a primeira fase do *iter criminis*, momento em que se passa da idealização a definição da infração penal que deseja cometer, o agente começa a se preparar com o fim de obter êxito em sua empreitada criminosa (GRECO, 2010, p. 238). Penetra-o na etapa da preparação, ou dos atos preparatórios, conforme sustenta Masson (2010, p.300).

Os atos preparatórios, externos ao agente, correspondem aos atos indispensáveis á pratica da infração penal, municiando-se o agente dos elementos necessários para concretização da sua conduta ilícita (MASSON, 2010, p. 300).²⁸

Na lição de Nucci (2009, p.320), “é a fase de exteriorização entre a idéia do crime, através de atos, que começam a materializar a perseguição ao alvo idealizado, configurando uma verdadeira ponte entre a fase interna e a execução.”

Dessa forma, quando o desígnio delituoso se projeta no mundo exterior (concreto), tornando-se suscetível de alterar sua ordem, a progressão criminal penetra no âmbito jurídico (BECKER, 2004, p. 55).

Cabe ressaltar que, embora inclusos no âmbito jurídico, via de regra, não são puníveis (BITENCOURT, 2010, p. 465), visto que, nessa fase ainda não houve agressão ao bem jurídico penalmente tutelado (CAPEZ, 2010, p. 264). Nas palavras de Becker (2004, p. 55), “a razão da impunidade é a sua

²⁸ Conforme doutrina Becker (2004, p. 55), “situa-se neste momento do *iter criminis*, por exemplo, o ato de observar os passos da vítima, comprar uma arma e municiá-la, adquirir ou preparar um veneno, sair à rua munido de gazuas ou chaves falsas, [...], e inúmeras situações similares, exaustivamente citadas pela doutrina.”

ambigüidade, uma vez que não indicam com precisão o desígnio de cometer um delito específico.”

Desse modo, edificando o tema, o TJSP, posicionou-se da seguinte forma, salientando que:

[...] se os atos praticados pelo agente foram meramente preparatórios, não chegaram à iniciativa da execução do crime que lhe é atribuído, são atípicos e, portanto, insuscetíveis de sanção penal.

Todavia, por vezes, o legislador transforma esses atos que, a princípio, seriam meramente preparatórios, em tipos penais especiais, fugindo à regra geral (BITENCOURT, 2010, p. 466).²⁹

A justificativa reside no fato de que tais condutas constituem por si mesmo perigo para bens jurídicos tutelados. Assim, Galdino Siqueira (1950, *apud* BECKER, 2004, 57), objetivando explicar o raciocínio do legislador, afirmar que, “pune-se, não a resolução de cometer crime, mas um fato que, por si só, causa perturbação social.”

3.1.3 Dos atos de execução

Vencida as fases da cogitação e da preparação, o sujeito penetra na fase da execução do crime (GRECO, 2010, p. 238), instante em que seus atos são dirigidos diretamente á pratica do crime (MIRABETE, 2010, p. 143).

Segundo ensina Masson (2010, p. 310), “a fase da execução, ou dos **atos executórios**, é aquela em que se inicia a agressão ao bem jurídico, por meio da realização do núcleo do tipo penal.”

²⁹ Exemplos de atos preparatórios que o legislador agraciou como tipos penais especiais são: I- petrechos para a falsificação de moeda (art. 291, CP), que seria apenas ato preparatório do crime de moeda falsa (art.289, CP); II- atribuir-se falsamente autoridade para celebração de casamento (art. 238, CP), que seria ato preparatório da simulação de casamento (art.239, CP); III- de possuir substancia ou engenho explosivo, gás tóxico ou asfixiante, ou material destinado à sua fabricação (art. 253, CP), que pode ser ato preparatório dos crimes de explosão (art. 251, CP) e de uso de gás tóxico ou asfixiante (art.252, CP) etc (MIRABETE, 2010, p. 467).

É, pois, nessa fase, que os atos praticados pelo agente criminoso se tornam passíveis de apreciação pelo poder judiciário, visto que, os seus atos, por alcançarem o núcleo da figura típica, já são puníveis (CAPEZ, 2010, p. 265).

Não obstante aos esclarecimentos ora apontados, cautela maior deve-se ter no que diz respeito à distinção entre os atos preparatórios (usualmente impunes) e os atos de execução (MIRABETE, 2010, p. 143). Posto que, conforme elucida Capez (2010, p. 265), “é muito tênue a linha divisória entre o término da preparação e a realização do primeiro ato executório.” Motivo pelo qual, torna-se muito árduo identificar quando o sujeito ainda esta preparando ou já está executando o crime (CAPEZ, 2010, p. 143).

Como não se trata de uma questão fácil e uniforme (NUCCI, 2009, p. 321), ao longo do tempo, várias teorias eclodiram com o fim específico de elaborar essa distinção (GRECO, 2010, p. 240).³⁰ Dividindo-se, consoante Masson (2010, p. 302), “inicialmente em subjetiva e objetiva. Ramificando-se esta última em diversas outras.”

A Teoria subjetiva sustenta a tese de que não há transição entre os atos preparatórios e os atos executórios, uma vez que, o importante, é o arbítrio criminoso que esta presente tanto na preparação quanto na execução do crime (NUCCI, 2009, p. 321). É o que declara Masson (2010, p. 302), ao dispor sobre o tema, “o que interessa é o plano interno do autor, a vontade criminosa, existente em quaisquer dos atos que compõem o *iter criminis*. Logo, tanto a fase da preparação como a fase da execução importam na punição do agente”.

