



UNIVERSIDADE DO VALE DO TAQUARI – UNIVATES
CURSO DE DIREITO

**DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA: UMA LEITURA A PARTIR DA
JURISPRUDÊNCIA DO TJRS E STJ**

Arthur Anderle da Silva

Lajeado, novembro de 2017

Arthur Anderle da Silva

**DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA: UMA LEITURA A PARTIR DA
JURISPRUDÊNCIA DO TJRS E STJ**

Monografia apresentada na disciplina de Trabalho de Curso II, do Curso de Direito, da Universidade do Vale do Taquari - UNIVATES, como parte da exigência para avaliação e obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Pedro Rui da Fontoura Porto

Lajeado, novembro de 2017

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por ter me dado saúde e força para superar todas as dificuldades, bem como por ter me iluminado nessa trajetória de sucesso.

Aos meus pais Pedro e Marlise pelo amor, incentivo, apoio incondicional e pela determinação e luta na minha formação, fazendo amparar os ensinamentos de meus avós paternos e maternos, Pedro e Marlina - "*In Memoriam*", Augusto e Bertha - "*In Memoriam*". Saudades eternas.

À minha irmã Eduarda pela presença em minha vida, amiga de todas as horas.

Ao meu orientador Prof. Me. Pedro Rui da Fontoura Porto pelo suporte e confiança na elaboração deste trabalho.

À Universidade do Vale do Taquari - UNIVATES pela oportunidade de realizar um sonho de criança, a minha formação no curso de Direito.

“Eu vou dizer uma coisa que você já sabe. O mundo não é um grande arco-íris. É um lugar sujo e cruel que não quer saber o quanto você é durão. Vai botar você de joelhos e você vai ficar de joelhos para sempre se você deixar. Você, eu, ninguém vai bater tão duro como a vida. Mas não se trata de bater duro. Se trata de quanto você aguenta apanhar e seguir em frente. O quanto você é capaz de aguentar e continuar tentando. É assim que se consegue vencer. Agora se você sabe o seu valor, então vá atrás do que você merece. Mas tem que ter disposição para apanhar. E nada de apontar dedos, dizer que você não consegue por causa dele, dela ou de quem seja. Só covardes fazem isso, e você não é covarde. Você é melhor do que isso!”

(Discurso de Rocky Balboa, interpretado por Sylvester Stallone, para o seu filho Rocky Balboa Jr, interpretado por Milo Ventimiglia, em Rocky VI - filme).

RESUMO

O Direito Penal, como ramo sancionador que é e criado pelo legislador, ao apresentar o caminho a ser percorrido pelo indivíduo criminoso até a realização do tipo penal, contém diferentes modalidades e institutos que podem ser aplicados de acordo com o fato criminoso ocorrido. Deste modo, há circunstâncias e nuances inerentes a cada instituto, sendo o principal estudado: o da desistência voluntária (artigo 15 do CP). Desta forma, mostra-se essencial partir do raciocínio do tema tipicidade, enfatizando o dolo como elemento natural do tipo, descrição típica (princípio da legalidade) e o próprio conceito de tentativa com todas as teorias acerca do início da execução típica, eis que o *iter criminis* abarca o crime consumado e o crime tentado, salientando, outrossim, que na tentativa admite-se a norma de extensão (artigo 14, II, do CP). Nesse sentido, aparece a conveniência de punir a tentativa, podendo esta não ser aplicada em virtude do aparecimento de institutos como o da desistência. Não se perca de vista que serão analisados os institutos de forma profunda, também sob o alicerce de autores clássicos Do Direito Penal, não só do Brasil. Analisar-se-á os institutos da desistência voluntária, tentativa, arrependimento eficaz, crime posterior, crime impossível ou tentativa inidônea, mas principalmente com foco na “*ratio legis*” do benefício da desistência e o direito premial como consequência de sua aplicação (Ponte de ouro de Feuerbach e a Fórmula de Frank). Por fim, serão abordados casos concretos do nosso Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do Superior Tribunal de Justiça que, em seus precedentes, articularam a exteriorização da desistência como instituto que vem a ser aplicado quando o crime não é consumado por circunstâncias alheias à vontade do agente. Para análise, escolhidos os casos em que a desistência se manifesta em crimes contra o patrimônio e nos crimes contra a vida, com ênfase em casos concretos do nosso TJ e STJ. Não se pode olvidar da observação dos atos preparatórios e executórios do crime, sendo analisados de acordo com o plano do agente. A pesquisa foi realizada pelo tipo qualitativo, por meio do método dedutivo, tendo sido utilizado como instrumentais técnicos o estudo de casos e a pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Direito penal. *Iter criminis*. Desistência voluntária. Cogitação. Consumação.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ART	Artigo
CP	Código Penal
DJe	Diário da Justiça Eletrônico
HC	<i>Habeas Corpus</i>
REsp	Recurso Especial
RSE	Recurso em Sentido Estrito
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJRS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 CONSIDERAÇÕES AO <i>ITER CRIMINIS</i> NA ESTRUTURA TÍPICA PENAL	10
2.1 Tipicidade.....	10
2.2 O dolo como elemento natural do tipo penal.....	15
2.3 Princípio da legalidade	20
2.4 O <i>iter criminis</i> e seus desdobramentos	23
2.5 Crime consumado e crime tentado.....	34
2.6 Crimes que não admitem tentativa	35
3 A DIFERENCIAÇÃO DA DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA FRENTE A OUTRAS MODALIDADES PENAIS	39
3.1 A desistência voluntária e o arrependimento eficaz	39
3.2 O arrependimento posterior e o crime impossível ou tentativa inidônea	48
3.3 Desistência e arrependimento <i>versus</i> tentativa	53
3.4 A desistência voluntária e tentativa inidônea.....	58
4 O INSTITUTO DA DESISTÊNCIA COM ÊNFASE EM CASOS CONCRETOS DO TJRS E STJ	61
4.1 Atos meramente preparatórios	62
4.2 Desistência em crimes patrimoniais.....	64
4.3 Desistência em crimes contra a vida.....	68
5 CONCLUSÃO	75
REFERÊNCIAS.....	78

1 INTRODUÇÃO

A todo o momento ocorrem crimes na atual sociedade, demandando providências urgentes e efetivas por parte do Estado, através da implantação de Políticas Criminais que objetivem reprimir a prática do descumprimento da Lei Penal, positivada em nosso Código Penal vigente.

Todavia, inobstante a tomada dessas providências representarem uma necessidade da sociedade atual, é de extrema importância salientar os conceitos e princípios basilares do Direito Penal, também à luz da Constituição Federal, cujos devem ser analisados para evitar a condenação de um indivíduo que não praticou um crime ou que desistiu de consumá-lo.

Nesse sentido, é de grande valia a análise de todas as fases ou etapas do *iter criminis* e de seus desdobramentos, haja vista que, de modo objetivo, promove a segmentação ou ramificação das condutas praticadas pelo agente, com o intuito de avaliar se estas representam a transgressão da norma e, por conseguinte, são passíveis de punição pelo Estado.

Sabe-se que a mera cogitação de um crime, ou seja, a sua imaginação, é possível para todas as pessoas, ainda que não possuam um perfil criminoso. No mundo em que vivemos, até mesmo aqui no Brasil, há fatos que ocorrem corriqueiramente, no desenrolar dos acontecimentos do dia a dia, como o sujeito pensar na prática do delito de furto quando seu colega de trabalho está desatento e deixa sua carteira à mostra em cima da mesa, ou como no meio de uma briga o indivíduo pensar na prática do delito de homicídio.

Sob esse prisma, o objetivo do presente trabalho é realizar uma análise do instituto da desistência voluntária e fazer uma comparação com a tentativa, de modo que se possa diferenciá-los a partir de casos concretos do TJRS e STJ, já que o primeiro instituto em estudo apenas se caracteriza quando não consumado o delito por circunstâncias inerentes à vontade do agente, diferente do segundo, em que não há consumação por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Ante o exposto, inicialmente, substrato das considerações ao *iter criminis* na estrutura típica penal, a análise de tipicidade e do dolo como elemento natural do tipo, bem como a ingerência do princípio da legalidade e das diferenças de crime consumado e tentado, eis que representam ponto crucial no *iter criminis*, sem os quais ele não existiria.

Na sequência, no que tange à diferenciação da desistência voluntária frente a outras modalidades penais, o segundo capítulo será focado no instituto da desistência em paralelo a outros institutos, como do arrependimento eficaz, arrependimento posterior, crime impossível ou tentativa inidônea, e até mesmo da tentativa propriamente dita, que será discutida de modo a esclarecer sua diferença para a desistência voluntária.

Por fim, considerando o *iter criminis*, ganha enfoque o instituto da desistência voluntária em casos concretos escolhidos do nosso Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do Superior Tribunal de Justiça. Ocasões em que, do caminho percorrido pelo agente, houve a sua desistência e não a tentativa de transgressão da norma, com ausência da consumação e, por consequência, da realização do tipo penal.

2 CONSIDERAÇÕES AO *ITER CRIMINIS* NA ESTRUTURA TÍPICA PENAL

O *iter criminis* possui um grau de extrema importância para o Direito Penal, haja vista que apresenta as fases ou etapas da realização do crime, o qual é percorrido pelo agente criminoso, cujo propósito é analisar o crime desde o momento em que germina no pensamento do agente até aquele em que se consuma no ato final. Assim, o problema que aqui gera discussões é a determinação do momento em que o agente penetra, de fato, no ilícito penal, sendo punível ou não a sua conduta. Nesse sentido, diante dos desdobramentos inerentes ao caminho do crime, o presente capítulo objetiva descrever conceitos basilares para o entendimento, não só da estrutura típica penal, mas também de modo a identificar o conjunto de estágios ou períodos do crime sob o alicerce de institutos, princípios e formas de manifestação do crime.

2.1 Tipicidade

A tipicidade é um conceito que abre muitas portas para o Direito Penal. Todavia, este conceito-chave não desenvolve apenas um mero papel formal, mas, em destaque, é o alicerce que o Direito Penal se utiliza para que haja um caminho à disciplina e à sanção. Assim, a tipicidade é condição primária e limitadora à conduta humana, para que seja possível aplicar uma sanção a um comportamento reprovável (BITENCOURT, 2014).

Ernst von Beling, nascido na Polônia, mais especificamente em Glogau, em 19 de junho de 1866, vindo a falecer em Munique, na Alemanha, em 18 de maio de 1932, foi um jurista alemão especializado em Direito Penal (WIKIPÉDIA, 2017, texto digital).

Beling foi reconhecido por criar um conceito de tipo que revolucionou completamente o Direito Penal, o que desencadeou um marco histórico no que tange ao conceito analítico de crime, isto, pois, passou a observar a tipicidade como elemento independente da antijuridicidade e da culpabilidade (BITENCOURT, 2014, p. 339).

O tipo é característica essencial da dogmática do delito. É o conjunto dos elementos do fato punível descrito na lei penal, que exerce uma função limitadora e individualizadora das ações humanas consideradas penalmente relevantes (BITENCOURT, 2014, p. 344).

Bitencourt (2014, p. 340) ao rememorar as lições de Jiménez de Asúa, jurista e político espanhol, atribui fases à tipicidade, dentre as quais se destaca a fase da independência, haja vista que nesta, o tipo penal esgota-se na descrição da imagem externa de uma determinada ação, que era meramente descritiva, tendo em vista que a valoração da conduta compete à norma. Isto também era uma concepção inicial do jurista alemão Beling.

É por isso que as considerações normativas são importantes para a delimitação da tipicidade. No entanto, não pode passar batido que há uma conduta aglutinada a um determinado delito de resultado. Conduta esta que recai sobre o juízo de tipicidade (BITENCOURT, 2014, p. 337).

Entende-se que a antijuridicidade também possui um caráter complementar, constitutiva de tipicidade, que sozinha, não perde sua razão de ser. A tipicidade é o primeiro pressuposto da pena, admitindo a antijuridicidade como segundo, dentro de um conceito analítico de crime, o que não tira a independência da tipicidade (BITENCOURT, 2014).

Já na segunda fase do conceito de tipo, que surgiu através do filósofo do Direito e também especializado em Direito da Pena, o alemão Max Ernst Mayer (1875), lembrado por Bitencourt (2014), articula que a tipicidade é considerada, além de

primeiro pressuposto da pena, a *ratio cognoscendi* da antijuridicidade. Ou seja, a adequação do fato ao tipo é corolário lógico da antijuridicidade da conduta. É por isso que o tipo é a *ratio cognoscendi* da antijuridicidade, pois independente dela (BITENCOURT, 2014, p. 341).

Nesse sentido, frisa-se que há uma variedade de fatos penalmente relevantes que acontecem no dia a dia e estes só são individualizados através do modelo típico descrito na lei. As conexões entre os fatos penalmente relevantes e os requisitos presentes na lei formam o juízo de tipicidade (BITENCOURT, 2014, p. 345).

Na afirmação de Zaffaroni, o juízo de tipicidade “cumprir uma função fundamental na sistemática penal, sem ele a teoria ficaria sem base, porque a antijuridicidade deambulária sem estabilidade e a culpabilidade perderia sustentação pelo desmoronamento do seu objeto” (ZAFFARONI apud BITENCOURT, 2013, p. 345).

Não obstante a presença das outras fases *ratio essendi* da tipicidade, quais sejam, fase da antijuridicidade e fase defensiva, também pertencentes ao conjunto de fases que contemplam o conceito de tipo, está a se analisar mais profundamente a tipicidade, primeiro pressuposto que foi trazido por Beling, que também ressaltou no início de suas elaborações conceituais a importância do princípio da Legalidade para o Direito Penal (BITENCOURT, 2014).

Beling ressaltou na fase inicial de sua elaboração conceitual a importância do princípio da Legalidade. Mas o extraordinário de sua obra foi a forma que deu à construção da figura delitiva, qual seja, uma pluralidade de elementos (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), independentes e harmônicos entre si, formando um todo unitário (BITENCOURT, 2014, p. 343).

Salienta-se que o fato típico comporta a conduta do agente, dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva; pelo resultado; bem como pelo nexos causal entre àquela e este. No entanto, também é preciso que a conduta se amolde à lei (GRECO, 2013, p. 158).

Não se perca de vista que o nexos de causalidade possui reflexos diretos na tipicidade e, para seu reconhecimento, é preciso que, por menor que seja o seu grau de contribuição, seja toda ação ou omissão indispensável para a configuração do resultado concreto (NUCCI, 2013, p. 217).

Isto é, para que a consumação se complete, não é preciso verificar-se mais do que a simples ação ou omissão do agente “[...] há sempre uma modificação do mundo exterior produzida pelo fato delituoso” (BRUNO, 1967, p. 222).

Assim, em vias de tipicidade, também estamos diante da “sanção, como elemento essencial da norma jurídica, é considerada sob o aspecto normativo, como um imperativo legal; após a violação do preceito, a sanção se apresenta como consequência jurídica da violação” (MARQUES, 2002, p. 128).

Marques (2002, p. 129), apresenta a visão de que “toda norma jurídica contém, portanto, dois elementos constitutivos: o preceito e a sanção”.

Tonifica que “no Direito Penal, não há normas incompletas, pois, se ao imperativo de que decorre o preceito não suceder uma *sanctio juris*, a norma é inexistente”.

Diante dessas circunstâncias e da própria tipicidade, que “a norma penal, como espécie de um conceito mais amplo (a norma jurídica), contém, portanto, uma ordem ou norma de conduta, e a respectiva sanção, como garantia para o seu cumprimento e eficácia” (MARQUES, 2002, p. 129).

