

Direito Penal - Teorias da punibilidade da tentativa

Dr. Leonardo Watermann

Advogado em São Paulo.

Das Principais Teorias da Punibilidade da Tentativa

Como é comum, nos mais variados ramos do Direito, teorias são criadas para explicitar as mais diferentes opiniões acerca de um tema. Isso não é diferente para a punibilidade da tentativa que tem como base principal, duas importantes teorias, aqui chamadas de teoria subjetiva e teoria objetiva – esta última adotada pelo nosso Código Penal de 1940.

Da Teoria Objetiva Pura.

Para esta teoria, que remonta Carmignani e Feuerbach, a lei pune a tentativa porque esta implica em um perigo para o bem jurídico.

Adotada pela maioria das legislações penais modernas, o fundamento reside no perigo que o bem é exposto. Assim, levando-se em conta que a lesão pela tentativa, em relação ao crime consumado, foi menor ou não ocorreu, justo é, que o fato praticado pelo agente, seja punido menos severamente.

Destacam-se, no que tange esta teoria, as palavras de Zaffaroni :

“... a teoria mais aceitável no direito nacional é a objetiva, mas o fundamento não é puramente objetivo: a conduta antijurídica dolosa possui dois aspectos (objetivo e subjetivo), e, embora o aspecto subjetivo se apresente completo na tentativa, o aspecto objetivo, incompleto, importa numa ofensa menor ao bem jurídico, e, por conseguinte, um menor conteúdo do injusto do crime”.

Da Teoria Subjetiva

Por esta teoria, em que se destacam os estudos de Grolmann, Tittmann, Bauer, chegando ao auge com Von Buri, que a disseminou na Alemanha, a punição do delito tentado, desloca-se da justificativa de perigo ao objeto tutelado e fundamenta-se na exteriorização da vontade do autor contrária ao disposto no ordenamento.

A base do surgimento da teoria subjetiva é, sem dúvida, as críticas ao objetivismo, pois, para o subjetivismo o elemento principal é o injusto da ação e não o resultado, defendido pela primeira teoria. Bettiol , brilhantemente, define a fundamentação da teoria subjetiva como “a rebelião da vontade individual contra a coletiva”.

Diante disso, verificamos que os subjetivistas consideram como ponto primordial de sua teoria a “manifestação da vontade”.

Cumprе salientar, ante o analisado, que os subjetivistas não vêem uma diferença substancial entre os atos preparatórios e os executórios. Para esta teoria, pune-se o crime tentado com a mesma pena aplicada ao crime consumado, dando ênfase à vontade do autor, sempre contrária ao Direito.

Diante disso, ressaltam-se as palavras de Zaffaroni :

“... como a vontade contrária ao direito existente na tentativa é igual à do delito consumado, não se deve distinguir entre a pena da tentativa e a do delito consumado”.

Importante salientar que, se analisarmos o proposto pela Teoria Subjetivista, considerando que esta fosse adotada no Brasil, estaríamos diante de uma afronta ao Princípio da Legalidade, pois, haveria punição às condutas não tipificadas em lei, condutas estas que, estando na fase de preparação, poderiam ter um número infinito de possibilidades, tornando impossível, para o legislador, preverem-las todas.

Belling sustenta que pela Teoria Subjetiva, “o que deve ser sancionado pela lei é a intenção criminosa”.

Por fim, após analisar os entendimentos da Teoria Subjetiva, apenas com o intuito de reflexão, transcrevemos as sábias palavras do Professor Adalberto Camargo Aranha Filho: “teríamos que admitir que a aquisição de uma arma de fogo seria ato preparatório do homicídio praticado uma hora depois... o que é insustentável”.

Outras teorias existentes

Das Teorias Derivadas da Teoria Objetiva Pura.

a) Da Teoria Objetiva Temperada (ou moderada)

A Teoria Objetiva Temperada surgiu na Alemanha com Mittermayer, e na Itália com Francesco Carrara.

Nessa teoria visa-se o reconhecimento da tentativa punível nos casos de relativa inidoneidade do meio empregado ou do objeto material visado pelo agente, ou seja, é punível a tentativa quando um meio empregado para produção do resultado crime, falha. Por exemplo, uma arma que seria empregada para a produção do crime de homicídio falha no ato da execução, deixando de produzir os efeitos por circunstância alheia a vontade do agente. Neste caso, o crime de homicídio não ocorreu, porém, o bem jurídico tutelado correu risco ou perigo, sendo está tentativa punível pelo nosso ordenamento jurídico.