Em contra partida, a Teoria objetiva advoga no sentido de que os atos destinados a execução do crime dependem do inicio da realização do tipo penal, de forma que o agente não pode ser punido pelo seu simples querer interno (MASSON, 2010, 302). Segundo Nucci (2009, p. 321):

³⁰ A título de curiosidade, como até então não erodiu nenhum método infalível para discriminar um e outro, nos casos de irreduzível incerteza sobre se o ato constitui um ataque ao bem jurídico ou apenas uma predisposição para esse ataque, o magistrado deverá pronunciar o *non liquet*, a ausência de provas, negando a existência da tentativa (MASSON, 2010, p. 302).

Há, pois, maior segurança para o agente, que não será punido simplesmente pelo seu querer, salvo quando exteriorizado por atos que sejam próprios e adequados a provocar o evento típico, causando um perigo real ao bem jurídico protegido pela norma penal.

Esta, por sua vez, divide-se em outras teorias. A primeira delas, intitulada de Teoria objetivo-formal, preconizada por Beling, professa que só se pode falar em tentativa quando o agente já tiver praticado a conduta descrita no tipo abstrato descrito na lei penal (GRECO, 2010, p. 241)³¹. Isto é, que se inicie a realização do verbo contido na conduta criminosa. Exige-se assim, que o autor tenha concretizado efetivamente uma parte da conduta típica, penetrado no núcleo do tipo.”³²

Temos também, a Teoria objetivo-material, cuja fundamentação pauta-se na visão de uma terceira pessoa, alheia aos fatos (MASSON, 2010, 303). Destarte, afirma que os atos executórios não são somente os que realizam o verbo da figura típica ou atacam o bem jurídico, mas também aquelas imediatamente anteriores ao início da ação típica, valendo-se o magistrado do critério do terceiro observador (Nucci, 2009, p. 321).³³

Outra derivação da teoria objetiva é a Teoria objetivo-individual, assim como a Teoria objetivo-material, defende que os atos executórios não são apenas os que dão início à ação típica, atacando o bem jurídico, mas também os praticados imediatamente antes, contudo, contrariamente a Teoria objetivo-material, deve-se buscar prova do plano concreto do agente, sem avaliação exterior (NUCCI, 2009, p. 322).³⁴

³¹ Nos ensinamento de Nucci (2009, p. 321), “trata-se da teoria adotada pelo Código Penal e sustentada pela doutrina pátria.”

³² Tem-se como exemplo, o sujeito que, buscando ceifar a vida de seu desafeto, no homicídio, inicia sua conduta de “matar alguém”, com golpes de punhal (MASSON, 2010, p. 303).

³³ Exemplificando o tema, ilustra-se a hipótese daquele que se encontra no alto de uma escada, pronto para pular um muro e adentrar em uma residência (na posse de um pé de cabra), e que na visão de um terceiro observador, inicia a execução de um crime de furto. (Masson, 2010, p. 303).

³⁴ Masson (2010, p. 303) apresenta o seguinte exemplo, “A”, com uma faca em punho, aguarda atrás de uma moita a passagem de ‘B’, seu desafeto, para matá-lo, desejo já anunciado para diversas pessoas. Quando este se encontra a 200 metros de distância, ‘A’ fica de pé, segura

Por fim, fala-se na Teoria da hostilidade ao bem jurídico, para esta os atos executórios vislumbram afronta ao bem jurídico, ao passo que os atos preparatórios não caracterizam desrespeito algum ao bem jurídico (GRECO, 2010, p. 242).

Assim sendo, uma vez dado início aos atos executórios, duas situações podem ocorrer, quais sejam, a consumação ou a tentativa. Nesta, em virtude de circunstâncias alheias à vontade do agente, a consumação não chega a efetivar-se. Naquela, o agente obtém êxito em sua empreitada criminosa, preenchendo todos os elementos descritos no tipo abstrato descrito na lei (GRECO, 2010, p. 238).

3.2 DA TENTATIVA

A tentativa é a realização incompleta do tipo penal, isto é, do modelo descrito na lei como infração penal (BITENCOURT, 2010, p. 464)³⁵. Nas palavras de Carrara (1907, *apud*, BECKER, 2004, p. 71-72) a tentativa é:

[...] qualquer ato externo univocamente conducente, por sua natureza, a um evento criminoso, e a ele dirigido pelo agente com explícita vontade, não seguido por esse resultado, nem pela lesão de um direito maior ou equivalente ao que se queria violar.

Trata-se, como se vê, de um conceito intuitivamente apreendido como oposto ao de perfeição (consumação) (BECKER, 2004, p. 71). Isso porque, tal conceito carrega (implícito) um componente negativo, consistente na inadequação entre o conteúdo da vontade e o resultado, com a não atualização do evento desejado (BECKER, 2004, p. 71).

firme a arma branca e aguarda em posição de ataque seu adversário. Surge a polícia e o aborda.”

³⁵ No que diz respeito a sua denominação, Masson (2010, p. 308) ilustra que, “a tentativa é também conhecida por outros rótulos: **conatus**, **crime imperfeito**, ou, [...], **crime incompleto**, em oposição ao crime consumado, reconhecido como completo ou perfeito.