Lyra e Hungria (1936, p. 371), ainda sob a vigência do Código Penal de 1890, o qual, por sua vez, substituiu o Código Criminal de 1830, já traziam à liça o poder sancionador da lei penal, frisando à época que:

Constituindo o crime uma violação da lei penal essa é que lhe condiciona a existência. Fora do seu texto, não há infração penalmente punível, d'onde a conclusão de que, para assumir caráter criminal, o fato precisa revestir uma figura expressamente prevista na respectiva letra (LYRA; HUNGRIA, 1936, p. 371).

Nesse sentido, com o caminhar dos anos, para organização da sociedade, foi necessária a lei penal:

A lei penal, como crime a que define e pune, tem origem social, assegurando a organização da sociedade, tal como se constitui num momento dado e, por isso, mesmo, ela acompanha todas as suas alterações, dirigindo os seus rigores contra os atos contrários aos interesses dominantes na medida da importância a esses conferida pelo Estado (LYRA; HUNGRIA, 1936, p. 371).

Desse modo, a função da norma penal não é complementar, visto que além de estabelecer preceitos próprios, a norma penal garante com a sanção a existência de

defesa para os preceitos dos demais ramos do Direito, quando não amparados por recursos eficientes. O Direito Penal os socorre e os condiciona, muitas vezes, a existência deles (LYRA; HUNGRIA, 1936).

O preceito e a sanção integram a norma penal. Este primeiro é de um conteúdo imperativo, fixando um comportamento ao indivíduo, ordenando ou proibindo; já o segundo, é a cominação de uma pena que se aplica a quem não obedeceu à ordem ou a proibição. Isto é, a violação conduz à aplicação da lei penal, que só se deixa de exercer por um motivo expresso na própria norma. Todo aquele que viola o preceito sofre a sanção. O que faz a norma penal também ser vista como geral, uma vez que se destina a quantos se achem submetidos à ordem jurídica Estatal (LYRA; HUNGRIA, 1936).

Ademais, a norma penal é impessoal e abstrata, haja vista que nunca se refere a uma só pessoa ou categoria de pessoas, regulando, também, as relações futuras. A sanção deve importar sempre numa pena, pois, ao contrário, a norma não seria penal. É também explicativa e permissiva, visto que quando torna o lícito ou indiferente o fato anteriormente considerado ilícito ou torna lícito em certas condições o que, normalmente, é ilícito (LYRA; HUNGRIA, 1936).

Acrescenta-se, oportunamente, que segundo o elemento técnico estático, as normas penais podem ser perfeitas ou imperfeitas. Perfeitas quando contém preceito e sanção. Imperfeitas quando falta um desses elementos. Entre as normas perfeitas ou imperfeitas há as normas em branco, isto é, aquelas que se integram através de outra norma jurídica ou por ordem da autoridade. De outro norte, levando-se em consideração o elemento técnico dinâmico, as normas penais são interpretativas ou modificativas, no sentido de, quando, respectivamente, atribuem interpretação a uma norma preexistente ou a modificam (LYRA; HUNGRIA, 1936).

Fundamental é a percepção do crime que a “ação punível é a sua antijuridicidade, a sua contradição a uma norma de Direito que a opõe à proteção que a ordem jurídica concede a determinado bem ou interesse. A ação punível é antes de tudo um ilícito” (BRUNO, 1956, p. 277).

Mais do que isso, “trata-se de uma ação típica, uma ação que reproduz na realidade da vida o esquema abstrato da descrição de um fato punível contido na lei.

A tipicidade é essa conformidade do fato com a descrição precisa da definição legal” (BRUNO, 1956, p. 277).

Bruno (1956, p. 277) infere, ainda, a respeito do caráter objetivo da tipicidade, o qual justifica o juízo de reprovação da ordem jurídica sobre o fato. O mesmo ocorre com a antijuridicidade, neste caso. Mas a ação que é típica é a expressão de vontade do agente, desde que haja o completo esquema do conceito de fato punível, isto é, penetrar nele com todos os elementos subjetivos, normativos e puros, que, acima de tudo, justifiquem o juízo de reprovação da ordem de Direito diretamente sobre o seu autor, justificando também a sua culpabilidade. A ação, assim, torna-se completa, visto que presentes a ação antijurídica e típica, também culpável, integrando-se o conceito total do fato punível. Só que, sob um panorama de conceito analítico de crime, em que presente o crime como algo que a lei proíbe, no seu conceito formal, penetra-se na análise de seus elementos constitutivos.

Essencialmente o crime é uma ação, manifestação exterior da vontade humana que é contrária ao Direito:

[...] ação típica, uma ação que realiza uma das descrições do fato punível que se encontram na lei, uma ação que se ajusta a um tipo legal, e finalmente uma ação culpável, isto é, uma ação pela qual deve pesar sobre o seu autor a reprovação da ordem jurídica (BRUNO, 1956, p. 274).

Portanto, a ação típica é nada mais nada menos do que fruto do conceito analítico de crime, elaborado, sobretudo, através da dogmática alemã, vertente que contribuiu de maneira muito positiva para o estudo do crime e dos fatos puníveis (BRUNO, 1956, p. 275).

A ação é o núcleo do conceito, uma vez que todo fato punível é, antes de tudo, uma ação engajada na realização da vontade do homem no mundo exterior. Dessa forma, torna-se objeto de um juízo de valor e é penalmente relevante quando é contemplada por atributos como o da tipicidade (BRUNO, 1956, p. 276).

2.2 O dolo como elemento natural do tipo penal

É de grande valia enfatizar o dolo como elemento natural do tipo, haja vista que abarca dois elementos, a consciência e a vontade. Com efeito, observa-se a

predominância da vontade como previsão do ato e do resultado, sendo a teoria do consentimento ou da anuência um complemento, tendo em vista que a vontade advinda da previsão do ato e do resultado se coaduna com o dolo que também ocorre quando o agente não quer devidamente o resultado, no entanto, o aceita e prevê a sua ocorrência como produto viável ou presumível do seu ato (BRUNO, 1967, p. 63) .

Isto é, do trecho descrito, denota-se que o dolo compreendido no fato típico representa a vontade do agente de praticar o ato e produzir determinado resultado, o que dá amplitude ao fato doloso, o estendendo até o seu limite mínimo admissível, que é a anuência ao resultado previsto como possível (BRUNO, 1967).

Igualmente, no que tange ao critério para análise do resultado, surge o termo naturalístico, isto, pois, o evento deverá estar situado no mundo físico, de modo que somente pode-se falar em resultado quando existe alguma modificação passível de captação pelos sentidos. É a modificação sensível do mundo exterior (NUCCI, 2013).

Nesse sentido, Nucci (2013, p. 217) acrescenta que o termo resultado deve configurar um evento naturalístico e não mera ofensa à norma abstrata, fazendo uma ponte com a relação de causalidade *versus* crimes materiais *versus* de mera conduta:

Em verdade, a relação de causalidade somente tem real importância no cenário dos crimes materiais, isto é, aqueles que necessariamente relacionam a conduta a um resultado concreto, previsto no tipo. Não ocorrendo o resultado, não há consumação do crime. Os delitos de atividade (formais ou de mera conduta), que se configuram na mera realização da conduta, pouco importando se há ou não resultado naturalístico, praticamente não se valem da teoria do nexa causal (NUCCI, 2013, p. 217).

Dessa forma, Bruno (1967, p. 212) infere que “a maioria dos autores admitem a existência de crimes sem objeto material, mas a esses se deve opor que não há crime sem resultado, e que este tem sempre um substrato sobre o qual se apoia”. Todavia este substrato a que se refere Bruno, nem sempre é material, podendo ser um bem jurídico ideal, como ocorre em crimes formais ou de mera conduta, tais como a saúde pública, a honra ou a liberdade.

Complementa-se, ainda, utilizando exemplos para corroborar tal afirmação, que “do mesmo modo que o corpo do homem ferido é o objeto da ação que sofre lesão corporal, a mente do injuriado é o objeto da ação que sofre a lesão moral que é o resultado da injúria” (BRUNO, 1967, p. 212).

Ou seja, com a ausência do objeto material sobre o qual venha incidir a ação ou atividade desempenhada pelo agente, acaba por suscitar a figura do crime impossível, não satisfazendo o objeto da ação que, por exemplo, no delito de homicídio, seria o homem e a morte, o resultado (BRUNO, 1967, p. 211).

Nesta senda, o crime não só é a realização do tipo, mas o modo como o agente está diante de elementos constitutivos do tipo, ou seja, no mundo subjetivo da representação do agente, haja vista que este está diante de dois momentos pertencentes ao dolo, o da consciência e da vontade:

A consciência que se exige para o dolo compreende o conhecimento de circunstâncias independentes da vontade do agente, porque anteriores à sua atuação, o que se poderia chamar características estáticas do tipo, e conhecimento de condições a serem produzidas pela atuação da vontade do agente, correspondentes ao resultado ou aos meios empregados para alcançá-lo (BRUNO, 1967, p. 65).

Em termos mais acessíveis, é a subjetividade do agente, através de seu comportamento anterior ao resultado, que complementa o tipo legal integrativo do dolo. Isso, pois, em relação aos elementos constitutivos do crime, deve haver um fato que permita, através do ato do agente, a realização objetiva do delito. Dessa forma, tem-se que, no dolo, a representação deve compreender o fato total. O agente deve ter conhecimento da ação integrada nos seus dois momentos: comportamento e resultado que dele provém. Deve ter-se representado o acontecer a realizar-se que constitui o objetivo da ação. Utilizando-se de exemplos de crime contra a vida e de crime contra o patrimônio: é o saber do agente de que seu golpe resultará a morte de um homem, ou do seu gesto (inversão da posse) a subtração da coisa alheia (BRUNO, 1967, p. 66).

Sobre a questão da expressão “dolo”, Bruno (1967, p. 64), infere, com propriedade, que é “com a acentuação sobre a vontade é que o nosso Código define o dolo com a expressão – quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”.

Esta conduta proibida produz um tipo subjetivo, que é constituído por um elemento geral, o dolo, que assume extrema importância, uma vez que é através dele que um comportamento poderá ser considerado como típico (BITENCOURT, 2014, p. 355).

Diante destas circunstâncias que o modo de agir do agente é causal em relação ao resultado, no sujeito deve representar-se essa relação de causalidade. Portanto, frisa-se que não importa que a corrente causal que realmente se desenvolve não corresponda ao que foi representado pelo agente, bastando que este, através de seus atos, tenha os conduzido ao objetivo visado, sem que haja rompimento por um desvio essencial do curso entre o ato e o resultado previsto e querido. Dessa forma, a situação dolosa ocorrida não comporta alteração. É o exemplo do agente que dispara com o revólver em direção a vítima e esta não é atingida pela bala, mas morre da comoção que o fato lhe causou, ou quando o agente lança o seu inimigo do alto de um talude ao rio, para que morra afogado e a morte realmente se dá, mas porque a vítima, ao cair do talude, quebra o crânio de encontro a uma pedra. Não acontece isso, no entanto, se o agente, movido pelo dolo homicida, apenas fere a vítima, que vem a óbito em um incêndio no hospital onde havia, pelo ferimento, sido socorrida (BRUNO, 1967).

A subjetividade contribui para conhecer e identificar a parte comportamental do agente que, munido de elementos consciência e vontade, poderá alcançar a figura típica, a qual também exige que haja um fim de agir – elemento especial subjetivo do tipo (BITENCOURT, 2014).

Dos elementos que compõem o dolo, a consciência é o momento intelectual do dolo e diz respeito à situação fática em que se encontra o agente. Todavia, isto não significa que este conheça o tipo penal a que se amolda a sua conduta. Já a vontade é outro elemento sem o qual não é possível falar em crime doloso (GRECO, 2013, p. 186).

Com efeito, é desnecessário o conhecimento da figura típica pelo agente, sendo o conhecimento das circunstâncias do fato suficientes para composição da figura típica (BITENCOURT, 2014, p. 356).

Seguindo esta linha, a objetividade e literalidade do artigo de lei não se fazem sozinhas sem o comportamento reprovável do agente, que pode não saber o que está escrito *ipsis literis* na lei, mas possui a consciência e a vontade para tanto. Isto é, o conhecimento das circunstâncias fáticas dos elementos que a compõem (BITENCOURT, 2014). Nesse sentido:

Para agir dolosamente, o sujeito ativo deve saber o que faz e conhecer os elementos que caracterizam sua ação como ação típica. Quer dizer, deve saber, no homicídio, por exemplo, que mata outra pessoa; no furto, que se apodera de uma coisa alheia móvel (MUÑOZ CONDE apud GRECO, 2013, p. 186).

Sob o mesmo enfoque, Bruno (1967, p. 65) destaca que: “a consciência que se exige para o dolo compreende o conhecimento de circunstâncias independentes da vontade do agente, porque anteriores à sua atuação, o que se poderia chamar características estáticas do tipo [...]”.

Ademais, também leva-se em consideração o conhecimento de condições a serem produzidas pela atuação da vontade do agente, correspondentes ao resultado ou aos meios empregados para alcançá-lo (BRUNO, 1967).

Não se pode olvidar que a expressão “conhecimento” diz respeito à submissão - do fato, haja vista que a capacidade de compreensão de conceitos jurídicos (norma) pode exceder o estado de representação e de espírito do agente:

O crime é a realização do tipo e esta deve ocorrer não só na objetividade do resultado, mas ainda no mundo subjetivo de representação do agente. Com isso não se pretende que este deva conhecer a configuração típica como se encontra expressa no texto legal, mas apenas as circunstâncias de fato do caso concreto que a lei julga necessário para compor o tipo; isto é, as circunstâncias que funcionam como elementos integrantes do fato punível (VON LISZT apud BRUNO, 1967, p. 65).

Ou seja, nos casos em que a lei exprime o tipo com termos que abarcam conceitos jurídicos, não é nesse sentido técnico que o caso concreto se realiza, pois a exigência é que o tipo seja representado no espírito do agente, em sentido vulgar, como termos admitidos em linguagem coloquial ou comum, bastando, resumidamente, que, através do ato do agente, o fato permita a realização objetiva do ilícito (BRUNO, 1967).

De outra banda, o dolo abarca suas teorias, as quais buscam delimitar o conteúdo valorativo do dolo. Três são as teorias: a da vontade, a da representação e do assentimento ou consentimento (MIRABETE, 2006, p. 129).

A teoria da vontade é aquela em que o agente pratica o ato conscientemente e voluntariamente. Nesta, é imprescindível que haja consciência no agir da conduta do agente, bem como do resultado, contanto que o pratique voluntariamente (MIRABETE, 2006).

Para a teoria da representação, é necessária a consciência do agente de que a sua conduta provocará o resultado. No entanto, mesmo que lhe fosse previsível naquele momento, nada representará se a previsão do resultado for exercida sem vontade. Acrescenta-se que quem possui vontade para determinado resultado, logo, tem a representação deste, assim como a representação já está prevista na teoria da vontade (MIRABETE, 2006).

Na teoria do assentimento ou do consentimento, o dolo é composto pela previsão do resultado aderido pelo agente, mesmo este não o querendo. Neste caso, então, o dolo existente consiste no mero consentimento de que o resultado seja causado pela prática da conduta (MIRABETE, 2006).

Destarte, o Código Penal brasileiro aderiu à teoria da vontade para o dolo direto. Já o dolo eventual foi aderido para a teoria do assentimento ou do consentimento (MIRABETE, 2006).

2.3 Princípio da legalidade

O princípio da Legalidade é basilar para o Direito Penal, consagrando-se através da expressão latina *nullum crimen nulla poena sine previa lege*. Tal princípio também é chamado de reserva legal, haja vista que o fato definido como crime (conduta típica) e sua respectiva sanção devem estar exclusivamente atrelados à lei (MARQUES, 2002).