A doutrina distingue os meios que nunca teriam potência para violar o objeto pretendido em relação a qualquer sujeito passivo a que se dirigissem, os meios absolutamente inidôneos, dos meios que não tiveram capacidade para consumar o crime pretendido, pelas condições do sujeito passivo ou pelas circunstâncias em que atuaram, mas que teriam possibilidade efetiva de realizar o ilícito, se fossem dirigidos a outros sujeitos passivos ou fossem acompanhados de outras circunstâncias, os meios relativamente inidôneos.

Segundo Luis Jimenez Asúa em sua obra “Princípios de Derecho Penal. La Ley y el Delito”, a inidoneidade pode ser absoluta ou relativa. A absoluta ocorre quando os meios empregados ou o objeto sobre o qual os meios atuam tornam impossível, pela lei natural, a realização do resultado. Já a inidoneidade relativa ocorre quando os meios ou o objeto teriam uma idoneidade geral para que o resultado se produzisse, mas não tiveram, devido às circunstâncias particulares, a virtude para produzi-lo no caso concreto.

Pela Teoria Objetiva Temperada (ou Moderada), um meio é absolutamente inidêneo quando resta completamente ineficaz para a consumação do delito a que se dirigiu. É relativamente inidêneo, quando poderia ser eficaz para determinado propósito, mas se mostra inapto para o emprego que dele se faz.

b) Da Teoria da Ausência de Tipicidade

A tipicidade é elemento do fato típico. Consiste na correspondência exata, na adequação perfeita entre o fato natural, concreto, e a descrição contida na lei.

A teoria da ausência da tipicidade nasceu na Alemanha, em busca de um critério diferenciador entre tentativa punível e impunível, com cunho formal e origem nas doutrinas objetivas. Afastou-se da distinção entre inidoneidade absoluta e relativa, firmando uma diferenciação que buscava na adequação da conduta ao tipo penal, a caracterização da tentativa.

Nesse sistema, a ação será executiva, portanto haverá tentativa, quando a conduta penetrar no núcleo do tipo, começando a concretizar o verbo que exprime a ação típica, sem contudo realizá-lo. Ao redor do núcleo do tipo há uma zona periférica, onde se situam as ações sem relação com o verbo central, denominados atos preparatórios, que não implicam em tentativa.

Barbero citando Beling, afirma que a ausência de tipo significa a existência incompleta dos elementos do tipo no caso concreto. Se somente o fim do tipo (a consumação) é o que falta, a tipicidade não desaparece e a tentativa é punível. Para a tipicidade, é suficiente o começo do tipo.

Qualquer outra ausência de tipo que não apenas o seu fim excluiria a incidência penal. Na mesma linha de raciocínio, citando Binding, o autor afirma que na tentativa, o que falta é a produção do resultado, ao passo que no crime impossível falta a identificação do ato com o modelo fixado em lei.

Essa falta de identidade gera condutas que não correspondem a descrições típicas, faltando o delito desde sua raiz. A atividade delituosa é inócua na medida em que se traduz na realização de nenhum tipo. Como exemplifica Aníbal Bruno, justificando a impunidade de certas condutas, nessas hipóteses, “o agente não começou a furtar, não começou a fazer abortar, e não chega a existir, portanto, a tentativa. O fato fica estranho ao Direito Penal”.

Para os formuladores dessa teoria, a tentativa em si pode ser vista como um caso especial de erro, mas o erro sobre as circunstâncias preexistentes não a caracterizaria. A tentativa não é punível quando somente se desenvolve porque o autor fez um juízo falso de circunstâncias que lhe eram cognoscíveis e que determinavam, desde logo, a impossibilidade do intento pretendido.

Embora se apresente como lógica no que se refere aos delitos intentados com ausência de objeto, a teoria não solucionou questões de delimitação de casos merecedores de punição, que fogem à distinção formal.

A questão material da ineficácia dos meios que não estão expressamente previstos no tipo e, mesmo que utilizados pelo agente não acarretam perigo ao bem comum, foi deixada de lado.

c) Da Teoria da Univocidade

Elaborada por Carrara, entende que os atos preparatórios são equívocos, podem ser dirigidos à prática de um delito ou à realização de uma ação ilícita, enquanto os atos executivos são unívocos, encaminham-se à comissão delitiva.