Buscando dar uma melhor compreensão ao tema, Bitencourt (2010, p. 464) sabiamente alude que:

Na tentativa o movimento criminoso para em uma das fases da execução, impedindo o agente de prosseguir em seu desiderato por circunstâncias estranhas ao seu querer. A tentativa é o crime que entrou em execução, mas no seu caminho para a consumação é interrompido por circunstâncias acidentais.

Assim, notório é que a conduta esmiúça-se no caminho da tipicidade, porém, antes que o agente a atinja, causa estranha detém seu movimento (BITENCOURT, 2010, p. 465).

3.3 DA FORMAS DE TENTATIVA: PERFEITA E IMPERFEITA

Sabe-se que, uma vez perpetrada a fase executória do *iter criminis*, o movimento criminoso pode seguir dois caminhos distintos. Pode ele interromper-se no curso de sua execução (tentativa), ou, chegar à consumação. Valendo-se da primeira hipótese, e tão somente dela, observa-se que ela pode se dar de duas formas: perfeita ou imperfeita (BITENCOURT, 2010, p. 469).

Assim, fala-se em tentativa imperfeita quando o processo executório é interrompido por circunstâncias alheias à vontade do agente (DAMÁSIO, 2010, p. 377). Ou, segundo leciona Greco (2010, p. 244), “diz imperfeita, ou inacabada, a tentativa em que o agente é interrompido durante a prática dos atos de execução, não chegando, assim, a fazer tudo àquilo que intencionava, visando consumir o delito.”³⁶

Tem-se a tentativa perfeita ou crime falho, quando a consumação não ocorre, apesar de ter o agente praticado todos os atos necessários à produção do evento (MIRABETE, 2010, p. 145). Nesta, a fase executória

³⁶ Tem-se como exemplo de tentativa perfeita, aquele em que a vítima de envenenamento ou de disparos é salva por intervenção dos médicos (MIRABETE, 2010, p. 145).

realiza-se integralmente, mas o resultado visado não ocorre, por circunstâncias alheias à vontade do agente (BITENCOURT, 2010, p. 470).³⁷

Não obstante ao exposto, a distinção existente entre as espécies de tentativa é irrelevante para a tipificação proposta pelo vigente Código Penal, que só terá influencia na dosimetria penal (BITENCOURT, 2010, p. 470).

3.4 DOS ELEMENTOS DA TENTATIVA

Sabe-se que, a tentativa, consubstancia-se na figura inacabada de um crime (BITENCOURT, 2010, p. 468). Em vista disso, compõem-se dos mesmos elementos do crime consumado: objetivos e subjetivos.

Significa dizer que a tentativa, possui todas as fases do *iter criminis*, exceto a consumação (BITENCOURT, 2010, p. 468). Por isso, conforme doutrina Becker (2004, p. 76):

A essência da tentativa [...], consiste no, *cogitare, agere, sed non perficere*, noção que engloba todos os elementos da tentativa: vontade de cometer um crime, a ação ou omissão conducente a este propósito, e a frustração da deliberação delituosa por causas alheias à vontade do agente .

Atentando-se ao elemento subjetivo, temos o dolo, entendido como a vontade livre e consciente do agente em querer praticar determinada infração penal (GRECO, 2010, p. 243)³⁸. Isto é, faz-se necessário que o agente manifeste a intenção de produzir um resultado mais grave do que aquele a que vem efetivamente conseguir (BITENCOURT, 2010, p. 469).

³⁷ Fala-se em tentativa imperfeita na hipótese em que o agente, após ferir levemente a vítima com um punhal, a brande para desferir o golpe mortal, momento em que alguém lhe toma a arma (DAMÁSIO, 2010, p. 377).

³⁸ Nas palavras de Becker (2010, p. 76) o elemento subjetivo caracteriza-se não só na direção da vontade ao evento como finalidade, mas também no resultado acessório vinculado necessariamente à realização de determinados atos, bem como à utilização de determinados meios.

Neste sentido, o Código Penal, segundo leciona Masson (2010, p. 308), “foi peremptório [...] ao dizer que o crime somente não se consuma por circunstâncias alheias à **vontade** do agente [...]”, demonstrando, claramente, a similitude existente entre o dolo do crime tentado e o dolo do crime consumado.³⁹

É o que aponta Silva (1997, *apud*, GRECO, 2010, p. 244):

[...] se a tentativa é um tipo objetivamente incompleto, é, no entanto, do ângulo subjetivo, um tipo completo, tanto que o dolo que informa é o mesmo dolo do crime consumado. De qualquer modo, para conceituar a tentativa, não basta o só desencadeamento do processo executivo de um fato, mas se exige também que se identifique a presença de uma vontade voltada na direção do resultado, que é a mesma do crime consumado.

Logo, como a tentativa é a conduta destinada a um resultado que se pretende, mas não se consegue alcançar, sustentando em sua essência o mesmo dolo do crime consumado, a intenção criminosa que transcende o dano efetivamente causado, é, portanto, elemento essencial do delito tentado. (BECKER, 2010, p. 77).

Reportando-se ao campo do elemento objetivo, este se compõe do início de execução e da incompletude involuntária do tipo que o agente queria realizar (BECKER, 2010, p. 76).

É o que reportar o vigente Código Penal brasileiro em seu artigo 14, ao tratar do crime tentado, *in verbis*:

Art.14- Diz o crime:

[...]