A fórmula latina consagrada por Feuerbach constitui relevante limitação do poder estatal de interferir no direito à liberdade dos cidadãos, estabelecendo, assim, maior segurança jurídica aos direitos e garantias fundamentais consolidadas constitucionalmente (MARQUES, 2002).

A garantia fundamental e constitucional atrelada a este princípio incute sentido estrito à norma, uma vez que cria uma limitação. Por isso que não é admissível que a lei formal não atribua disciplinamento, ao menos genérico, do delito e de sua pena correspondente, para se limitar a atribuir a outra fonte ou a outras autoridades a

competência para fixar, de modo autônomo, crimes e penas (MARQUES, 2002, p. 148).

Marques (2002, p. 148) assevera que “não há um direito penal regulamentar que possa conter normas incriminadoras. Só a lei em sentido formal pode descrever infrações e cominar penas e medidas de segurança”.

Logo, lei formal, para o Direito brasileiro, deve ser aprovada pelo Congresso Nacional mediante sanção do Presidente da República, ou com a promulgação dos órgãos elencados no artigo 66, parágrafo 7, da Constituição Federal (MARQUES, 2002, p. 149).

Assim, tem-se que incutidas na lei formal, as normais penais encontram sua obrigatoriedade e existência, ressalvando-se que quando se tratar de normas penais em branco, há de se ter enunciação genérica de conduta punível, com o poder Executivo determinando de modo específico as condutas passíveis de punição (MARQUES, 2002, p. 150).

No que tange ao sentido estrito de legalidade, diferenciando-se de uma análise sob o enfoque político, pode-se acrescentar outros dois aspectos: o de mera legalidade e de estrita legalidade, aspectos ponderados por Luigi Ferrajoli:

A primeira condição equivale ao princípio da reserva legal em matéria penal e da consequente submissão do juiz à lei: o juiz não pode qualificar como delitos todos (ou somente) os fenômenos que considere imorais ou, em todo caso, merecedores de sanção, mas apenas (e todos) os que, independentemente de sua valoração, venham formalmente designados pela lei como pressupostos de uma pena [...] A segunda condição comporta, além disso, o caráter absoluto da reserva da lei penal, em virtude da qual a submissão do juiz é somente à lei (FERRAJOLI, 2002, p. 30).

O que se pode advertir que a denominação “reserva legal” (princípio de mera legalidade), é uma norma dirigida aos juízes, os quais aplicam a lei tal como é formulada. Já o princípio da estrita legalidade, usado para designar a reserva da lei de modo absoluto, sendo uma norma que é dirigida ao legislador, este responsável por prescrever a precisão e a taxatividade empírica das formulações legais (FERRAJOLI, 2002, p. 31).

Enfatiza-se que “o princípio da legalidade estrita é proposto como uma técnica legislativa específica, dirigida a excluir, conquanto arbitrárias e discriminatórias, as

convenções penais referidas não a fatos, mas diretamente a pessoas e, portanto, com caráter constitutivo e não regulamentar daquilo que é punível [...]” (FERRAJOLI, 2002, p. 31).

Isto é, normas que perseguem os “desocupados” e os “vagabundos”, os “propensos a delinquir”, os “dedicados a tráficos ilícitos”, os “socialmente perigosos” e outros semelhantes (FERRAJOLI, 2002, p. 31).

É de grande valia pontuar, na lição de Roberto Lyra (1936, p. 115) “a penalidade, assentando as suas raízes na desaprovação, visaria à educação, resumindo todo esse conteúdo da ética, como força moralizadora da vida individual e da vida coletiva”.

Diante da penalidade, em Lyra (1936), dentro de uma concepção teórica de crime, a pena também passa a ter conteúdo essencialmente moral, constituindo o delito uma ofensa à moral e ao Direito, violando, antes da norma jurídica, o sentimento moral:

A pena não seria defesa social, nem tutela jurídica, nem castigo, nem vingança, mas uma forma mais enérgica de desaprovação e de educação moral, por parte do Estado. Fora do fim moralmente educativo, mediante o trabalho rígida e pedagogicamente organizado, a pena não teria razão de ser, limitando-se à pura vingança, a uma retribuição árida e infecunda (LYRA, 1936, p. 115).

Assim, o Estado funcionaria como organismo moral. O criminoso conservaria, como todo o ser humano, a sua qualidade de homem, não só os atributos de sua personalidade e os direitos correlatos, como também o direito à assistência correspondente à sua miséria moral (LYRA, 1936).

Não haveria motivos para o princípio da legalidade não estar atrelado ao conjunto de normas pelas quais se determina a função suprema que exerce o Estado, de punir. Essa função suprema é o *jus puniendi* e está ligada ao direito positivo (*jus penale*). São fatores pelos quais, através deles, uma ação pode ser declarada criminosa e determinada a pena que se lhe deve aplicar (LYRA, 1936).

Diante de uma lei e seu sentido formal, também apresenta-se a denominação de legalidade material ou substancial, haja vista que nesta não é possível considerar lesiva e merecedora de pena a conduta que não atingir de modo efetivo um bem

juridicamente tutelado, de acordo, outrossim, com a visão da sociedade, independentemente da existência de norma (NUCCI, 2013, p. 109).

Ou seja, há um desvalor na conduta do agente que, por exemplo, furta uma res de valor ínfimo ou irrisório, haja vista que deve haver legítima lesão ao bem juridicamente tutelado, não somente isso, mas há de se ter uma proporcionalidade entre aquela conduta e o abalo que ela causar (visão social). Não pode ser insignificante para o Direito Penal (NUCCI, 2013).

Assim, conclui-se que, apesar de o tipo penal abranger a conduta descrita, “subtrair para si, ou para outrem, coisa alheia móvel”, o desvalor da conduta do agente, diante de uma análise fática e exterior, não comporta adequação típica (NUCCI, 2013).

2.4 O *iter criminis* e seus desdobramentos

Desde que o desiderato criminoso surge no foro íntimo do agente, ou seja, na sua imaginação, até que se opere a consumação do delito, há um processo que se chama de *iter criminis*, isto é, um conjunto de etapas que cronologicamente se sucedem no desenvolvimento do delito (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000).

No que tange ao conceito de *iter criminis*, Bitencourt (2014, p. 530), salienta que “é no pensamento do homem que se inicia o movimento delituoso, e a sua primeira fase é a ideação e a resolução criminosa”.

Acrescenta que “há um caminho que o crime percorre, desde o momento em que germina, como ideia, no espírito do agente, até aquele em que se consuma no ato final” (BITENCOURT, 2014, p. 530).

Nesse ponto que, no crime, a ideia precede a ação. É na cabeça do ser humano que o movimento delituoso começa a tomar forma, sendo a sua primeira fase a ideação criminosa e resolução criminosa. Trata-se de ato interno que estimula o agente a alcançar o resultado que vai constituir um crime (BRUNO, 1967).

Infere Bruno (1967, p. 230) que:

[...] momento puramente mental da evolução do fato criminoso, a lei não pode alcançá-lo [...] Pode configurar aquilo que os psicanalistas chamam de criminalidade imaginativa, às vezes de abundante sentido psicológico, mas que escapa necessariamente à ação da lei penal.

Todavia, não são ideias, mas fatos que fazem mover-se o direito punitivo. De ordem subjetiva para objetiva (realização do tipo):

Dessa fase inteiramente subjetiva parte o movimento criminoso para os atos externos. O delinquente passa do pensamento à ação objetiva. Arma-se dos instrumentos necessários à prática do crime, procura o local ou a hora mais favorável, ordena e encaminha, em suma, os fatos no sentido de preparar o momento que há de desferir o golpe. Entramos com isso nos momentos externos da vida do crime, na sua primeira fase, que é a preparação, e a que se devem seguir a execução e a consumação [...] Os atos preparatórios escapam, em regra, à aplicação da lei penal (BRUNO, 1967, p. 230).

Salienta-se, desde já, que “este caminho compreende a prática de todos os atos necessários ao início da execução [...] São atos que antecedem a execução e, portanto, não são puníveis” (GONÇALVES, 2002, p. 50).

Todavia, não se pode dizer que esses critérios atinentes ao caminho que o crime percorre são definitivos. Eles auxiliam na distinção de casos concretos, ou seja, depende do caso concreto e de suas circunstâncias, bem como da análise do bem juridicamente tutelado. Nesse sentido que a ofensa ao bem jurídico, denominado critério material, deve ser analisada para concluir ou não se houve perigo ao bem, assim como se o início da realização do tipo, critério formal, aí o reconhecimento da execução quando se inicia a realização da conduta nuclear do tipo, como, por exemplo, matar no delito de homicídio e subtrair coisa alheia móvel no delito de furto (MIRABETE, 2006).

Completa Hungria (apud GRECO 2014, p. 252) que na dúvida se o ato é preparatório ou de execução, há de se ter o pronunciamento do magistrado ao caso concreto:

Se, no caso concreto, depois de analisar detidamente a conduta do agente e uma vez aplicadas todas as teorias existentes que se prestam a tentar distinguir os atos de execução, que se configurarão em tentativa, dos atos meramente preparatórios, ainda assim persistir na dúvida, esta deverá ser resolvida em benefício do agente. Seguindo a lição de Hungria, “nos casos de irreduzível dúvida sobre se o ato constitui um ataque ao bem jurídico ou apenas uma predisposição para esse ataque, o juiz terá de pronunciar o *non liquet*, negando a existência da tentativa”.

Para Zaffaroni e Pierangeli (2000, p. 13) estes estágios que compreendem o delito são: cogitação, decisão, preparação, começo de execução, culminação da ação típica, o surgimento do resultado típico, o exaurimento do fato etc.

No entanto, para o estudo do instituto da tentativa, são importantes: a etapa preparatória, a etapa da tentativa, a de consumação e a do exaurimento (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000).

Diante da tentativa, está-se frente a um instituto que abarca a realização incompleta do tipo penal, daquilo que está escrito no texto de lei. Na tentativa, o agente não chega à consumação por circunstâncias alheias à sua vontade. Ou seja, por exemplo, é impedido de consumir o delito de furto, já que foi impedido pela autoridade ou populares, ou, ainda, por ter tocado o alarme que o alerta de sua fuga. Isto é, sem a inversão da posse no delito de furto, não há realização completa do seu tipo penal (MIRABETE, 2006).

Frisa-se que “o elemento subjetivo da tentativa é o dolo do delito consumado, tanto que no art. 14, II, é mencionada a vontade do agente. Não existe dolo especial de tentativa” (MIRABETE, 2006, p. 150).

Salienta-se que não são típicas as atividades desenvolvidas na imaginação ou foro íntimo do agente, sob o alicerce do princípio *cogitationis poenam nemo patitur*, pois ninguém pode sofrer pena pelo pensamento (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000).

Não é diverso o pensamento de Greco (2013, p. 248), que apresenta a sua compreensão acerca da regra geral da fase de cogitação:

Regra geral é que a cogitação e os atos preparatórios não sejam puníveis. Em hipótese alguma a cogitação poderá ser objeto de repreensão pelo Direito Penal, pois *cogitationis poenam nemo patitur*. Contudo, em determinadas situações, o legislador entendeu por bem punir de forma autônoma algumas

condutas que poderiam ser consideradas preparatórias, como nos casos de crimes de quadrilha ou bando (art. 288 do CP) e a posse de instrumentos destinados usualmente a prática de furtos (art. 25 da LCP).

Em contrapartida, no que toca à conveniência de punir a tentativa, desenvolveram-se duas teorias: a subjetiva e a objetiva. A teoria subjetiva é aquela que a aplicação da pena deve ser a mesma que corresponde ao delito consumado, sendo a vontade do agente inversa do direito. Já na teoria objetiva, propõe-se que a pena aplicada seja menor que a do crime consumado. Isso porque a lesão ocorrida é a menor ou não ocorreu qualquer perigo efetivo de dano (MIRABETE, 2006).

Não se perca de vista que foi esta a teoria adotada pelo nosso Código Penal brasileiro, forte no artigo 14, parágrafo único, que apregoa: “salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços”. Aqui pode ser feita uma ressalva, haja vista que, nos tempos modernos, a diminuição poderá ser atribuída segundo o livre arbítrio do juízo (MIRABETE, 2006).

Até aqui, referente às nuances que o *iter criminis* nos apresenta, tem-se que não é tarefa fácil delimitar as características do instituto da tentativa e seus desdobramentos, consoante prelecionam Zaffaroni e Pierangeli:

[...] a parte que apresenta as maiores dificuldades é a tentativa, isto é, a ampliação da tipicidade proibida, em razão de uma fórmula geral ampliatória dos tipos dolosos, para abranger a parte da conduta imediatamente anterior à consumação. Para tentar resolver as interrogativas questões que se colocam ao seu derredor, cuidando de fazê-lo de uma maneira coerente, é necessário partir de um princípio geral, que responda ao fundamento ou razão da sua proibição, posto que dessa razão derivam consequências para a ordem de respostas que necessitamos nos outros aspectos (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000, P. 27).

A regra geral é de que o *iter criminis* alcança a punibilidade quando realizados os atos executórios. Já os atos meramente preparatórios, estes não são puníveis, embora algumas vezes o legislador transforme estes atos em tipos penais especiais (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000).

Em virtude da quebra desta regra, surgem dois caminhos diferentes, sendo o primeiro encarregado de atribuir uma extensão ao proibido para alguém da tentativa, abrangendo uma parte da atividade preparatória, isto é, modificar a fórmula geral do artigo 14, inciso II, do Código Penal, para que tenha maior alcance, conferindo a este dispositivo um aporte ampliatório da tipicidade (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000).

Como exceção da regra (fórmula geral do artigo 14, inciso II, do Código Penal), “[...] a tentativa, que se mantém limitada, se amplia quando o ponto de incidência da imputação vai se despregando da primitiva causação do resultado para ligar-se ao conceito mais evoluído da manifestação da vontade criminosa” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000, P. 16).

Isto é, trata-se de uma questão de grau ou estágio, haja vista a inexistência de um Direito Penal que apresente, de plano, tudo o que concerne à manifestação da vontade, sendo reduzido para mera punição de determinado resultado (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000).

Diante deste panorama, tem-se que no primeiro grupo de casos que são punidos em razão dos atos preparatórios, compõem-se de delitos incompletos, mais amplos que a tentativa. Já o segundo, de delitos completos, os quais a admitem (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000).

No que tange às diferenças entre ampliação da tipicidade para abranger os atos preparatórios e a tipificação independente destes:

[...] refletir-se-ão também em que, se chegar a tentar ou consumir o fato, se o apenará tendo em conta a tentativa ou o delito consumado, conforme o caso, sempre que se tratar de uma ampliação da tipicidade, sem que possa, em hipótese alguma, concorrer com o delito tentado ou consumado. Ao contrário, tratando-se de um tipo independente, a tipicidade do mesmo será fixada com a sua consumação ou com a tentativa, permanecendo como fato precedente não punível só no caso em que o seu conteúdo injusto não exceda, em sentido algum, o conteúdo injusto da tentativa ou da consumação (RULDOPHI apud ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000, p. 15).

A exemplo disso, a legislação penal militar traz o crime de motim (artigo 152 do CPM), que considera a ampliação para abranger os atos preparatórios. Dessa forma, tentado ou consumado o motim, a pena está coberta pelo crime de motim (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000).

De outro olhar, temos uma tipificação independente dos atos preparatórios no caso dos artigos 253 e 291, ambos do Código Penal, pois nestes casos, somente será punível o crime que exceder o conteúdo dos crimes de falsificação ou explosão, tentados ou consumados (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000).