Da Teoria Derivada da Teoria Subjetiva

a) Da Teoria Sintomática

Tendo como principais nomes Garófalo, Ferri e Florim, esta teoria diverge dos princípios objetivistas aproximando-se das disposições subjetivistas.

Esta teoria, expressada basicamente na Itália no primeiro quarto do século XX. Por entender que a punibilidade da tentativa é a manifestação da vontade do agente, pode ser inserida no rol das Teorias Subjetivas.

Entendia-se que desde o momento em que o agente revele vontade criminosa através da prática de atos exteriores, suas condutas, por constituírem a execução do pensamento delituoso, poderiam ser punidas.

A principal diferença entre esta escola e a Subjetivista é que para os Sintomáticos, além da manifestação de vontade contrária à norma, os atos praticados devem revelar a periculosidade do autor.

O Código de 1940 adotou a Teoria Sintomática, admitindo a aplicação de Medida de Segurança para os casos de crime impossível em que o agente revelasse periculosidade.

b) Da Teoria Subjetiva Limitada (Teoria Individualizadora ou do Plano do Autor)

Segundo esta, os tipos penais não são descritos de meras causações de resultados, mas de processos determinados teleologicamente, com um sentido próprio que os controle (ação). O tipo como esquema ou modelo de conduta admite conteúdos multimodais. O que o especifica concretamente é o plano individual do autor. Nessa linha de pensar, constitui tentativa toda atividade que apareça, no plano do agente, como integrante da ação executiva típica, naturalmente considerada. O juízo sobre o início de execução deve ser feito tendo por base o plano individual do autor. Cumpre verificar aqui como o autor imaginou o curso do fato, quando e de que maneira queria começar a executar a ação típica. “A tentativa exige, portanto, a combinação de um elemento subjetivo - resolução para o fato (plano do autor) - e de um critério objetivo - começar uma atividade que conduza diretamente à realização do tipo”.

Das Teorias Mistas

a) Da Teoria da Impressão (Alarme Social ou objetivo - subjetiva)

Esta teoria resulta, como outras teorias mistas, da combinação das teorias objetivas e subjetivas, tendo como base de punição da tentativa “exteriorização da vontade contrária a uma norma de conduta”. No entanto, a punibilidade da exteriorização da vontade dirigida ao delito, somente poderá ser afirmada quando, por sua causa, possa resultar minada a confiança da comunidade na vigência da ordem jurídica.

Pela teoria da Impressão, Zaffaroni afirma que a tentativa é punida por ser perigosa:

“... qualquer conduta que produz, no seio da comunidade, a impressão de uma agressão ao direito e mediante a qual fica prejudicada a sua firme validade na consciência da comunidade”.

Pune-se a tentativa para consagrar que o mau exemplo dado pelo cidadão não ficará sem punição.

Diante disso, esta Teoria entende que o dano é um desprezo à paz da comunidade, ou seja, quando o agente exterioriza sua vontade, colocando em risco a paz social, deve ser punido.

Verifica-se que para esta teoria, punir-se-ia a tentativa mesmo que esta não afetasse um bem jurídico.

Diante disso, tal hipótese, diante do Direito positivo, não é admitida, pois, o alarme social por si só, não fundamentaria a punição da tentativa.

Assim, ocorre tentativa de homicídio na ação de apontar a arma para a vítima, se esse é o plano do autor para realizar a ação de matar; tentativa de furto no movimento da mão em direção à coisa no bolso da vítima, se esse é o modo planejado de realizar a ação de subtração. A subjetivação do critério seria necessária porque a ação imediatamente anterior à ação do tipo (critério da teoria objetiva material) só é determinável no contexto do plano do autor, como projeto de realização da ação típica. A presente teoria antecipa o ponto de incidência da punibilidade, para incluir como executivas ações exteriores ao tipo, meramente preparatórias para a teoria objetiva formal. Além disso, a subjetivação do critério pelo plano do autor parece desnecessária: o plano do autor, como projeto de realização do tipo, é o dolo, elemento subjetivo geral dos tipos dolosos, essenciais para a caracterização da tentativa de qualquer crime - assim, pressuposto em toda teoria da tentativa.

b) Da Teoria do Perigo Concreto.