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

Implica dizer que o agente, ao iniciar sua conduta volitiva, deve, obrigatoriamente, perpetrar na fase dos atos executórios, a saber, aqueles dirigidos diretamente a prática do crime, sem, contudo, alcançar o fim

³⁹ Cumpre destacar que a doutrina, em sua maioria, admite na forma tentada, todas as modalidades de dolo, inclusive o eventual, equiparado ao dolo direto pelo atual Código Penal brasileiro (BECKER, 2010, p. 79 e 83).

pretendido, por circunstâncias independentes a sua vontade (GRECO, 2010, p. 469).

Becker (2004, p. 85), em seu aprofundamento sobre a tentativa criminosa, fundamenta a necessidade do início dos atos executórios porque, enquanto permanece no foro íntimo do sujeito, a mais reprovável intenção delituosa não penetra no âmbito jurídico. Por isso, a vontade criminosa, sem atuação objetiva que possa conduzir ao resultado visado, não adquire relevância penal.

Assim, o primeiro elemento do tipo objetivo da tentativa, justifica-se por ordem política. Trata-se, conforme testifica Becker (2004, p. 85), “[...] de um critério diagnóstico para garantir a maior precisão possível na determinação do desígnio do agente, visando à garantia dos direitos individuais e a certeza do direito.”

Entretanto, nos termos do inciso II, artigo 14, CP, o tipo objetivo da tentativa requer, além do início de execução, um elemento negativo consistente na inocorrência da consumação por circunstâncias alheias à vontade do agente. Ou seja, a frustração da intenção delituosa (BECKER, 2004, p. 86).

Pode ser qualquer causa interruptiva da execução, desde que diferente à vontade do agente (BITENCOURT, 2010, p. 469)⁴⁰, como a intervenção de terceiros, um acontecimento fortuito, bem como qualquer contingência que vença a força da atuação criminosa (BECKER, 2004, p. 86).

Assim, certifica-se que é requisito inafastável da tentativa o involuntário insucesso no envolver delituoso (BECKER, 2004, p. 86), posto que, se a consumação não ocorrer por desejo do agente criminoso, vindo este a interromper a execução antes de atingir o resultado finalístico, ou se, posterior

⁴⁰ Neste sentido, Damásio (2010, p. 377), ao doutrinar sobre as circunstâncias estranhas ao desejo do agente, ponderar que ela pode se dar de formas diversas formas. Assim, podem obstar o autor de prosseguir na realização da conduta atuando em certo sentido psicofísico, deixando incompleto o fato não somente objetiva, mas também subjetivamente”, ou impedem seja completado o tipo por serem absolutamente alheias à sua vontade, não obstante tenha realizado “todo o necessário” para a produção do resultado.

aos atos de execução, conseguir impedir, eficazmente, a produção do resultado, não há que se falar em tentativa, e sim, em desistência voluntária e arrependimento eficaz (MIRABETE, 2010, p. 145), institutos diversos ao da tentativa.

3.5 DA NATUREZA JURÍDICA DA TENTATIVA

Como bem sabido, sabe-se que na tentativa, embora haja prática de atos executórios, não chega o agente à consumação do delito pretendido por circunstâncias alheias a sua vontade (MIRABETE, 2010, p. 144).

Neste sentido, quando nos deparamos com a análise da natureza jurídica do instituto da tentativa, este deve ser feito frente ao artigo 14, II, do Código Penal, isso porque, a sua punibilidade se estabelece em face deste dispositivo legal (DAMÁSIO, 2010, p. 375). E que, segundo leciona Bitencourt (2010, 468), “[...] constitui ampliação temporal da figura típica”, criadas com o objetivo de ampliar a figura típica, de modo a abranger situações não previstas expressamente pelo tipo penal (GRECO, 2010, p. 242).

Posto isso, a tipicidade da tentativa decorre da conjugação do tipo penal violado com o dispositivo que define e prevê a sua punição.

Nesta esteira de raciocínio, Masson (2010, p. 309), ao doutrinar sobre essa ampliação temporal, sustenta que:

[...] com a utilização da regra prevista no artigo 14, II, do Código Penal, o alcance do tipo penal não se limita apenas a consumação do crime, mas também a períodos anteriores. Antecipa-se a tutela penal para abarcar os atos executórios previstos à consumação.

Assim, não obstante o entendimento de alguns doutrinadores no sentido de considerar a tentativa como delito autônomo, tal afirmativa é infundada, é, pois, a realização incompleta de um tipo penal (DAMÁSIO, 2010, p. 376).

3.6 DOS CRIMES QUE COMPORTAM OU NÃO A TENTATIVA

Conquanto haja expressa disposição legal no que diz respeito ao modo pelo qual se opera o fenômeno da tentativa nos vários tipos penais que compõem a parte especial do Código Penal, insta destacar que, por ser um fragmento de crime, a tentativa não tem sua presença assegurada em todas as espécies de delito, visto que, nem todas as infrações penais admitem essa figura típica ampliada (BITENCOURT, 2010, p. 470).

Segundo elucida Masson (2010, p. 315) “a admissibilidade ou não da tentativa tem a ver com o caráter plurissubsistente do delito, isto é, com a composição da conduta em diversos atos executórios.”

Destarte, em geral, são compatíveis com o *conatus* os crimes dolosos, pouco importando sejam matérias, formais ou de mera conduta, desde que haja compatibilidade dos crimes com a tentativa (MASSON, 2010, p. 314).