Pode-se dizer, em vista disso, que quando analisamos os atos preparatórios de um determinado delito que são tipificados à parte, como exceção à regra do artigo 14,

inciso II, do Código Penal, este não deve admitir a tentativa. Nucci (2013, p. 351) também apresenta exemplos, os quais podem ser retirados à luz do artigo 253 (fornecimento de explosivo), que é preparatório ao delito previsto no artigo 251 (explosão).

Tem-se, assim, que o delito previsto no artigo 253 (fornecimento de explosivo) é preparatório ao crime previsto no artigo 251 (explosão). Ambos encontram-se no mesmo capítulo e são voltados à proteção do mesmo bem jurídico: a incolumidade pública (NUCCI, 2013).

“Por isso, a tentativa de prática do delito preparatório, excepcionalmente tipificado (como o art. 253), não pode comportar tentativa, que seria uma ampliação indevida, quase beirando a cogitação, esta, sim, sempre impunível” (NUCCI, 2013, p.351).

Conforme Zaffaroni e Pierangeli, sobre os atos de tentativa:

Os atos de tentativa são os que se estendem desde o momento em que começa a execução até o momento da consumação. Trata-se de uma extensão da proibição à etapa executiva do delito, que alcança, por conseguinte, desde o começo da execução até que se apresentem todos os caracteres da conduta típica. Esta ampliação de proibição típica ocorre em função de uma fórmula geral, existente na Parte Geral dos Códigos, em que nada mais se faz que recolher um conceito ôntico, pois a noção de tentativa não é uma criação legislativa (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000, p.16).

Frente à existência de condutas proibidas, o fato é que, “enquanto a regra é a de que os atos preparatórios não ingressam no âmbito do proibido, no que respeita à tentativa [...] falta o resultado ou não se computa a ação típica [...] razão pela qual a escala penal é também inferior” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000, p. 16).

No entanto, quando falamos em atos executórios, deve-se lembrar que o crime define-se materialmente com a lesão ou ameaça a um bem juridicamente tutelado pela lei penal. O que nos permite refletir que todo ato para penetrar nesta zona de ilicitude e ser punível como crime, precisa pelo menos constituir-se um perigo direto para o bem penalmente tutelado, e esse é o momento que assinala o começo da execução. O ato que ainda não constitui esse ataque direto ao objeto da proteção penal é simples ato preparatório (BRUNO, 1967, p. 233).

Não se perca de vista que o começo da execução, formalmente, é marcado pelo início da realização do tipo. O ataque ao bem jurídico para contemplar movimento executivo de um crime deve ter a finalidade no sentido da realização do tipo penal, o que se pode decidir se estamos diante de simples preparação ou se a execução se iniciou. Diante disso, mesmo que a linha diferencial seja de natureza objetiva, ela também apresentará natureza subjetiva, influenciadora para tornar real a resolução do tipo penal pelo agente (BRUNO, 1967).

É uma questão de ver onde é que começa a agressão ao bem jurídico, em direção à figura típica penal. Bruno (1967, p. 234), destaca:

Tudo está em assentar se, com o determinado momento, o agente já entrou na realização do tipo, isto é, já começou o ato de matar ou ato de subtrair, ou ato de falsificar, segundo o objetivo que o autor tinha em vista. Começa aí a agressão ao bem jurídico, no sentido da figura típica penal, e com esse começo de agressão o começo da execução, que caracteriza a tentativa.

Porém, o começo do ataque ao bem jurídico supõe necessariamente a idoneidade da ação em referência ao resultado final visado, o que se tem de apreciar relativamente ao caso concreto (BRUNO, 1967).

Ante as nuances existentes nas etapas do *iter criminis*, “a doutrina andou insistentemente em busca de regras gerais que distinguissem atos preparatórios e executórios com alguma precisão. Vários foram os critérios propostos para a diferenciação” (BITENCOURT, 2014, p. 532).

Quanto à essa distinção, busca-se uma maneira de elucidar a problemática, haja vista que é muito tênue a linha divisória entre o término da preparação e a realização do primeiro ato executório, dependendo do caso concreto, a saber:

Fronteira entre o fim da preparação e o início da execução: é muito tênue a linha divisória entre o término da preparação e a realização do primeiro ato executório. Torna-se, assim, bastante difícil saber quando o agente ainda está preparando ou já está executando um crime. O melhor critério para tal distinção é o que entende que a execução se inicia com a prática do primeiro ato idôneo e inequívoco para a consumação do delito. Enquanto os atos realizados não forem aptos à consumação ou quando ainda não estiverem inequivocamente vinculados a ela, o crime permanece em sua preparação (CAPEZ, 2013, p. 265).

Por derradeiro, importante destacar que “embora existam os atos extremos, em que não há possibilidade de serem confundidos, a controvérsia reside naquela zona

cinzenta na qual, por mais que nos esforcemos, não teremos a plena convicção se o ato é de preparação ou de execução” (GRECO, 2013, p 250).

No que tange à diferença entre atos executórios e preparatórios, “os critérios mais aceitos são aqueles que partem do fundamento objetivo-material da punibilidade da tentativa, como conduta capaz de provocar a afetação de um bem jurídico protegido pelo Direito Penal” (BITENCOURT, 2014, p. 532).

Partindo-se desse pressuposto em Bitencourt (2014), a delimitação entre atos preparatórios e executórios virá a ser aquele que vai permitir identificar a tentativa como ponto inicial da execução da conduta típica.

Por outro lado, como a Parte Especial do Código Penal é composta por diferentes tipos de injusto, que estruturalmente são distintos (crime de resultado, de mera conduta, comissivos, omissivos etc.), o critério de delimitação entre os atos preparatórios e executórios deve ser capaz de abarcar todas essas formas de manifestação do fenômeno criminoso (BITENCOURT, 2014).

Nesse sentido, o critério também deverá ser objetivo-formal, isso, pois, “adotado pelo Código Penal brasileiro, de acordo com a redação do art. 14, II. Assim, a tentativa caracteriza-se como o início da realização do tipo [...] o início da execução da conduta descrita nos tipos da parte especial” (BITENCOURT, 2014, p. 532).

Distinguindo-se o critério material e objetivo-formal, para cada um, há referência ao elemento que os constitui:

O critério material vê o elemento diferencial no ataque direto ao objeto da proteção jurídica, ou seja, no momento em que o bem juridicamente protegido é posto realmente, como lesão ou ameaça a um bem jurídico tutelado pela lei penal. O ato que não constitui ameaça ou ataque direto ao objeto da proteção legal é simples ato preparatório. No critério objetivo-formal, o começo da execução é marcado pelo início da realização do tipo, ou seja, quando se inicia a realização da conduta núcleo do tipo: matar, ofender, subtrair etc. (BITENCOURT, 2014, p. 532).

De bom alvitre rememorar a lição de Bruno (1967, p. 234) que pondera o fim realmente visado pelo agente, assim como a expressão que a lei emprega para designar ação típica:

Na realidade, o ataque ao bem jurídico para constituir movimento executivo de um crime tem de dirigir-se no sentido da realização de um tipo penal. O problema da determinação do início da fase executiva há de resolver-se em relação a cada tipo de crime, tomando-se em consideração sobretudo a expressão que a lei emprega para designar a ação típica. É em referência ao tipo penal considerado que se pode decidir se estamos diante da simples preparação ou já da execução iniciada. Para isso é preciso tomar em consideração o fim realmente visado pelo agente.

Pode acontecer de nos depararmos com dificuldades em distinguir entre os atos preparatórios e executórios ou distinguir entre a prática de um delito consumado menos grave e o início da execução de um delito mais grave, que pode ser punido na sua forma tentada. Nesse ínterim, é essencial que se considere, sob uma perspectiva global, o contexto em que o fato se desenrola e o plano do agente em concretizá-lo. O plano do agente, no sentido do dolo, deve ser entendido como decisão de realização da conduta típica, que no contexto em que se desenvolve, deve ser valorada através do verbo nuclear do tipo penal (BITENCOURT, 2014).

Dessa forma, levando-se em consideração a dúvida se o ato é preparatório ou de execução, Hungria (apud GRECO 2013, p. 252) discorre que considerando a conduta do agente e a aplicação das teorias que se prestam a tentar distinguir os atos de execução dos meramente preparatórios, se persistir a dúvida, esta deverá ser resolvida sob a égide do princípio do *in dubio pro reo*.

Na lição de Zaffaroni e Pierangeli (2000, p. 50), “deve ficar esclarecido que a teoria material-objetiva, não significa uma reformulação da teoria formal-objetiva, mas tão somente uma complementação desta”.

Complementação que se dá pela “fórmula de Frank”, atribuindo um critério material que inclui na tentativa as ações que, por sua vinculação necessária com a ação típica, aparecem como parte integrante dela, segundo uma concepção natural (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000).

Em paralelo temos, então, o critério objetivo-formal, diferente do “apelo” de Frank, em que no primeiro é um “apelo” ao perigo imediato como componente eventual da tentativa que, quando presente, começa com o primeiro ato preparatório e permanece até o último ato anterior à consumação, ao passo que, no segundo, em Frank, a imediaticidade também deve estar vinculada com a realização típica, no

sentido de que a ação que o autor pratica desemboque na realização do tipo penal, sem nenhum outro ato posterior (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000).

Em termos mais acessíveis, é o uso da linguagem que conta para Frank, como “apontar ou sacar uma arma seria já “começar a matar”, e não o seria se atentarmos para o sentido estrito da palavra”. A consequência desse entendimento é a realização típica imediata (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000).

Na realidade o perigo não apresenta utilidade como critério, assim como os inequívocos ou unívocos, tendo em vista que da preparação até a consumação é uma série concatenada de atos contínuos, de aumento contínuo, em que não se podem assinalar limites. Ou seja, pensar que o ponto determinante é o da decisão que tiver feito perigar de forma imediata o bem jurídico só será válido se conforme com a representação de realidade do autor (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000).

Por isso o apelo à concepção natural, em Frank, “só tem sentido quando a imediaticidade indica um terceiro que não considera o plano concreto do autor, porque, do contrário, se torna totalmente desnecessário. A concepção natural é um critério para que o terceiro observador presuma que a próxima etapa será o início da ação típica, mas não apresenta utilidade alguma quando a forma de determiná-lo é o plano concreto do autor” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000 p. 56).

No que se refere à teoria subjetiva, esta opõe-se a teoria objetiva, cujo primeiro enunciado respeitou o princípio da legalidade estrita, bem como, em outras palavras, com caráter formal-objetivo, exigindo que o agente tenha realizado efetivamente parte de sua conduta típica, de modo a penetrar, assim, no campo nuclear do tipo penal (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000).

Ocorre que a variante da teoria subjetiva pura pretendeu estabelecer um limite até que o dolo tenha um alcance maior, estendendo a punibilidade a todo o ato pelo qual se manifeste a resolução do agente, por mais longe que possa estar do núcleo consumativo do delito (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000).

Todavia:

[...] a teoria subjetiva pura considera-se abandonada, tendo em vista que possui o inconveniente de elevar o critério individual do agente a determinante do limite do proibido, quando, em realidade, se necessita, precisamente, do critério de um terceiro, ou seja, de um observador supra individual (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000, p. 46).

Sobre uma limitação à teoria subjetiva, já antiga, mas que está consagrada no artigo 56 do Código Italiano:

[...] é a univocidade ou inequivocidade dos atos de tentativa: enquanto os atos preparatórios seriam “equivocos”, porque não revelaria para terceiras pessoas, necessariamente, o fim do cometimento do delito, os atos de tentativa seriam “inequívocos” ou “unívocos”, porque para o terceiro observador não deixariam dúvidas acerca da finalidade de cometimento do crime (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000, p. 47).

As dificuldades em distinguir os atos meramente preparatórios dos atos executórios é que fizeram nascer diferentes teorias, ao passo que desencorajou alguns autores e encorajou outros a adotarem alguma delas. O fato é que, apesar de se tratar de um problema sem solução, ou com muitos posicionamentos, apresenta um conteúdo científico pouco claro, o que é diferente na Medicina, por exemplo, onde pode-se afirmar “agora e sempre”, que é impossível encontrar uma cura pro câncer, ou que um quadro é irreversível. A tese que tem se afirmado encontra alicerce justamente na impossibilidade de distinguir os atos preparatórios e executórios (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000).

São teorias negativas ou negativistas que, em conjunto, acabam por delimitar a impossibilidade de distinção dos institutos, tendo como consequência a inaceitável extensão da punibilidade a qualquer ato meramente preparatório (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000).

Dessa forma, resta evidente que é o nosso Código que impõe a obrigação de uma distinção ser formulada, já que, dependendo do caso concreto, poderá ser um divisor de águas tanto no apenamento (ou não) do autor, quanto no enquadramento legal (ou atipicidade/desvalor da conduta), sem atingir ou causar lesão efetiva ao bem juridicamente tutelado (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000).

No que tange ao nosso Código, Zaffaroni e Pierangeli (2000, p. 47):

[...] de maneira alguma se pode pretender que o “começo da execução” pode nele determinar-se em função de que ao observador reste dúvida acerca da finalidade do agente [...]. Este posicionamento confunde, realmente, dois problemas diferentes, conduzindo à conclusão de que a “inequívocidade” seja entendida como um requisito separado do “começo de execução”, em cujo caso constitui algo que restringe a punibilidade dos atos de tentativa, mas que não serve para estabelecer sua distinção dos atos preparatórios ou contrariamente, leva ao entendimento de que a punibilidade alcança qualquer ato preparatório, que “será tentativa quando for inequívoco.

Nesse sentido, “uma primeira tese sustentaria que – em um Código que admita tal requisito – se teria abolido a diferença existente entre os atos preparatórios e os de execução” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000, p. 48).

Desse modo é que leva-se em consideração tal requisito, predominante já na doutrina italiana. Ao contrário, nos levaria a uma interpretação de que há punição de atos tão longínquos da execução como:

[...] sair da própria casa pela madrugada, munido de uma arma, gazuas, petrechos para romper obstáculos, uma lanterna, um saco vazio e cordas, que seriam atos considerados como tentativa de roubo qualificado. Só que sequer foi iniciado o cumprimento da ação típica, ou seja, não houve atos executórios, mas sim meramente preparatórios (Zaffaroni; Pierangeli, 2000, p. 48).

2.5 Crime consumado e crime tentado

Como visto, a tentativa é o instituto que aparece entre a preparação não punível e a consumação do delito. A consumação pressupõe a completa realização do tipo penal. Para que isso se realize imperioso seja consumado o delito com todos os elementos de sua definição legal, conforme o artigo 14, inciso I, do Código Penal (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000).

Neste instituto, “o movimento criminoso para em uma das fases da execução, impedindo o agente de prosseguir no seu desígnio por circunstância estranha ao seu querer” (BRUNO, 1967, p. 236).

Pela linha de raciocínio do *iter criminis*, “o problema que aqui nos preocupa é determinar o ponto em que, nesse caminho, o agente penetra propriamente no ilícito e se faz punível” (BRUNO, 1967, p. 229).

E é nesse ponto, na lição de Bruno (1967, p. 229), que: “o Direito Penal surpreende, porque só desde então é que seu atuar constitui um perigo de violação ou a violação efetiva de um bem jurídico e em que começa a realizar-se a figura típica do crime”.

No entendimento de Bruno (1967, p. 235), ingressando-se na fase executiva, pode o movimento doloso interromper-se no curso da execução; parar na execução completa, ou chegar à consumação.

Isto é, afirma que “conforme o movimento criminoso se detém em um outro desses momentos, teremos três figuras que, na doutrina, se designam por tentativa, crime falho e crime consumado” (BRUNO, 1967, p. 235).