A teoria do perigo concreto foi formulada por Von Liszt, também denominada Teoria da Prognose Póstuma, parte de uma premissa essencialmente objetiva, sendo a razão da punibilidade da tentativa o caráter perigoso da conduta.

Assim, o delito consumado encerra todos os elementos constitutivos da figura típica, ao passo que a tentativa revela a sua execução parcial. A essência do delito tentado repousa na característica do ato voluntário praticado pelo sujeito. Reside na relação do que foi feito, com o que faltou. Essa relação deve ser encontrada subjetivamente, na ameaça desejada pelo agente e, objetivamente, na possibilidade de se alcançar o resultado, em última análise, no perigo oferecido pela manifestação da vontade criminosa.

Portanto, a tentativa que não implicar em perigo, não é tentativa e, por conseguinte, impunível.

O perigo concreto inerente ao ato é para Von Liszt, o elemento essencial do crime tentado. A conclusão da situação de perigo acarretada pela conduta do agente deve ser analisada em face do caso concreto, evitando-se prejulgamentos. Para a mensuração do perigo, deve-se levar em conta as circunstâncias cognoscíveis ou conhecidas pelo agente no momento do delito e desconsiderar as circunstâncias que só posteriormente foram descobertas.

Propondo que a apreciação do perigo deva ser feita por intermédio de um prognóstico posterior, com a remessa do intérprete ao momento inicial da conduta, a teoria se afasta das proposições objetivas.

Nessas, a verificação do perigo ocorre ex post, e naquela, ex ante. Por outro lado, ao efetuar, com esses parâmetros, a apreciação do caráter perigoso da tentativa, o que efetivamente a distingue do crime impossível, Von Liszt aproxima-se das teorias subjetivas.

A Teoria do Perigo Concreto assim denominada por Asúa, por partir da possibilidade de produção do fato que, a juízo do autor, se aparentasse verossímil, conclui pela punibilidade do crime impossível, à luz da avaliação do perigo concreto ao bem penalmente tutelado, não pelo modo pelo qual a conduta foi desenvolvida, mas pela possibilidade da produção do resultado, pela ótica do agente, ao tempo da conduta.

Do Direito Comparado.

Código Penal Alemão

Artigo 43: Quem tenha manifestado a intenção de cometer um crime ou delito, diante de ações que contenham um princípio de execução desse crime ou desse delito, será castigado (apenado) por tentativa se o crime ou o delito projetado não tenha chegado à consumação.

Observação: A tentativa é punida baseando - se no critério do início da execução porém sempre com disposição expressa de lei, sendo que esse código prevê como tentativa não punível o arrependimento posterior e a desistência voluntária.

Código Penal Austríaco

Artigo 8º: Para que exista crime, não é necessário que o ato seja efetivamente executado. A tentativa de uma má ação é um crime desde que com uma intenção dolosa, tenha sido empreendida uma ação que deve levar a uma execução efetiva, não sendo produzida a consumação do crime unicamente por causa de impotência ou de superveniência de um obstáculo estranho.

Observação: Em todos os casos e salvo exceções especiais prescritas em lei, todas as disposições concernentes a um crime são igualmente aplicáveis à tentativa de crime, com a mesma pena que aquela prescrita pelo crime cometido.

Código Penal Belga

Artigo 51: Há tentativa punível quanto a intenção de cometer um crime ou um delito tenha sido manifestada por atos exteriores que integram um início de execução desse crime ou desse delito, e que não tenham sido suspensos ou não tenham produzido seu efeito por circunstâncias independentes da vontade do agente.

Artigo 53: A lei determina em que casos e com quais penas são punidas as tentativas do delito.

Observação: A tentativa é punida baseando - se no critério do início da execução, porém sempre com disposição expressa de lei, sendo que como já salientado a lei determina os casos e que pena deve ser aplicada.

Código Penal Búlgaro

Artigo 15: A preparação e meios, busca de e a criação em geral, de condições de comissão do delito projetado, antes que sua execução tenha sido iniciada, constituem a preparação do delito. A preparação não entra na punição exceto nos casos previstos em lei. O delinquente não será punido quanto por sua própria iniciativa tenha recusado de cometer o delito.