Todavia, algumas espécies de infrações penais não a admitem tentativa, dentre eles, os culposos. Estes, não admitem o *conatus* dado ao fato de que são cometidos sem o elemento vontade, o resultado surge da inobservância de um dever de cuidado, eis que, a caracterização da tentativa exige o elemento vontade, ou seja, o sujeito quer ou assume o risco de produzir o resultado (BITENCOURT, 2010, p. 471).

Inadmissível também a tentativa nos crimes preterdolosos, visto que, neste tipo de crime, o resultado agravador (final) não é desejado pelo sujeito (culposo), motivo pelo qual não se compactua com o *conatus* (MASSON, 2010, p.314).

Não obstante ao até então mencionado, cabe destacar que os crimes omissivos próprios e unissubsistentes também não comportam a modalidade tentada (MIRABETE, 2010, p. 146). No primeiro, porque, segundo poderá Greco (2010, p. 247) em tal modalidade de infração penal, “[...] ou o agente não faz aquilo que a lei determina e consuma a infração, ou atua de acordo com o comando da lei e não pratica qualquer fato típico”. No outro, pelo

fato de tratar-se de crimes de ato único, o que torna impossível o seu fracionamento (MIRABETE, 2010, p. 147).

Por fim, também não há que se falar em tentativa nos crimes habituais. Estes, nas palavras de Masso (2010, p. 317) “são delitos em que, para se chegar à consumação, é preciso que o agente pratique, de forma reiterada e habitual, a conduta descrita no tipo. Neste sentido, Mirabete (2010, p. 247) pondera que, “o crime habitual não admite tentativa, pois ou há reiteração de atos e consumação, ou não há essa habitualidade e os atos são penalmente indiferentes.”

4 DA PUNIBILIDADE DA TENTATIVA

Como verificado pela apreciação de sua natureza jurídica, tratando-se a tentativa de uma realização incompleta da figura típica, sua análise merece ser cuidadosamente examinada, levando-se em conta todos os elementos de análise feita nas hipóteses em que estamos diante de um crime consumado, contudo com uma cautela maior quanto a sua punibilidade.

4.1 DOS FUNDAMENTOS DA PUNIÇÃO

Uma das problemáticas existentes no estudo do crime na sua forma tentada gira em torno da justificativa de sua punibilidade, dado ao fato de que, por ser um delito truncado no seu itinerário, a tentativa, muitas das vezes, não conduz à lesão de nenhum bem jurídico (BECKER, 2004, p. 101).

E foi a partir desta indagação, que surgiram várias teorias que, determinadas pela diversidade de sistemas políticos e filosóficos em que se fundamenta o direito de punir e a noção do fim da pena, objetivaram fundamentar a punibilidade da tentativa (BECKER, 2004, p. 101).

4.1.1 Da Teoria Objetiva

É sabido que, o Estado, ao promover o bem comum e combater a criminalidade, tutela os bens jurídicos mais importantes e necessários para a manutenção da vida em sociedade, sob ameaça de pena àqueles que transgredirem a norma (*jus puniend*). E que, ao Direito, compete à função de limitar o poder punitivo do Estado, bem como o de assegurar o respeito aos direitos individuais. Por isso, a intervenção estatal na esfera individual só deve ocorrer se houver lesão aos bens jurídicos protegidos, fundamentando-se a pena na gravidade da lesão (BECKER, 2004, p. 101).

Assim, a teoria objetiva fundamenta a punibilidade da tentativa no perigo proporcionado ao bem jurídico tutelado pela lei (MASSON, 2010, p.

309), bem como, na possibilidade de lesão e na sua gravidade (BECKER, 2004, p. 102).

Em vista disso, sendo a tentativa punível, não em função da vontade do autor, mas sim, por ser uma conduta produtora de perigo, exige-se o início de execução do fato típico, o que impõe a necessidade de distinção entre atos preparatórios e executórios (BECKER, 2004, p. 105). Sobre o tema, Nucci (2009, p.318) atesta que, “o objetivo da punição da tentativa volta-se ao perigo efetivo que o bem jurídico corre, o que somente se configura quando os atos executórios, de caráter unívoco, têm início, com idoneidade, para atingi-lo.”

É, pois, a teoria adotada pelo vigente Código Penal, conforme exposto em seu artigo 14, parágrafo único, *in verbis*:

Art.14. [...]

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

Portanto, a conclusão que se chega é que, quanto mais o indivíduo se aproxima da consumação, menor deve ser a diminuição da pena imposta, ao passo que, quanto menos se aproxima maior deve ser a atenuação (DAMÁSIO, 2010, p. 381).

4.1.2 Da Teoria Subjetiva

A Teoria Subjetiva despontou-se na Alemanha, tendo como maior expositor Von Buri, sendo também acolhida por vários outros defensores fora da Alemanha, como Vidal, Saleilles, Garçon, além dos clássicos espanhóis mais influentes (BECKER, 2004, p. 112, 115 e 116).

Segundo Becker (2004, p. 115), tal teoria é fruto de uma concepção autoritária do Estado, que concebe o delito como ataque a normas de conduta que servem ao bem comum, e não como agressão a bens jurídicos individuais (BECKER, 2004, p. 116).

Por isso, aqueles que advogam para essa teoria a fundamentação da punibilidade da tentativa reside na vontade do autor contraria ao Direito (BITENCOURT, 2010, p. 470).