Ou seja, conclui-se que, quando o agente inicia o intento criminoso e é interrompido por circunstância estranha à sua vontade, ocorre o instituto da tentativa. Já na hipótese de crime consumado, terá o agente de realizar tudo que estava ao seu alcance para atingir o resultado (BRUNO, 1967).

Caso este resultado não seja alcançável, o crime não se consuma, e, logo, conforme nosso Código, não se reúnem nele todos os elementos de sua definição legal, o que também enseja na observação da tentativa perfeita e tentativa imperfeita pela doutrina:

Realiza o agente tudo o que estava em seu poder para alcançar o resultado, mas não o atinge – há crime falho, a tentativa perfeita dos clássicos, que, em geral, as legislações não distinguem da tentativa imperfeita, e em que a execução se conclui, mas o crime não se consuma. Quando finalmente, o agente chega ao fim, realizando a figura integral do crime – tipo, então o crime é consumado [...] (BRUNO, 1967, p. 235).

2.6 Crimes que não admitem tentativa

À medida que a tentativa, como fragmento de crime que representa, não tem sua presença garantida em todas as espécies de delitos, isso porque nem todos a admitem, bem como sua figura típica ampliada. É nesse sentido que, em algumas modalidades, o instituto da tentativa não é admitido (BITENCOURT, 2014).

Sendo “a tentativa um movimento criminoso que entrou em execução, mas no seu caminho para a consumação interrompeu-se por circunstância accidental, ou seja, a figura típica não se completou, fica faltando a fração última e típica da ação” (BRUNO, 1967, p. 236).

Assim, podemos dizer que “o crime admite tentativa toda vez que pudermos fracionar o *iter criminis*. Desse modo, se o agente, percorrendo o *iter criminis*, der início à execução de um crime que não se consuma por circunstâncias alheias à sua vontade, poderemos atribuir-lhe o instituto” (GRECO, 2013, p. 255).

Como fragmento de crime, não admite os crimes culposos, isso porque lhes falta o dolo e, sem o dolo, a tentativa não se constitui. Na lição de Bruno (1967, p. 242), “nem há neles alguma coisa que na realidade se possa chamar começo de execução. O crime culposo não tem nenhuma existência real fora do resultado”.

Complementa Bitencourt (2014, p. 537) que “na tentativa há intenção sem resultado (pelo menos aquele desejado); no crime culposo, ao contrário, há resultado sem intenção”.

Dessa forma, nos delitos culposos, o resultado é sempre involuntário. Nucci (2013, p. 349), ao recordar Hungria, traz, com propriedade, um exemplo:

Supondo que o ‘vigilante noturno’ é um ladrão que me invade o quintal de casa, tomo de um revólver e, sem maior indagação, inconsideravelmente, faço repetidos disparos contra o policial que, entretanto, escapa ileso ou fica apenas ferido. É inquestionavelmente, em face do Código, que se apresenta uma tentativa de homicídio culposo (Comentários ao Código Penal, v.1, t. II, p. 86). Concordando com a tese, estão Frederico Marques (Tratado de direito penal, v. II, p. 376 e 383) e Magalhães Noronha (Direito penal, v. 1, p. 129).

No entanto, assevera Nucci (2013, p. 349) que “tal solução não é ideal. Se, no contexto do erro, prefere a lei a configuração do tipo culposo – e, neste, não há resultado desejado – torna-se incompatível a figura da tentativa”.

Diante disso, “no exemplo de Hungria, o agente que ferir, por erro inescusável, o policial deve responder por lesão corporal culposa” (NUCCI, 2013, p. 349).

No que tange ao delitos culposos, não se fala em “tentativa de crimes culposos, uma vez que se não há vontade dirigida à prática de uma infração penal, não existirá

a necessária circunstância alheia, impeditiva de sua consumação” (GRECO, 2013, p. 256).

Além dos crimes culposos, não admitem a tentativa os:

[...] chamados crimes unissubsistentes, entre os dolosos, como injúria verbal, se desenvolvem em um só ato e em que é impossível distinguir-se um *iter criminis* com fases sucessivas [...] em que não pode haver parada no caminho, porque este se vence em um salto instantâneo (BRUNO, 1967, p. 242).

Seguindo essa linha, o exemplo da injúria verbal, por Bitencourt (2014, p. 539), “ou a ofensa foi proferida e o crime consumou-se, ou não foi e não há que se falar em crime”.

Ou seja:

[...] são constituídos de ato único (ex.: ameaça verbal), não admitindo *iter criminis*. Em outras palavras, ou o agente profere a ameaça, consumando-se o delito, ou não o faz de maneira completa, deixando de intimidar a vítima, o que é um fato penalmente irrelevante (NUCCI, 2013, p. 349).

Também há os crimes omissivos próprios, já que “se incluem, aliás, na mesma categoria dos unissubsistentes. Até o momento em que ainda é eficaz a atividade do sujeito, a ausência desta não constitui tentativa” (BRUNO, 1967, p. 242).

Contudo, “nos crimes comissivos por omissão, como o da mulher que intenta matar o filho recém-nascido, negando-lhe alimento. Pode ser surpreendida a tempo de salvar-se a criança, detendo-se o *iter criminis* na fase do crime tentado” (BRUNO, 1967, p. 243).

Salienta-se que nos crimes omissivos próprios, não há exigência de um resultado naturalístico produzido pela omissão, não admitindo, assim, a tentativa:

Esses crimes consumam-se com a simples omissão. Se o agente deixa passar o momento em que deveria agir, consumou-se o delito; se ainda pode agir, não se pode falar em crime. Ex.: omissão de socorro. Até o momento em que a atividade do agente ainda é eficaz, a ausência desta não constitui crime. Se nesse momento a atividade devida não ocorrer consuma-se o crime (BITENCOURT, 2014, p. 538).

Diante deste panorama:

O crime omissivo próprio é consumado no local e no mesmo momento em que a atividade do agente tinha que ser realizada, os omissivos impróprios ou comissivos por omissão, que produzem resultado naturalístico, admitem a tentativa, naturalmente (BITENCOURT, 2014, p. 238).

Nos crimes habituais, “não admite a figura tentada, configura-se somente quando determinada conduta é reiterada, com habitualidade, pelo agente. Nesta, os atos isolados são penalmente irrelevantes” (NUCCI, 2013, p. 349).

Ou seja, “ou o agente comete a série de condutas necessárias e consuma a infração penal, ou o fato por ele levado a efeito é atípico” (GRECO, 2013, p. 255).

Entretanto, Mirabete (2006, p. 153) enaltece, com precisão, 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”.

Só que “não há que se negar, porém, que, se o sujeito, sem ser médico, instala um consultório e é detido quando de sua primeira ‘consulta’, há caracterização da tentativa do crime previsto no art. 282” (MIRABETE, 2006, p. 153).

Ademais, nos crimes preterdolosos:

Costuma-se dizer que [...] há dolo no antecedente e culpa no consequente, isto é, o resultado preterdoloso via além do pretendido pelo agente. Logo, como a tentativa fica aquém do resultado desejado, conclui-se ser ela impossível nos delitos preterintencionais (BITENCOURT, 2014, p. 538).

Frisa-se que nos “crimes preterdolosos (havendo dolo na conduta antecedente e culpa no consequente, possuindo o mesmo bem jurídico protegido nas duas fases), pois há necessidade do resultado mais grave para a constituição do tipo” (NUCCI, 2013, p. 349).

Por derradeiro, bem afirma Nucci (2013, p. 349) que:

Seria ilógico falar em tentativa no delito autenticamente preterdoloso, como ocorre com a lesão corporal seguida de morte. Como pode o agente tentar lesionar, mas conseguir matar? Se o homicídio contém a lesão, torna-se inviável a tentativa de lesão com resultado morte.

3 A DIFERENCIAÇÃO DA DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA FRENTE A OUTRAS MODALIDADES PENAIS

Sendo a desistência voluntária um instituto que estimula a não consumação de crimes, apresenta a vontade do próprio agente de poder interromper voluntariamente o ato de execução pretendido, desistindo ou abandonado o seu propósito de realização do crime. Com fulcro no artigo 15 do nosso Código Penal, a consequência jurídico-penal é diferente da que ocorre na tentativa, por exemplo. Com efeito, no presente capítulo se buscará examinar as diferentes circunstâncias que o instituto da desistência apresenta frente a outras modalidades penais (tentativa, arrependimento eficaz, arrependimento posterior, crime impossível ou tentativa inidônea) que abarcam suas finalidades. Dessa forma, mostra-se evidenciada a razão da punibilidade ou impunibilidade que os institutos exteriorizam, como a punibilidade ou não da tentativa e a sua substituição pela desistência (caracterização), descrevendo aspectos materiais e formais, objetivos e subjetivos, bem como o perigo aos bens jurídicos tutelados pela lei penal.

3.1 A desistência voluntária e o arrependimento eficaz

Em análise à natureza jurídica e fundamento destes institutos, conforme estabelece o artigo 15 do Código Penal, “o agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados”.

Nesse sentido,

A fórmula legal é bastante clara para que não consideremos a desistência voluntária e o arrependimento eficaz como casos de atipicidade, embora possa gerar dúvidas tendo em vista o que dispõe o art. 14, II, do mesmo Código, que, na conceituação da tentativa, exige que a execução não se consuma “por circunstância alheia à vontade do agente” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000, p. 87).

Desse modo:

Um exame das duas disposições permite que cheguemos à conclusão de que ambas são complementárias uma da outra, porquanto o art. 15 fala em agente, expressão que, em Direito Penal [...], só pode ser compreendida como agente da tentativa (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000, p. 87).

É de grande valia salientar que o critério adotado no Brasil e pelo legislador diverge de parte da doutrina estrangeira, muito embora as expressões utilizadas não apresentem, para o caso, tamanha importância. Diante disso, por exemplo, a doutrina espanhola inclina-se a dar o caráter de ausência de culpabilidade à desistência voluntária, por mais que parte da doutrina se incline à atipicidade, o que semelhantemente ocorre na América Latina (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000, p. 88).

Desse modo, teriam os doutrinadores espanhóis um apoio legal nesse sentido, fulcro no artigo 3º, do Código Penal Espanhol, em seu último parágrafo:

Hay tentativa cuando el culpable dá comienzo a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, y no practica todos los actos de ejecución que debieran producir el delito, por causa o accidente que no sea su próprio y voluntario desistimiento (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000, p. 88).

Voltando para nossa realidade, em termos mais conceituais, na relação direta entre a desistência e o arrependimento, há o seu fundamento, onde a causa ou explicação do critério explica a impunidade, a qual não pode ter outro significado que não a renúncia efetuada pelo Direito de fazer desaparecer o perigo criado pela tentativa e, no mesmo espaço, extinguirem, dependendo do caso concreto, a impressão ameaçadora apresentada pela tentativa (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000, p. 90).

O fato de o próprio agente poder interromper de modo voluntário o ato de execução, desistindo de levar o seu propósito em frente, a consequência jurídico-penal é de que, é, então, diversa da que ocorre na tentativa. Muito embora o fragmento

do crime realizado seja, nos dois casos, o mesmo, a lei deixe impune a tentativa desistida (BRUNO, 1967).

Nesse sentido, assenta Bruno (1967, p. 245) acerca da impunibilidade, levando-se em conta, outrossim, a política criminal:

[...] essa impunibilidade em razão de política criminal, no interesse que tem o Direito em estimular a não consumação do crime, oferecendo ao agente oportunidade de sair da situação que criara, sem sofrer punição. É a ponte de ouro, na imagem de Von Liszt, que a lei estende para a retirada oportuna do agente [...] A desistência torna a tentativa impunível desde que seja voluntária; não precisa ser espontânea [...].

Ou seja, no caso que o próprio agente se encarrega de não prosseguir ou extinguir no avanço das etapas preliminares em direção à consumação do delito. Dessa forma, compensa-se aquela ameaça que o ato da tentativa representa. A extinção da punibilidade acaba sendo resultado de uma causa pessoal, que concede ao agente que desiste de prosseguir à consumação do delito, um benefício, conhecido como prêmio pela manifestação da desistência (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000).

No que tange ao prêmio outorgado ao autor por fazer sumir sua vontade em direção a execução do delito, há razões que justifiquem a impunidade do ato:

Sem prejuízo de ser o seu fundamento um prêmio outorgado ao autor por fazer desaparecer sua vontade consumativa, não deixa de haver razões eventuais que justificam esta impunidade. Tais são: a) o Direito Penal não quer colocar o autor em uma posição disjuntiva entre a pena da tentativa e a do delito consumado, estimulando-o em qualquer momento para que desista; b) na maioria dos casos, a desistência e o arrependimento demonstram, por eles mesmos, que a pena se faz desnecessária (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000, p. 91).

Frisa-se o entendimento, com propriedade, de Zaffaroni e Pierangeli (2000), uma vez que, levando-se em consideração a maioria dos casos, o fato de o agente desistir ou se arrepender, demonstram por si só, que não se faz necessário o apenamento.

Mais do que isso, com relação ao fundamento da impunidade pela desistência e o arrependimento, apresenta um estímulo legal de que o autor não termine com a sua marcha à consumação, em todo e qualquer momento anterior à consumação. A lei oferece uma “ponte de ouro” ao agente que evitar o resultado, sem que isso lhe acarrete consequências, vale frisar, a toda instância, interromper a ação consumativa (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000).

Destaca-se a objeção que cabe a tese da “ponte de ouro”, haja vista que o agente desiste muitas vezes sem ter o conhecimento de que está eliminando a punibilidade da tentativa, circunstância que, legalmente, não obsta o seu efeito. Por isso que em razão dessa tese, o fundamento encontra um melhor alicerce lendo-se como uma graça ou um prêmio concedido ao agente que desiste (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000).

Ou seja, a vontade consumativa é grave e a sua renúncia faz por merecer um prêmio, o que não deixa de ser argumento suficiente para esclarecer que a desistência demonstra a desnecessidade da pena e, por conseguinte, demonstrará também ausência da culpabilidade, que possui critério político-criminal de prevenção geral e especial (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000).

Todavia, não se satisfaz plenamente o posicionamento de que há um fim no ponto de partida da pena, haja vista que leva a soluções que são inadmissíveis para nossa lei, a qual apresenta unicamente a desistência “voluntária”, a qual não revela que a pena tenha caráter desnecessário, o que levou Roxin a delimitar o real alcance da fórmula legal em direção à impunidade da desistência, com lesão da legalidade penal e elementos éticos que limitam à desistência (ZAFFARONI, PIERANGELI, 2000).

Na visão de Bruno (1967, p. 246), “há autores que exigem para a desistência eficaz o valor moral dos motivos. Esse valor dos motivos é que justificaria a não punibilidade. Outros reclamam que seja espontânea”.

Todavia, conforme já assentado acima, a desistência torna a tentativa impunível, desde que seja voluntária e não necessariamente espontânea (BRUNO, 1967).

Onde se quer chegar é que, “no caso, o termo arrependimento ou desistência, não supõe nenhuma qualidade moral de motivo, que pode ser qualquer” (Bruno, 1967, p. 247).

Deve se ter em vista que “o agente responde sempre pelos atos praticados, quando por si mesmo puníveis. Mas deve ser observado que coautores não se eximem de punição, salvo quando também desistam voluntariamente. Ou para excluir

a pena ou para atenuá-la, os Códigos, em geral, tomam em consideração a desistência voluntária” (BRUNO, 1967, p. 246).

Não obstante o que foi dito, não se pode rechaçar de plano os argumentos que fundam a desistência voluntária e o arrependimento eficaz, isso porque corroborados pela “ponte de ouro”, o Direito premial, como suportes auxiliares que os fundamentam como causas de impunidade (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000).