Artigo 16: O ato por meio do qual o delito tenha sido iniciado, sem que seu fim tenha sido terminado, constituem uma tentativa do delito.

Observação: A tentativa é punida baseando - se no critério do início da execução, porém, sempre com disposição expressa de lei, sendo impuníveis os atos preparatórios, exceto se disposto em lei. São imunes: a desistência e o arrependimento posterior.

Código Penal Dinamarquês

Artigo 21: Os atos que tenham por objeto favorecer ou causar a execução de um delito, se este não tenha sido consumado, serão punidos como tentativa.

Artigo 22: A tentativa não é punida se o autor por sua própria vontade e não em razão de obstáculos fortuitos que tenham impedido a execução do ato de realização da proposta pensada, renuncia à realização de sua intenção culpável, impede a consumação do ato punível, ou atua de determinada maneira que sua intervenção tenha impedido a consumação em si mesma, sem saber ele, e não tivera sido frustrada o não tivera sido previsto de outra maneira.

Observação: Nesse código a pena prescrita pela infração pode ser diminuída em caso de tentativa especialmente quando essa denote pouca firmeza ou pouca perseverança do agente perante sua intenção criminosa. Não existindo disposições contrárias, a tentativa não é punida exceto se a infração é merecedora de uma pena mais grave que a detenção simples.

Código Penal Espanhol

Artigo 3º: São puníveis o delito consumado, o frustrado, a tentativa e a conspiração, proposição e provocação para delinquir. Há delito frustrado quando a culpabilidade pratica todos os atos que deveriam produzir como resultado no delito e sem embargo, não o produzem por causas independentes da vontade do agente.

Artigo 5º: A punição da tentativa do delito lato sensu, se ajusta plenamente ao princípio da bipartição dos atos e ao critério do início da atividade executiva.

Observação: A tentativa é punida baseando-se no critério do início da execução sendo que conforme artigo 3º supra, são punidos também os atos de conspiração e outros mencionados no tipo, que conforme doutrinadores desse país referido artigo é criticado já que deve - se punir tais menções quando a lei expressamente mencionar. Não há tentativa de contravenção.

Código Penal Finlandês

Artigo 1º: Quando a lei decide que a tentativa é punida sem prever uma pena diferente, a pena incurso é aquela prevista pelas disposições legais para o delito consumado. A pena do direito comum será sempre atenuada conforme a disposição do capítulo II para o menor de 15 a 18 anos não cumpridos.

Artigo 2º: A tentativa restará impune se seu autor renuncia a ela por si mesmo e não em razão de impedimentos independentes de sua vontade, ou se tenha impedido que produza o efeito que soubera tenha sido a consequência de seu ato.

Observação: Aqui a característica principal e mais importante é que não há referência a respeito da possível punição diversa entre o delito tentado e consumado.

Código Penal Francês

Artigo 2º: Toda tentativa de crime que tenha sido manifestada por um começo de execução, se tiver sido suspensa ou se somente tenha falhado seu efeito por circunstâncias independentes de seu autor, é considerada como o mesmo delito.

Observação: O código francês é o ordenamento que utiliza por excelência o critério da bipartição clássica e o princípio do início de execução que orientam os demais países da Europa Ocidental. A punição para o delito tentado é o mesmo para o consumado. As tentativas de delitos não são consideradas como delitos exceto nos casos determinados em lei por disposição especial.

Código Penal Peruano

Artigo 95: A tentativa não é punida quando o agente houver desistido espontaneamente da infração. Mas não restarão impunes os atos praticados que constituam por si mesmos delito.

Artigo 96: O juiz poderá atenuar a pena da tentativa até limites inferiores ao mínimo legal, quando antes de haver sido descoberta, o agente agisse de modo próprio para impedir a produção do resultado.

Observação: No Peru não se observa uma definição clara da tentativa do delito, toda vez que o capítulo a configura se inicia com um artigo que supõe algo, mas não define com clareza. Com base no artigo 96 do

mesmo, a impressão é que se utiliza o critério do início da execução, fundado na bipartição dos atos. Com a punição se fixa uma atenuante que vai de um terço até a metade respectiva à sanção do delito consumado. A desistência não é punida e o arrependimento está sujeito a uma diminuição de pena, a limites inferiores dos indicados na lei até aquele do delito impossível.