É o que ensina Nucci (2009, p. 318), ao expor sobre o tema:

A teoria subjetiva leva em consideração, para justificar a punição da tentativa, fundamentalmente, a vontade criminosa, desde que nítida, podendo ela estar presente e identificada tanto na preparação quanto na execução. Leva-se em conta apenas o *desvalor da ação*, na importando, para a punição o desvalor do resultado.

Ou seja, a punição não se prende ao desfecho produzido, nem á idoneidade do ato a produzi-lo, mas tão somente a rebeldia do desígnio individual, uma vez que esta revela desprezo ao direito, e já está plenamente evidenciada na tentativa (BECKER, 2004, p. 115).

A crítica que se faz é que, tal concepção leva uma ampliação no âmbito da punição, podendo atingir a pratica dos atos preparatórios distantes a do inicio da execução (NUCCI, 2009, p. 318).

4.1.3 Da Teoria Sintomática

Edificada pela Escola Positiva (MASSON, 2010, p. 309), a Teoria Sintomática é considerada um subsistema da teoria subjetiva, estando, contudo, profundamente distante desta, tanto em seus pressupostos quanto em suas conseqüências, assentando-se num conceito de caráter preventivo especial da pena (BECKER, 2004, p. 116).

Busca-se com esta teoria resolver a problemática que cerca a punibilidade da tentativa, direcionando o juízo de periculosidade não a conduta, e sim, no autor dela, ou seja, o supedâneo da punição da tentativa é a vontade delituosa que, uma vez exteriorizada, indica a ofensividade do agente (BECKER, 2004, p. 116 e 117).

É, pois, na análise da periculosidade do agente que se concentra a fundamentação da punibilidade da tentativa (NUCCI, 2010, p. 318), conquanto o delito, seja na sua forma consumada ou tentada, é apenas a manifestação de

personalidade desajustada e ameaçadora de um indivíduo inapto de adequar-se aos comandos das normas de convivência social (BECKER, 2004, p. 117).

Desse modo, segundo professora Becker (2004, p. 117) “A função de prevenção da pena só a recomenda para quem tenha se mostrado capaz de agredir o bem jurídico.”

Dado o exposto, Nucci (2009, p. 318) ressalta que, “poder-se-ia punir os atos preparatórios, não se necessitando reduzir a pena, de caráter eminentemente preventivo.”

4.1.4 Da Teoria da Impressão

A Teoria da Impressão tem como ponto de partida a teoria subjetiva, representando um verdadeiro limite a esta, evitando, assim, o alcance desenfreado dos atos preparatórios (MASSON, 2010, p. 310).

Os adeptos dessa teoria consideram que, para a caracterização da tentativa, não basta que a conduta exteriorize uma vontade delituosa.

Nas palavras de Becker (2004, p. 120):

É necessário que o fato tenha capacidade de prejudicar o sentimento de segurança, criando intranqüilidade ou certo grau de alarme ou comoção social, debilitando a confiança da comunidade na vigência da ordem jurídica e comprometendo a paz social.

Ou seja, a fundamentação da punibilidade da tentativa, conforme doutrina Nucci (2009, p. 318), “[...] é representado pela junção da avaliação da vontade criminosa com um princípio de risco ao bem jurídico protegido.”

Assim, levando-se em conta que a finalidade da pena a que se vincula esta teoria é a prevenção geral, basta que, mediante a impressão do fato, se produza em terceiros a sensação de um abalo para segurança do bem jurídico (MERZGER, 1935 *apud* BECKER, 2004, p. 122).

4.1.5 Da Teoria Mista

Não obstante as ponderações referentes à fundamentação da punibilidade da tentativa criminosa elucidada pelas demais teorias, a doutrina penal, através da análise crítica dessas escolas, evidenciou que a fundamentação da punibilidade da tentativa não pode ser sustentada a partir de critérios objetivos ou subjetivos, motivo pelo qual se levou a elaboração da teoria mista (BECKER, 2004, p.124-125).

Para essa teoria, a fundamentação da punibilidade do crime tentado enraíza-se em dois fundamentos inseparáveis integrantes da antijuridicidade, quais sejam: o elemento objetivo, representado pelo iminente perigo para o bem jurídico, e o elemento subjetivo, consistente no desígnio criminoso. Assim, tem-se que essa teoria pauta-se por critérios objetivos, contudo, consistente em manter a consideração da intenção delituosa (BECKER, 2004, p.125).

4.2 DA PUNIÇÃO DA TENTATIVA CRIMINOSA

No que se refere ao tratamento sancionatório aplicado ao instituto da tentativa criminosa, apontam-se três posicionamentos teóricos e dogmáticos distintos: a impunidade, a punição com a mesma pena cominada ao delito consumado e a punição com a pena mais branda (Becker, 2004, p. 257).

Não obstante a antiga impunidade dos atos de tentativa, ditada pela concepção objetiva material do direito penal primitivo (Becker, 2004, p. 257), e facilmente superada com a verificação da natureza jurídica da figura do crime tentado como norma de extensão temporal da figura típica causadora de adequação típica mediata ou indireta (Capez, 2010, p. 266), passa-se a análise dos demais posicionamentos.

Tomando-se como partida o posicionamento daqueles que adotam a cominação da mesma pena do crime consumado ao crime tentado, ou seja, dos subjetivistas, reza a máxima *In maleficiis voluntas expectatur, no exitus*. Eis que, a ausência de consumação, devida a circunstâncias alheias ao desígnio do agente, é irrelevante (BECKER, 2004, p. 258).