Nesse sentido, inúmeros os casos em que a desistência cumpre com o papel de “ponte de ouro”:

[...] a pena se manifesta como desnecessária. Essa comprovação fornecerá sempre elementos que reforçarão o fundamento da impunidade da tentativa desistida, mas não poderá constituir, por si mesma, o seu fundamento, posto que são razões de caráter eventual e não são necessárias para a mesma (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000, p. 92).

Dito isso, não fogem as condições da desistência, que exigem alguns esclarecimentos, tendo em mira que é óbvio que a desistência não pode ser outra coisa que a desistência de uma tentativa:

[...] Embora se torne exagerado insistir na circunstância de que não pode haver desistência alguma quando a tentativa tenha desaparecido porque se tenham completado os requisitos de um tipo objetivo, o mesmo não ocorre na hipótese em que a tentativa tenha cessado por se tornar inconcebível o dolo, que é o que se dá quando a tentativa está fracassada, pelo menos na representação do autor (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000, p. 93).

Diante disso é que se destaca que, na lição de Zaffaroni e Pierangeli (2000, p. 93) “existe um acordo geral na doutrina no sentido de que só se pode desistir das tentativas que o autor não tenha por fracassadas”.

Aí que no crime falho, incabível o instituto da desistência. Impossível, pois, o agente já esgotou toda a sua atividade necessária ao delito. O chamado arrependimento ativo é eficaz. Isto é, levada ao fim a execução do crime, o agente atua para evitar o resultado e, se lançou ao mar uma vítima, mas, quando esta estava prestes a se afogar, ele a salva e a entrega aos cuidados de agentes de assistência (BRUNO, 1967).

No entanto, não significa que quando uma tentativa não chega à consumação não se possa desistir dela. No que tange à tentativa, até seja ela idônea ou inidônea, pode-se desistir sempre no momento em que o agente tenha reconhecido a sua

inidoneidade. Assim sendo, quando for ao contrário, não reconhecida a inidoneidade, a desistência não poderá resultar em impunidade, uma vez que a conduta levada adiante representaria uma necessidade. Ou seja, o agente que reconhecesse a inidoneidade do seu ato, tentado, seguindo em frente com o seu agir, já estaria atuando sem o seu dolo. Partindo-se desse pressuposto, não cabe a desistência, haja vista que a tentativa restará cessada por ele (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000).

Não se pode olvidar que podem ocorrer episódios mais complicados, como por exemplo, de o agente reconhecer que o resultado é bem mais difícil de ser conseguido do que propriamente supunha, mas, nesse caso, persistirá a possibilidade de haver uma desistência, uma vez que não terá propriamente reconhecido a tentativa fracassada (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000).

Ou até mesmo do agente que tenha empreendido a execução com dolo alternativo (matar ou ferir) e se convença de que o resultado morte é impossível de ser alcançado, contentando-se com o de lesar, caso em que não haverá desistência alguma, pois seguirá levando adiante a tentativa e só terá se descartado de um dos objetivos que, alternativamente, se havia proposto (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000, p. 93).

Ademais, no caso de o agente reconhecer a impossibilidade de conseguir o resultado que almeja e se propuser, nesse momento, a realizar outro, em conformidade com o pressuposto fático que então tem em vista; se assim o for, estaremos diante de uma nova tentativa que irá concorrer com a anterior, tendo em vista que será um novo início de execução, atrelado a um novo plano.

Exemplifica-se o supracitado na lição de Zaffaroni e Pierangeli (2000, p. 94):

[...] quem quer perfurar a parede e chegar a um cofre onde se guardam valores, pensando que não dispõe de meios capazes para abrir uma brecha no seu fundo, e decide, nesse momento, prosseguir golpeando a parede para atingir os preciosos canos da instalação d'água, cortá-los e levá-los, inicia a execução de um novo delito, cuja tentativa concorrerá com a anterior.

Isto é, no exemplo do crime de extorsão, no qual o agente prossegue para consumar o delito e convencido de que não conseguirá obter o dinheiro porque a vítima não o possui, leva a ação adiante porque se conforma em ameaçar, pelo que a ameaça não será punida, autonomamente, porquanto nada mais representa do que a

continuação daquele ato anterior que já abarcava esse dolo (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000).

É por isso que a tentativa fracassada ocorrerá somente quando o agente souber não só que seu comportamento é inidôneo em direção à consumação, mas também no momento em que reconhecer que o objetivo almejado tampouco é idôneo ou que poderia se tornar inidôneo no curso da tentativa (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000).

Para também exemplificar esse entendimento, salienta-se que, há existência de uma tentativa fracassada no momento em que o agente sequestra a vítima e esta vem a óbito durante a execução do delito. Naquele momento que o agente se dá conta de que a vítima está morta, não se concebe o dolo de privá-lo da liberdade, de modo que não pode haver desistência da referida conduta (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000).

A desistência caminha bifurcada, possuindo um pressuposto objetivo e um pressuposto subjetivo. Em ambos há existência de uma tentativa. Ocorre que no primeiro, impera a ideia de que, havendo consumação, não pode haver desistência, ressalvados os casos excepcionais descritos em lei, atentando, ainda, para o fato de que a consumação só com a realização objetiva do tipo se integraliza, não cabendo a desistência. Já no segundo, desaparece o dolo do delito, o que ocorre quando o agente tem conhecimento de que a sua tentativa está fracassada, mesmo que este acontecimento corresponda ou não a uma realidade objetiva. Há tentativa quando o dolo se mantém ou há vontade dirigida a realização do verbo nuclear do tipo penal (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000).

Sintetizando:

Quando alguém ignora que sua tentativa está fracassada (e objetivamente o está), pode desistir, e quando crê que sua tentativa fracassou (e objetivamente é idônea), não pode desistir. A desistência importa uma vontade contrária à realização do tipo, o que é possível no primeiro caso, e não no segundo (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000, p. 96).

De modo a conceituar a desistência voluntária e o arrependimento eficaz, a doutrina também é sintética. Quando há desistência voluntária, o crime impunível.

Essa impunidade assenta-se no interesse que o Estado tem em estimular a não consumação de crimes (BITENCOURT, 2014).

Nela:

[...] o agente mudou de propósito, já não quer o crime; na forçada, mantém o propósito, mas recua diante da dificuldade de prosseguir. É preciso o resultado impedido por atividade do próprio agente, embora tenha este de recorrer, para impedi-lo, à intervenção de terceiros (BRUNO, 1967, p. 247).

Diferencia-se, pois, da tentativa, uma vez que, conforme Bitencourt (2014, p. 539), seguindo a “fórmula de Frank”, que sintetizou: “posso mais não quero (desistência voluntária); quero, mas não posso (tentativa)”.

Salienta-se que:

Não é necessário que a desistência seja espontânea, basta que seja voluntária, sendo indiferente para o direito penal essa distinção. Espontânea ocorre quando a ideia inicial parte do agente, e voluntária é desistência sem coação moral ou física [...] (BITENCOURT, 2014, p. 540).

Frisa-se que:

A desistência voluntária só é possível, em tese, na tentativa imperfeita, porquanto na perfeita o agente já esgotou toda a atividade executória, sendo difícil, portanto, interromper o seu curso. Na tentativa perfeita poderá, em princípio, ocorrer o arrependimento eficaz (BITENCOURT, 2014, p. 540).

E é no arrependimento eficaz que, diferente da desistência voluntária, “o agente, após ter esgotado todos os meios de que dispunha – necessários e suficientes -, arrepende-se e evita que o resultado aconteça” (BITENCOURT, 2014, p. 540).

Todavia, deve-se ter em mente que a norma do art. 15 do Código Penal exige que o arrependimento do agente seja realmente eficaz, ou seja, capaz de impedir o resultado. Exemplificando, é o caso do agente dar veneno à vítima com o intuito de matá-la, contudo, antes que esta morra, ele se arrepende e resolve ministrar o antídoto. Ocorre que, se a vítima mesmo assim morrer, estaremos diante de um homicídio consumado, haja vista que o antídoto falhou ou até mesmo pelo fato de a vítima não ter o ingerido, bem como se recusado à ir a um hospital. Ou seja, precisa o agente evitar o resultado, salvando a vítima (NUCCI, 2013).

No entanto, importante salientar que o agente responderá pelo crime consumado, mas poderá, eventualmente, se beneficiar com uma atenuante genérica, pelo arrependimento (BITENCOURT, 2014).

Ademais, “tanto na desistência voluntária como no arrependimento eficaz, o agente responderá pelos atos já praticados que, de per si, constituírem crimes. Isso em doutrina chama-se tentativa qualificada [...]” (BITENCOURT, 2014, p. 540).

Esclarece muito bem Greco (2013, p. 273) quando afirma que:

Com base no próprio teor do artigo 15, do Código Penal, quando o agente se encontra, ainda, na prática dos atos executórios, fala-se em desistência se, voluntariamente, a interrompe; já no arrependimento eficaz, o agente esgota toda potencialidade lesiva, ou seja, tudo aquilo que estava a seu alcance para que chegasse ao resultado, praticando todos os atos de execução que entende serem suficientes e necessários à consumação do delito, no entanto, arrepende-se e, em tempo, impede o resultado. Em resumo, na desistência voluntária a execução delitiva ainda está em curso quando o agente desiste, já no arrependimento eficaz, a execução já foi encerrada.

De grande valia destacar o ponto de não impedimento da produção do resultado, isso porque, mesmo depois de ter esgotado a execução no arrependimento, ou até mesmo desistido no curso da execução na desistência, o agente não poderá ser beneficiado com os institutos da desistência voluntária e do arrependimento eficaz, se o resultado ocorrer (completa realização do tipo), sem tê-lo evitado (GRECO, 2013).

Exemplos clássicos e bem compreensíveis envolvendo os institutos são trazidos por Greco (2013, p. 273):

Assim, se o agente tiver iniciado a execução de um crime de homicídio, efetuando disparos contra a vítima que, voluntariamente, são por ele interrompidos, se ela não conseguir resistir aos primeiros ferimentos, vindo a falecer, o agente responderá pelo delito de homicídio consumado. Da mesma forma, se, depois de esgotados os atos de execução que entendia como suficientes a alcançar a consumação da infração penal, o agente se arrepende e tenta evitar o resultado morte, agindo de modo a socorrer a vítima que se encontrava em local ermo e abandonado, levando-a até um hospital, e, ainda assim, ocorrer sua morte, o agente, muito embora tenha se arrependido, este arrependimento não pode ser considerado eficaz, devendo, portanto, responder pela prática de um crime de homicídio consumado.

Isto é, para caracterização do arrependimento eficaz, é imprescindível que a ação do agente seja coroada com êxito; que efetivamente impeça ele a consumação.

Se o agente não impedir o resultado, ainda que tenha tentado impedi-lo, responde pelo delito consumado (MIRABETE, 2006).

Destarte, o fato é que, a desistência voluntária e o arrependimento eficaz traduzem a exclusão da tipicidade, tendo em vista que interrompida a execução “por vontade do agente” e sem a vontade do agente, não há consumação, o que resulta na falta de adequação típica pelo não preenchimento do segundo elemento da tentativa que é “a não consumação por circunstâncias alheias à vontade do agente” (MIRABETE, 2006).

No nosso Direito, o arrependimento ativo (eficaz) é causa de exclusão de pena. O agente irá responder apenas pelos atos já praticados, quando puníveis por si mesmos. Assim, no fito de distinguir as duas hipóteses estudadas; numa, o agente, voluntariamente, desiste da consumação do crime; noutra, impede que o resultado se produza (BRUNO, 1967).

3.2 O arrependimento posterior e o crime impossível ou tentativa inidônea

Não se perca de vista a existência dos institutos do arrependimento posterior e do crime impossível. O primeiro encontra-se previsto no artigo 16, do Código Penal, que apregoa: “nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços”.

Face à sua existência, “evidente o intuito do legislador em distingui-lo do artigo anterior (arrependimento eficaz), a expressão utilizada é redundante, já que arrependimento só pode ser posterior ao fato do qual ao gente se arrepende” (MIRABETE, 2006, p. 246).

Mas é válido salientar que a diferença básica entre o arrependimento posterior e o arrependimento eficaz é que, no arrependimento posterior, o resultado já foi produzido, já no arrependimento eficaz, o agente trabalha para impedir a sua produção (GRECO, 2013).

Atenta-se também ao fato de ser elitista este dispositivo, concedendo seu benefício a uma minoria. No entanto, apesar disso, trata-se de uma questão de política criminal, como forma de reparar o dano imediatamente após o crime, principalmente em benefício da vítima, que pode ter sua res restituída. Em regra não amparada devidamente pelo Código Penal (MIRABETE, 2006).

Temos como exemplos, levando em conta o disposto no artigo 16, como sendo causa obrigatória de diminuição de pena (de um a dois terços nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa), os crimes contra o patrimônio, são eles: furto, estelionato, apropriação indébita etc., delitos em que ocorra prejuízo patrimonial à vítima. É indispensável que se ocorra a reparação do dano ou a restituição da coisa. Isso também é uma forma do agente repensar sua atividade delituosa (MIRABETE, 2006).

Adiciona-se o fato de que o critério para redução de pena deve ser fundamento na presteza do ressarcimento do dano, ou seja, se ele for rápido, maior será a sua redução. Se lento o for, menor será a sua redução. Ademais, se a reparação for posterior e anteceder um julgamento, se constituirá em mera circunstância atenuante genérica, prevista no art. 65, III, b, última parte, do Código Penal (MIRABETE, 2006).

Não se pode olvidar que houve inovações trazidas pela reforma penal de 1984 (Lei nº 7.209, de 11.07.1984) insere-se o arrependimento posterior, que dá especial relevo a uma corrente de política criminal e reparação do dano *ex delicto*, que dá exata dimensão de que o arrependimento está interligado com a consumação (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000).

É nesse sentido que como circunstância atenuante, o arrependimento posterior não constitui novidade nos vários ordenamentos jurídico-penais. O Código Penal de 1940, no seu art. 48, b, incluía entre as circunstâncias atenuantes genéricas ter o agente “procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000).

Para que se tenha o reconhecimento do privilégio de atenuação da pena, a reparação deve ser completa, pessoal e voluntária. No que tange à reparação do dano e à restituição, devem ser integrais, haja vista que insuficientes se parciais. Frisa-se

que a indenização feita por terceiros não vale para o autor, que deve proceder ao ato de restituir ou reparar o de acordo com seu livre arbítrio. Ou seja, o ressarcimento e a restituição parciais, não constituirão em circunstância atenuante genérica (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000).

Greco (2013, p. 278) exemplifica em cima de que a reparação do dano ou a restituição da coisa devam ser totais, e não somente parciais:

Suponhamos que João tenha subtraído da residência de Antônio um televisor e um *blue-ray*. Logo após a prática do crime, João se desfaz do televisor, vendendo-o a um caminhoneiro. Ainda na fase policial, e logo depois de ser descoberta a autoria do furto, João resolve, voluntariamente, devolver o *blue-ray* que havia guardado para venda futura. Nessa hipótese, por não ter sido total a restituição da coisa, entendemos ser inaplicável a redução de pena prevista para o arrependimento posterior.

Outro exemplo pode ser no crime de furto, onde é perfeitamente viável a aplicação do instituto do arrependimento posterior, ainda que tenha sido qualificado pela destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa, forte no artigo 155, parágrafo 4º, inciso I, do Código Penal. Isso, pois, a violência repelida pelo artigo 16 é aquela voltada para pessoa e não contra a coisa (GRECO, 2013).

O mesmo pensamento pode ser aplicado ao crime de dano, previsto no caput do artigo 163, do Código Penal, tendo em vista que a conduta violenta é voltada contra a coisa que se quer destruir, inutilizar ou deteriorar e não contra a pessoa. Todavia, conforme já explicado através do conceito de arrependimento posterior, este será cabível somente se não houver violência ou grave ameaça à pessoa. Agora, se formos considerar o parágrafo único, inciso I, do artigo 163 (crime de dano qualificado pelo emprego de violência e grave ameaça), não há mais possibilidade da aplicação da diminuição da pena que acompanha o aludido dispositivo legal (GRECO, 2013).

Também sobre o assunto, já decidiu o nosso Superior Tribunal de Justiça (STJ) nesse sentido:

Não há falar na incidência do artigo 16 do Código Penal, que trata de redução de pena em face de arrependimento posterior, quando a restituição da res apropriada é apenas parcial. (Precedentes). (HC 18032/RO, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª T., julgado em 03/06/2002, DJ 18/08/2003, p. 230, REPDJ 20/10/2003, p. 299).

Ademais, levar-se-á em consideração dois momentos para reparação do dano ou restituição da coisa: quando a reparação do dano ou restituição da coisa é feita

ainda em sede de fase extrajudicial, isto é, enquanto as investigações estiverem em curso; ou mesmo depois de o inquérito policial ser encerrado com a sua remessa ao poder judiciário, pode o agente, ainda, gozar do benefício do arrependimento posterior, contanto que restitua a coisa ou repare o dano que causou para vítima até o recebimento da denúncia ou da queixa (GRECO, 2013).

Sobre o crime impossível ou tentativa inidônea, apenas lembrando que não se confunde com o crime putativo e o crime imaginário. Este é um fato que o agente julga ser punível, mas que, na verdade, não é definido como crime pela lei. O comportamento do agente está fora do ilícito penal, ou seja, não é considerado crime (BRUNO, 1967).

Com efeito, ao separar a tentativa idônea da tentativa inidônea, “[...] em qualquer uma delas o meio resulta inidôneo no caso concreto, desde que não se logre consumir o fato” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000, p. 80).

Pode-se dizer que na tentativa inidônea ocorre um erro do agente acerca da idoneidade do meio, mas tampouco isto basta para a demarcação do campo próprio da questão, posto que também na tentativa idônea, o sujeito erra acerca da idoneidade do meio, isto é, o erro acerca da causalidade é o que faz com que em toda tentativa haja dolo, ou seja, o querer o resultado típico, posto que, se o agente efetivamente conhecesse que, no caso, o meio não causaria o resultado desejado, não atuaria para o fim determinado ou com o fim de causa-lo (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000, p. 80).

A diferença que permeia é que, no que tange ao erro relevante de tipo que recai sobre a causalidade, neste o dolo é eliminado. No que toca ao erro que é próprio da tentativa, neste o dolo existe. Ou seja, no primeiro há determinação de que o agente não preveja o resultado que vai causar, tampouco o seu modo, isto é, não prevê o resultado produzido. Já no segundo, prevê um resultado não produzido. “Do primeiro erro resulta que não tenha querido o que se passou, enquanto, no segundo erro, que tenha querido o que não se passou” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000, p. 81).

Salienta-se que “meio” não se confunde com “instrumento”, isso porque importa a conduta, em si, que o agente realiza enquanto marcha no seu comportamento, o que determina que enquanto realiza a conduta, nem sempre atua racionalmente e elege seus meios, levando a erros e descaminhos incompreensíveis. Cabe questionar

a adequação da conduta ao fim visado pelo autor, valorando-se o plano concreto do fato (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000).

Exemplificando as diferenças entre ato idôneo e inidôneo, bem como delineando a concretude ou não do caminho escolhido pelo agente para obter o fim que tem em mira:

[...] Assim, o açúcar é inidôneo para matar no plano do autor que se propunha a envenenar, mas é idôneo para matar ou lesionar se o agente se propunha a agredir, através desse meio, um diabético. A insulina é um produto orgânico normal, mas é meio idôneo para matar através de choque hiperglicêmico. Um copo d'água é idôneo para matar um homem logo após uma intervenção cirúrgica [...] (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000, p. 83).

Desse modo, a redação do artigo 17 do Código Penal, dispõe que “não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime”. O termo “absoluta” deve ser interpretado como integral ou total para o caso concreto, mas não em geral, pois a idoneidade depende de circunstâncias particulares filiadas ao agente ou no caso de o objeto não estar no lugar a que a conduta é dirigida (ineficácia do meio ou impropriedade do objeto). Cenários e condições que permitem vislumbrar para onde a conduta é dirigida, desde que o objeto exista. Vale dizer, o erro do autor deve ser analisado para cada caso em particular (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000).

A exemplo de analisar cada caso em particular. Inidôneo, portanto, o fato de o autor querer envenenar uma pessoa colocando água no seu copo. Não obstante, se considerarmos que o plano consiste em dar água a uma pessoa que, ingerindo-a, irá sofrer uma peritonite, esta afirmação parece estar equivocada, podendo ser considerada o começo de execução de um “envenenamento” com água, isto é, ato idôneo (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000).

Sendo assim, de qualquer maneira, deve ser observado se há ameaça real ao bem jurídico, quando existe um começo de execução, se é adequado para tal fim. Coerentemente o perigo sempre será valorado, não podendo se negar a ameaça e a situação que é temível (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000).

3.3 Desistência e arrependimento *versus* tentativa

No que tange à diferença entre desistência ou arrependimento e tentativa, é que, nas duas primeiras hipóteses, o agente, voluntariamente, não deseja mais chegar ao resultado, cessando, assim, sua atividade executória (desistência voluntária) ou agindo para impedir a consumação (arrependimento eficaz), enquanto na terceira hipótese o agente que atingir o resultado, mas é impedido por fatores ou circunstâncias estranhas à sua vontade (NUCCI, 2013).

Nesse sentido, também há se de se analisar o caráter “voluntário” da desistência, haja vista que a consequência mais importante que dela se retira, é que contribui de maneira imediata para delimitar o alcance ou não da impunidade da tentativa, cujos limites com ela ficam totalmente dilatados (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000).

É de se constatar que, portanto, para desistência, o agente livremente desiste, ou seja, ele tem que ter atuado com um âmbito de autodeterminação considerável. Contudo, “a medula do problema é a respeito de que e de quem deve ter sido autônoma ou livre essa vontade. Essa é a pedra angular do problema” (ZAFFARONI, PIERANGELI, 2000, p. 97).

Analisando profundamente a “fórmula de Frank”, parece ser a mais adequada para o entendimento da diferença entre os institutos da desistência e da tentativa. Isso porque “há desistência voluntária quando o autor diz para si ‘não quero, ainda que possa’, e não existe quando diz, também para si, ‘não posso, ainda que queira’” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000, p. 97).

Todavia, apesar de “não posso, ainda que queira” caracterizar a tentativa, pois o agente é impedido de consumir o delito por circunstâncias alheias à sua vontade, essa fórmula não apresenta um critério claro, tendo em vista que o “não posso” pode ter um fundamento diferente, isto é, não pode ser qualquer “não posso”, uma vez que este pode até excluir a voluntariedade se considerarmos o desvalor do agente, que também é um “não posso”, não podendo se afirmar que, nesse caso, a desistência seja voluntária (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000).

Seguindo esta linha, em conformidade com os critérios de diferenciação apresentados, tem-se que não desiste “voluntariamente” o agente que, ante a presença de um policial ou ante um alarme que lhe causa temor, é interrompido quando o faz. Este tipo de ocasião é conhecido por “sistema penal”, o qual pode ser entendido como um complexo formado por autoridades, órgãos de defesa, aparelhos defensivos, agentes de segurança. Todos estes auxiliam para delatar a execução e reprimi-la. Dessa forma, o “sistema penal” é contemplado por alarmes, assim como autoridade policial, agentes de segurança, que podem apreender o fato e denunciar o autor que, marchando para a consumação do fato, é interrompido por estas circunstâncias alheias à sua vontade, daí a tentativa (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000).

Com efeito, Zaffaroni e Pierangeli (2000, p. 98) acreditam que “a desistência que deixa impune a tentativa, isto é, a voluntária, na terminologia legal, é a que não está fundada na representação de uma ação especial do sistema penal e não está coagida por um terceiro”.

Seguindo essa linha:

Por ‘ação especial’ entende-se que há uma vinculação especial do acionar do sistema com a conduta de tentativa, no sentido de que não basta para eliminar a voluntariedade da desistência a simples representação da ameaça de pena ou o temor genérico de ser descoberto (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000, p. 98).

Desse modo, não importará se o policial não considerar a execução ou a própria desistência, visto que basta sua presença para constituir uma ação especial do sistema penal. Diferente é o caso deste passar pelo local e nada notar, causando no agente a sensação de não ser descoberto, o que se por um acidente, tocar o alarme (mecanismo desconhecido pelo agente até aquele momento), pode o agente desistir por temor, não o fazendo em razão direta com fato da presença da ação especial do sistema penal, mas pelo temor genérico de ser descoberto, que a ação proporcionada pelo sistema nada mais fez do que tornar atual e consciente (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000).

Outra ocasião poderia se dar quando o agente logra em desligar voluntariamente um alarme, mas, em seguida, descobre que este estava ligado a um explosivo, e que não funcionou por mera casualidade, considerando que o agente

desconhecia algum mecanismo ali inserido. Isto é, o agente desconhecia o explosivo, mesmo assim o fez desligar o alarme (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000).

De forma a fechar com um conceito de desistência voluntária, para que assim, seja melhor o distinguir da tentativa:

É suficiente que a ação especial do sistema atinja a representação do agente, sem que seja necessário que corresponda à realidade. Ainda que a ação especial do sistema seja só imaginada pelo autor, a desistência não será voluntária, como no caso de quem crê que em sua direção caminha um policial, quando, em realidade, se trata de um assaltante disfarçado, ou de quem confunde um simples relógio com um alarme (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000, p. 99).

Pela mesma razão, sequer será voluntária a desistência de quem sente-se obrigado através de uma ação de um particular, ainda que tenha certeza de que este não o deletará. Salienta-se o caso da existência de um coautor que se arrepende e ameaça o outro para que desista, mesmo assim o ameaçado prossegue. Ou seja, não há se falar em exigência de que a desistência deva corresponder somente à própria iniciativa do agente, porquanto pode ser sugerida ou aconselhada por um terceiro (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000).

Ante o descrito:

Desistência deve ser considerada voluntária unicamente quando não se funda não representação de uma ação especial do sistema penal, que pode conduzir à punição, ou quando o autor não atua coagido por outro, sem que seja mister, de maneira alguma, que o autor se funda em normas éticas ou morais (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000, p. 99).

A desistência voluntária pode estar fundada no próprio temor da pena ou no conhecer do agente sobre os benefícios que obteria ao abster-se de determinada conduta voltada à realização do tipo penal, os quais são maiores perto do que a consumação do delito o proporcionaria (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000).

Na versão original do Código Penal (1940), houve a procura por resolver uma problemática no que diz respeito ao concurso de pessoas através da adoção da simplista fórmula autoritária do Código Rocco. Considerando a adoção da teoria unitária, tanto aqui no Brasil quanto na Itália, a diferença entre os agentes continua a ser feita pela doutrina, como resultado da natureza das coisas, isso porque não constituem invenções da norma penal, mas sim das realidades que ela proporciona e que não se pode desconhecer ou desconsiderar (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000).

Nesse sentido, ainda na vigência da lei anterior, a desistência do partícipe já apresentava características especiais. Com o advento da reforma ocorrida (Lei nº 7.209, de 11.07.1984), atribuiu outra dimensão ao concurso de agentes ou pessoas (conforme o Código), onde aparece nitidamente a teoria do domínio do fato, ainda que de forma subsidiária (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000).

Em nosso Código, a tentativa de participação é atípica, isso porque, para que a participação exista, esta deve ser efetiva, ou seja, o crime há de ter sido consumado. De outro modo, da participação se pode desistir desde que a contribuição do partícipe seja por ele esgotada antes da consumação. O instigador aparece como elemento que poderá desistir até que o autor integralize a ação nuclear verbo do tipo, isto é, uma intervenção ativa para que o resultado seja impedido (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000).

Diverge da cumplicidade, em que a contribuição ao autor pode se constituir de uma intervenção ativa até o momento da consumação e após ter o crime se consumado. Dessa forma, ao cúmplice cabe a possibilidade de desistir da ação qualquer momento antes da consumação ou, se posterior à consumação, antes que o autor tenha se aproveitado dela. Todavia, o autor poderá no seu intento, praticar o plano, sem que isso prejudique a desistência voluntária do cúmplice. Excepcionalmente, em casos que o cúmplice possui o domínio do fato, mesmo assim, ainda não pode ser considerado autor, isso porque o princípio do domínio do fato é tido como critério para delimitação da autoria, ou no caso em que ocorra delitos de mão própria, onde só o autor pode praticar a ação típica. Salienta-se que a desistência do partícipe também pode interferir na continuação do plano do autor, tendo em vista que o partícipe é agente que possui natureza de cumplicidade; primária ou necessária (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000).

Como visto, há hipótese do partícipe contribuir negativamente para com o plano do autor, evitando a consumação:

Nos casos em que o cúmplice já efetuou a sua contribuição ao fato do autor, só poderá desistir impedindo a produção do resultado. Logicamente, isso só é possível antes que o autor consuma o delito. Nesta hipótese, se o autor consumir o crime seguindo um plano diverso daquele em que aquele tivesse tomado parte, deve-se considerar que o partícipe que desiste, tenha evitado

a consumação, porque esta não se terá produzido conforme o plano concreto, que é o determinante. O partícipe tem de evitar a consumação do empreendimento do qual participou, mas não se pode dele exigir que evite o cometimento do delito através de outro plano, nem em outras circunstâncias (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000, p. 111).

Quando acontece uma contribuição psíquica ao fato, a situação não costuma mudar. No entanto, em tratando-se de auxílio posterior à realização do fato, o cúmplice poderá desistir sem a obrigação de impedir o resultado, só que comunicando a sua resolução para o autor ou autor e coautor, antes da consumação (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000).

Autor e “coautor”, porque a regra serve também para o “coautor”, tendo de ser esclarecida a necessidade de evitar o resultado. Se o delito ocorrer de maneira diversa da planejada, a desistência aparece como relevante, haja vista que por sua causa houve o fracasso da empreitada criminosa conforme o era o plano concreto no qual ela tinha o domínio do fato (ZAFFARONI; PIERANGELI; 2000).

Assim sendo, entendem Zaffaroni e Pierangeli (2000, p. 111) que a “desistência atua como uma causa pessoal, de maneira que a desistência do autor não beneficia o partícipe, nem a do coautor os seus coautores, nem a do partícipe os autores nem seus coparticipes” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000).

Acrescenta-se o fato de que todos os agentes podem desistir de modo simultâneo, caso em que serão todos beneficiados. Outrossim, pode um só deles desistir, oportunidade em que se vislumbra a possibilidade de uma “desistência por adesão”:

Igualmente, entendemos que, quando um dos concorrentes ao delito desiste, ignorando que o mesmo não pode se consumir, porque outro ou outros desistiram, deve-se considerar como relevante a desistência, posto que não se exige, exatamente, um acordo para desistir. Mas ainda, acreditamos ser bem possível uma desistência por adesão, que pode ocorrer por via de uma contribuição psíquica que reforce a conduta daquele que desiste e que deve ser revelada pelo Direito (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000, p. 111).

Em suma:

Os códigos podem fugir a uma classificação de figuras de codelinquência, evitando a rigidez de esquemas pré-estabelecidos e preferindo deixar ao juiz, na apreciação dos casos concretos, a consideração da parte que realmente teve na realização do crime cada um dos agentes (BRUNO, 1967, p. 263).