Neste sentido Becker (2004, p. 258) ensina que:

Os subjetivistas, considerando que o fundamento da punição da tentativa é a manifestação da vontade delituosa, propugnam a equivalência da reprimenda, porque o elemento subjetivo é idêntico na forma consumado ou tentado. [...]. A vontade de violar a lei, manifestada através de atos de execução, deve receber a mesma pena ao delito consumado.

Por este motivo, a pena deve atingir igualmente o agente, quer o evento desejado tenha ocorrido, quer tenha sido interrompido o seu itinerário, porque é ao desígnio de violar a ordem jurídica que cumpre reprimir (BECKER, 2004, p. 258).

Conquanto os subjetivistas advoguem a punição da tentativa na vontade criminosa (NUCCI, 2009, p. 318), destaca-se, por ora, a fundamentação dos objetivistas, pautada na punição da tentativa com pena mais branda que ao do crime consumado. Justificando sua adesão ao crime tentado ao perigo de lesão que não ocorreu, ou é menor que a efetiva lesão (BECKER, 2004, p. 258).

Reportando-se ao tema, Becker (2004, p. 259) informa que “esta posição corresponde a uma visão realista da tentativa, e atende a razões de justiça e oportunidade.”

Justiça importa em proporcionalidade, e se verifica no quanto de pena a ser aplicada, a depender de quanto o agente penetrou no crime. E a oportunidade, vislumbra-se na necessidade de se aplicar a pena, devido a transgressão da norma (BECKER, 2004, p. 260).

Nestes termos, para o cálculo da pena a ser imposta ao culpado por crime tentado, adota-se um critério objetivo (MASSON, 2010, p. 310), conforme dispõe vigente Código Penal brasileiro, em seu artigo 14, parágrafo único, *in verbis*:

Art. 14

[...]

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

Significa dizer que, em um primeiro momento, o magistrado deve aplicar a pena que seria aplicada ao delito, se consumado. Pautado-se nos ditames do artigo 59 do referido diploma legal. E sobre este resultado aplicará os aumentos e diminuições previstas nas causas gerais e especiais. Tratando-se de tentativa, obrigatoriamente, reduzirá a pena de um a dois terços, levando-se em consideração o grau do *iter* percorrido, bem como a distância que o agente se encontrava da *meta optata*, quando foi interrompido (BECKER, 2004, p. 268).

Assim, o parâmetro exigido respeita o critério da maior ou menor proximidade da consumação, isto é, a distância percorrida do *iter criminis* (MASSON, 2010, p. 311).

Entretanto, destaca Masson (2010, p. 310) a excepcionalidade da adoção da teoria subjetiva, consagrada pela expressão “salvo disposição em contrário”, referindo-se aos casos excepcionais em que o crime tentado comporta a mesma pena do crime consumado (MASSON, 2010, p. 310).⁴¹

⁴¹ São exemplos de crimes tentados que recebem as mesmas penas que as do crime consumado: I- Evasão mediante violência contra a pessoa (CP, art. 352), em que o preso ou sujeito submetido a medida de segurança detentiva, usando de violência contra a pessoa, recebe pena igual punição quando se evada ou tenta evadir-se do estabelecimento em que se encontra privado de sua liberdade; e II- Lei 4. 737/65 – Código Eleitoral, art. 309, no qual se sujeita a igual pena o eleitor que vota ou tenta votar mais de uma vez, ou em lugar de outrem (MASSON, 2010, p. 310).

CONCLUSÃO

O homem, dada sua capacidade de se relacionar e interagir tem a necessidade de viver em comunhão com outros homens, ou seja, em sociedade. E é dessa necessidade que nasce o Direito, cujo fim maior é fazer manter a ordem, através da interrupção dos excessos verificados nos mais variados ramos da convivência social e nas varias formas de relação existente, garantindo, assim, as condições indispensáveis á coexistência dos elementos que compõem o grupo social.

Neste sentido, o Direito Penal, como subsistema integrante de um sistema maior chamado ordenamento jurídico, trabalha como um manto protetor deste, reservando-se a proteção dos bens mais importantes e necessários para convivência humana. E ele o faz através da criação de normas que, após serem devidamente editadas, consubstanciam em abstrato quais condutas que, uma vez praticadas, põem em risco o bem estar social, com sua conseqüente punição, por meio da aplicação de penas.

Assim, o individuo que viola os preceitos legais, necessários para manter á vida em comunhão, fica sujeito a pretensão punitiva do Estado.

Esta se justifica com a transgressão a norma penal, seja na sua forma tentada ou consumada, visto que, o Estado, no desempenho de sua função legislativa, ao editar leis que versem sobre os respectivos tipos penais, apresenta ao individuo quais são as condutas consideradas contrarias ao Direito Penal.

E na busca de se melhor adequar a pena ao individuo, sem, contudo, ofender, excessivamente os seus direitos e garantias, a pena, amoldada por princípios constitucionais, tais como, o princípio da reserva legal, da proporcionalidade, da anterioridade, entre outros, adquire características próprias, compatíveis com seu dever perante a sociedade.

Não obstante a definição de tais características, ao longo do tempo, o Direito Penal, fundando nas mais variadas teorias da pena, deu diferentes respostas à questão de como solucionar o problema da criminalidade, até chegar à idéia de que temos hoje da função da pena.

Dentre todas as teorias, três se destacaram: a Teoria Absoluta, a Teoria Relativa e a Teoria Eclética. Sendo está ultima a adotada pelo atual Código Penal, de modo que a pena deve cumprir a sua função social fundando-se na recuperação do agente (prevenção especial positiva), na sua prisão como forma de castigo (prevenção especial negativa), bem como no conceito de fazer manter a confiança na ordem jurídica (prevenção geral).

Não obstante as acepções aferidas até agora, cabe destacar que no que diz respeito à modalidade de crime tentado, há de se observar algumas peculiaridades quanto a sua punibilidade.

Visto que, parte-se da idéia de um sistema que adotada como acepção do direito penal o fato, e não o autor, o que justifica a punibilidade da tentativa ter o mesmo fundamento que o do delito consumado.

É, pois, a tentativa uma forma especial de delito, originário do delito consumado, contudo, distante deste porque, embora capaz de preencher todas as mesmas qualificações, falta-lhe a etapa consumativa. Por isso, trata-se de uma realização incompleta do tipo penal, incompletude regrada de certa tipicidade cujo favor depõem a sua inserção sistemática e o regime da atenuação obrigatória da pena, em razão da análise do *iter* percorrido.

Destarte, dada sua peculiaridade, à essência da punição da tentativa encontra-se na Teoria objetiva, segundo a qual a punibilidade do delito tentado fundamenta-se no perigo proporcionado ao bem jurídico protegido pela lei, bem como, na possibilidade de lesão e na sua gravidade, adequando-se melhor ao que o Código Penal consagra em suas disposições, o que leva o descarte da Teoria subjetiva e da Teoria impressão. Esta porque não se liga a um direito finalisticamente dirigido a tutela de bens jurídicos penais, pois se estabiliza num conceito de certa forma vago (a impressão), pautada na ofensividade do

agente. Aquela porque sobrevaloriza o desígnio do agente criminoso, aproximando-se a um direito penal do autor.

Assim, conclui-se que o Código Penal, ao abraçar a punibilidade dos crimes tentados pautada na Teoria Objetiva, não deixa de cumprir com a função social da pena (ela reprimi, educa, socializa e faz manter a confiança no ordenamento jurídico), visto que, a pena, embora aplicada de forma mitigada, conserva em si, integralmente, suas finalidades. Ademais, preserva o princípio da proporcionalidade, posto que, o delito tentado, consubstancia-se na figura de um delito incompleto, com as mesmas qualidades de um delito consumado, sem, contudo, o resultado final, qual seja, a consumação.

REFERÊNCIAS

BECKER, Marina. **Tentativa criminosa**. Doutrina e Jurisprudência. 1. Ed. São Paulo: Siciliano Jurídico. 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Primeiro Volume. Parte Geral. 15.ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2010.

BRASIL, Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em 5 de maio 2012.

BRASIL, Lei nº 7210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal . Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm > Acesso em 5 de maio 2012.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal: **HC 91874**, Rel. Ministro Carlos Ayres Britto, julgado em 31/08/2007, DJ 10/09/2007. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24.SCLA.+E+91874.NUME.%29&base=baseMonocraticas> Acesso em: 5 de maio 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 16. Ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Primeiro Volume. 14. Ed. São Paulo: Saraiva. 2010

Coelho, Edihermes Marques. As funções do Direito Penal. **Boletim Jurídico**. [S.l. : s.n.], v. 146, n 835. ISSN 1807-9008. Disponível em:<

<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=835> >. Acesso em: 02 de mar. 2012

DALARI. **Viver em sociedade**. São Paulo: Moderna, 1985.

GRECO, Rógerio. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 13. Ed. Niterói: Impetus, 2011.

INFOPÉDIA. Enciclopédia e Dicionários Porto Editora. É um serviço de conteúdos de referência. Coordenado e desenvolvido pelo Grupo Porto Editoras, 2003-2012. Disponível em: < [http://www.infopedia.pt/\\$leis-extravagantes](http://www.infopedia.pt/$leis-extravagantes) >. Acesso em 01 maio 2012.

JESUS, Damásio. **Direito Penal: Parte Geral**. Primeiro Volume. 31. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARCELO ALEXANDRINO E VICENTE DE PAULO. **Direito Penal Descomplicado**. 2. Ed. rev., atual. Rio de Janeiro: 2008.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: Esquematizado**. Primeiro volume. 3. Ed. São Paulo: Método, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 26. Ed. São Paulo: Atlas. 2010.

MOREIRA, Roberto. **Direito Penal para Concursos e OAB: Parte Geral**. São Paulo: Método. 2010.

NERY, Déa Carla Pereira. Teorias da Pena e sua Finalidade no Direito Penal Brasileiro. **Universo Jurídico**. Disponível em: < HTTP://uj.novaprolink.com.br/2146/teorias_da_pena_e_sua_finalidade_no_direito_brasileiro >. Acesso em 01 maio 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte Geral e Especial**. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 9. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 1985.

Reprodução parcial permitida desde que citada à fonte.

DIAS, Guilherme de Andrade.

Punibilidade da Tentativa a Luz da Teoria Objetiva./Guilherme de Andrade Dias–
Brasília/DF, 2012.

Trabalho de conclusão de curso, apresentado à Faculdade de Ciências Jurídicas do
Centro Universitário do Distrito Federal – UDF, como requisito para obtenção do grau de
Bacharel em Direito. Orientador: Valdinei Cordeiro Coimbra.

1. Punibilidade da Tentativa a Luz da Teoria Objetiva.

CDU