Todavia, considerando a realidade, é útil prevê-las e defini-las precisamente, de modo a ficarem inconfundíveis entre si, cuja compreensão não fique comprometida à ciência penal e nem à própria Justiça penal. Também de modo que as situações resultam e tem reflexo na responsabilidade daquele que, considerando o grau de participação, será possível saber se contribuiu no atuar típico e qual a intensidade para tanto e, a partir disso, colocando ou recolocando o agente na categoria a que pertence (BRUNO, 1967).

3.4 A desistência voluntária e tentativa inidônea

Em que pese a possibilidade da desistência tanto na tentativa acabada como na inacabada, a diferenciação consiste em observar a conduta do agente que tende a evitar o resultado, isto é, a desistência que opera na tentativa como parte interna de uma estrutura típica omissiva que equivale à tentativa acabada na estrutura ativa (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000).

Não se perca de vista que parte da doutrina considere que a tentativa inidônea pode ocorrer na omissão, Zaffaroni e Pierangeli (2000, p. 123) acreditam que isto é inadmissível:

Em geral, a fundamental diferença existente entre a tentativa na estrutura típica ativa ou na omissiva consiste em que a primeira não reclama que o bem esteja em perigo para configurar-se, pois se configura com a simples ameaça. Isto é inconcebível na estrutura típica omissiva, posto que se trata de uma tipicidade que não surge antes do perigo.

Este perigo que vem a se tratar, está ligado também a uma situação em que surge no agente o dever de atuar, sendo que a sua exclusiva imaginação do perigo permanece na mente do agente e o seu “não cometer” remeterá em algo distinto e inofensivo, só que acompanhado de uma disposição interna que possui um dolo interior, pelo que a caracterização de tipificação da tentativa inidônea na estrutura típica omissiva não poderia ser diferente se não significar a proibição da conduta,

qualquer que seja, de vir acompanhada de um ânimo responsável por produzir um típico resultado (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000).

Dessa forma, o que se pensa é que, exemplificando, a mãe que não mata o filho com fome e desiste da tentativa de matá-lo, não poderá evitar o resultado realizando uma conduta de alimentar a criança, como também terá que achar uma forma extraordinária de tirar a criança de um estado de perigo de vida já existente. Este meio extraordinário, em verdade, não importa, pois, dadas as circunstâncias, é a atividade dentro da estrutura típica omissiva atrelada à desistência da tentativa que impedirá o resultado (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000).

Diante disso, segundo Zaffaroni e Pierangeli (2000, p. 122), não compartilham do critério de Otto, “segundo o qual a tentativa seria inacabada sempre que, realizando o sujeito a conduta que lhe impõe o dever de garantidor, se opere a desistência”.

Ou seja, “como se, no exemplo citado, a mãe retornasse à casa depois de poucas horas e alimentasse a criança – enquanto haveria uma tentativa acabada quando a desistência exigisse conduta diversa (se a mãe retornasse depois de dois dias)” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000, p. 123).

Nesse sentido, acredita-se que no exemplo da ‘mãe e filho’ supracitado, “não se poderia falar de uma tentativa de homicídio, porque ainda não existe perigo para a vida da criança” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000, p. 123).

Por derradeiro, algo semelhante ocorre quando o agente imagina a existência de uma possibilidade de salvação que não existe, dado um erro grosseiro *ex ante* de apreciação. É o caso de dois médicos de plantão que chegam ao local do fato, socorrem e examinam o acidentado, o levando para ambulância e o deixando estendido na maca. Um dos médicos aponta lesões irreversíveis e pouco tempo de vida, que se coadunam com qualquer intento de movimentar o corpo do ferido. O outro médico reconheceu nele o seu inimigo e acredita que seu colega, também médico, atua em cumplicidade com ele ao deixá-lo morrer por hemorragia.

Diante deste panorama, “ambos, no fato objetivamente considerado, não realizam outra coisa que não a conduta devida. Qualquer pretensão de apenar o

segundo não pode ser nada mais que um Direito Penal de ânimo” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000, p. 124).

Acrescenta-se que “a tentativa na omissão própria possui menos relevância prática do que na omissão imprópria. Não obstante, também só é concebível na forma de uma tentativa idônea” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000, p. 124).

Nesse sentido, pegando como exemplo a omissão de socorro e considerando que a tentativa também é uma questão de tipicidade, ocorre em alguns casos, senão vejamos:

[...] pode ocorrer no caso de alguém que se encontre diante de uma pessoa em perigo e decida não lhe prestar o auxílio que o caso reclama, mas que este não tenha de ser prestado num determinado momento, porque a postergação não aumenta o perigo. Assim, se se encontra alguém que se acha dentro de um poço e não se lhe presta auxílio quando já se passara meia hora, estando o acidentado ileso e sendo o único perigo que possa morrer de sede se no poço ficar vários dias (o que pode suceder se é um lugar isolado), veremos que não se consuma, ainda, a omissão de socorro. O ato é de tentativa, pois já estarão presentes todos os requisitos típicos e o perigo para o bem jurídico (se o agente segue em frente, talvez outro não o veja senão depois de muitos dias). Acreditamos que o caso constitui uma tentativa inacabada de omissão de socorro (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000, p. 125).

É nesse sentido que concluem os autores que “os atos de tentativa existem desde que o agente, com o dolo de omitir o auxílio, realiza uma ação diferente, enquanto o delito está consumado quando o transcurso do tempo aumenta o perigo e diminui as possibilidades de se auxiliar” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2000, p. 125).

4 O INSTITUTO DA DESISTÊNCIA COM ÊNFASE EM CASOS CONCRETOS DO TJRS E STJ

A desistência voluntária, ao transmitir o interesse que o Direito Penal tem de estimular a não consumação de crimes, oferecendo oportunidade ao agente de sair daquela situação criada, sem ser punido pela tentativa, ou, punido somente pelos atos anteriormente praticados que não dolosos contra a vida, os quais estão assegurados em nossa Constituição Federal/88, fulcro no artigo 5º, inciso XXXVIII. Assim, no presente capítulo, além de descrever casos em que os atos preparatórios são impuníveis, de acordo com a jurisprudência do nosso TJRS, serão tecidas e articuladas considerações acerca da manifestação do instituto da desistência em precedentes judiciais, que sobrevieram de casos já examinados pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e Superior Tribunal de Justiça, que se posicionaram acerca da matéria levando em consideração o caso concreto, tanto para casos de crimes patrimoniais, como o furto e o roubo (com fulcro nos artigos 155 e 157 do Código Penal), assim como nos crimes contra a vida, onde ganha especial relevo o delito da tentativa de homicídio (artigo 121, na forma do artigo 14, II), que pode ser desclassificado diante da caracterização do instituto da desistência, analisado sob o crivo dos eminentes julgadores.

4.1 Atos meramente preparatórios

A interpretação jurisprudencial é uníssona quando se trata de atos meramente preparatórios, os quais não são suficientes para dar início ao *iter criminis*. Nesse sentido:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO TENTADO. PLEITO CONDENATÓRIO. REJEIÇÃO. ATOS MERAMENTE PREPARATÓRIOS. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. HIPÓTESE DOS AUTOS EM QUE O CONJUNTO PROBATÓRIO DEMONSTROU QUE OS ATOS PRATICADOS PELO ACUSADO NÃO DERAM INÍCIO AO *ITER CRIMINIS* DO DELITO DE FURTO, E NÃO CAUSARAM EFETIVO PERIGO AO BEM JURÍDICO PROTEGIDO PELO TIPO PENAL, RAZÃO PELA QUAL É MANTIDA A ABSOLVIÇÃO OPERADA, EM RAZÃO DA ATIPICIDADE DA CONDUTA DO RÉU. APELAÇÃO DESPROVIDA. (APELAÇÃO CRIME Nº 70066764804, SÉTIMA CÂMARA CRIMINAL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: JOSÉ ANTÔNIO DALTOE CEZAR, JULGADO EM 12/11/2015).

Ou seja, conforme se vislumbra no caso em tela, pelo Relator José Antônio Daltoe Cezar (TJRS, 2015, texto digital), julgado em 12 de novembro de 2015, o agente sequer deu início ao ato de subtrair, portanto, é atípica a sua conduta. Nesse sentido, denota-se que não houve efetividade no rompimento de obstáculo operado pelo agente, não praticando qualquer ato de execução do delito.

Diante deste panorama, não há possibilidade de se imputar a prática do delito ao agente que se limita unicamente a atos meramente preparatórios. Dessa forma, não houve delito sequer na forma tentada, levando-se em consideração que o agente não iniciou os atos executórios, não ingressando no verbo núcleo do tipo penal, isto é, subtrair, ou ao menos dar início ao ato de realização da subtração, como se observa no presente caso (TJRS, 2015, texto digital).

O agente não deu início à subtração da *res furtivae*, através disso (TJRS, 2015, texto digital) conclui-se que o agente interrompeu o *iter criminis* em seus atos preparatórios, mesmo tendo ele a intenção de efetivamente subtrair a res.

A respeito de tal questão, Capez (2012, p. 264), infere:

Preparação: prática dos atos imprescindíveis à execução do crime. Nessa fase ainda não se iniciou a agressão ao bem jurídico. O agente não começou a realizar o verbo constante na definição legal (o núcleo do tipo), logo, o crime ainda não pode ser punido.

São casos como este que acabam sendo arquivados pelo ente Ministerial e, verificada a atipicidade da conduta do agente, bem como não havendo lesão efetiva ao bem juridicamente tutelado, a absolvição é a medida que se impõe (TJRS, 2015, texto digital).

De outra banda, para configuração de crime tentado, faz-se necessário esclarecer que é preciso a constatação de ato idôneo inequívoco à consumação do crime praticado pelo agente. Nesse sentido, há casos de interpretação jurisprudencial, *in verbis*:

FURTO. TENTATIVA. *ITER CRIMINIS*. DÚVIDA. ATOS PREPARATÓRIOS. POSSIBILIDADE. ABSOLVIÇÃO A interrupção oportuna da atividade da acusada tornou impossível identificar a verdadeira intenção criminosa, podendo a ação ter sido interrompida enquanto praticados atos meramente preparatórios e, assim, impuníveis. *In dubio pro reo*. Recurso provido. (Apelação Crime Nº 70021380936, Quinta Câmara Criminal, TJRS, Relator: Aramis Nassif, julgado em 09/01/2008).

[...]

FURTO. ATOS PREPARATÓRIOS. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. 2. FURTO TENTADO. PRESCRIÇÃO RECONHECIDA. 1. Do cotejo das provas colhidas, percebe-se que o suposto furto dos objetos não passou mera preparação. Não se exclui a intenção de cometer o delito por parte do acusado, tanto que indícios assim afirmam. Contudo, não executou nenhum ato que pudesse desenhar o modelo típico punível. Se a *iter criminis* não chegou a ter início executivo, não há falar nem em crime tentado. 2. Prescrição reconhecida no que tange a condenação promovida pelo magistrado de primeiro grau. Direito subjetivo do agente, podendo ser promulgada em qualquer grau processual. Recurso improvido. Prescrição reconhecida. (Apelação Crime Nº 70015429772, Quinta Câmara Criminal, TJRS, Relator: Aramis Nassif, julgado em 21/03/2007).

Assim, não há se falar em tentativa de furto, porquanto o agente não chegou a praticar nenhum ato de execução do delito, ou seja, a esfera do atos preparatórios não foi ultrapassada, tampouco penetrou-se no verbo núcleo do tipo penal. O que se vislumbra é que, analisado o *iter criminis*, as fases anteriores à realização completa do delito são impassíveis de punição e constituem atipicidade da conduta.

Deve-se lembrar, portanto, que além da intenção do agente, é preciso que o bem juridicamente tutelado esteja correndo algum risco, o que não se verificou nos presentes casos.

4.2 Desistência em crimes patrimoniais

Em tais circunstâncias também não há se falar em tentativa de furto, porquanto o agente, deixando voluntariamente de perpetrar o delito, torna-se motivo pelo qual deve ser reconhecido o instituto da desistência voluntária, tipificada no artigo 15 do nosso Código Penal.

Em casos concretos (TJRS, 2007, texto digital), a tentativa não resta caracterizada diante da inexistência de circunstância alheia a impedir que o autor do fato consuma o delito, configurando-se, isto sim, a desistência voluntária, haja vista que o intento criminoso não se realiza por circunstâncias estranhas à consumação do delito, mas sim pelo arbítrio pessoal do autor.

Nesse sentido anda o entendimento da jurisprudência do TJRS:

FURTO. DIFICULDADE PARA CONSUMAÇÃO. DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA. POSSIBILIDADE. Quando a operação torna-se mais difícil que o previsto pelos agentes, interrompendo-a, ainda que possível a consumação com maior esforço, trata-se de desistência voluntária e não de tentativa delituosa, vez que esta não depende do arbítrio pessoal, como aquela, mas de circunstâncias alheia à sua vontade que impedem a consumação. Recurso improvido. (Apelação Crime Nº 70017624891, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aramis Nassif, Julgado em 25/07/2007).

Conforme julgado de 25 de julho de 2007, pelo Relator Aramis Nassif (TJRS, 2007, texto digital), tem-se que os atos praticados pelo agente representam a interrupção do *iter criminis*, tendo em vista que a operação criminosa apresentou dificuldades, pelo que cabia somente ao agente decidir pela realização ou não do verbo nuclear do tipo penal, interrompendo-a, ainda que fosse possível, o que dependeu exclusivamente de sua manifestação pessoal.

De bom alvitre rememorar a fórmula de Frank que estabelece que, enquanto na tentativa o agente quer prosseguir, mas não pode, na desistência voluntária o agente pode prosseguir, mas não quer. Nesse sentido, sobre o tema, a lição de Rogério Sanches Cunha, *in verbis*:

Na desistência voluntária, o agente, por manifestação exclusiva do seu querer, desiste de prosseguir na execução da conduta criminosa. Trata-se da situação em que os atos executórios ainda não se esgotaram, entretanto, o agente, voluntariamente, abandona o seu dolo inicial. Lembrando a fórmula de Frank, enquanto na tentativa o agente quer prosseguir, mas não pode, na

desistência voluntária o agente pode prosseguir, mas não quer [...] são elementos da desistência voluntária (A) o início da execução e (B) a não consumação por circunstâncias inerentes a vontade do agente (abandono do dolo de consumação de maneira voluntária) (CUNHA, 2016, p. 357 e 358).

Em tais condições, de dificuldade de consumação do delito pelo agente, no caso de delitos patrimoniais, não se vislumbra a tentativa de furto, porquanto o agente, impelido a não consumir o crime, estimula a existência e aplicação do instituto da desistência voluntária (CUNHA, 2016).

Ou seja, o agente não leva adiante a sua intenção, desistindo voluntariamente da consumação, circunstância que Mirabete e Fabbrini (2004, p. 169) também atribuem a motivos de política criminal:

Por motivos de política criminal, estimulando-se o agente a não consumir o crime, prevê a lei, no art. 15 do CP, duas hipóteses de tentativa abandonada: a desistência voluntária e o arrependimento eficaz. Não se trata de caso de isenção de pena ou de extinção da punibilidade, pois a desistência voluntária exclui a própria tipicidade da tentativa, uma vez que o crime não se consuma por vontade do próprio agente, eliminando-se, portanto, o segundo elemento da tentativa. Na desistência voluntária, o agente, embora tenha iniciado a execução, não a leva adiante, desistindo da consumação. (...) A lei exige, porém, que a desistência seja voluntária, pouco importando se espontânea ou não. No dizer de Frank, na desistência voluntária, o agente pode prosseguir, mas não quer (MIRABETE; FABBRINI, 2014, p. 169).

Diante deste panorama, torna-se imprescindível a abordagem da matéria referente à desistência voluntária, haja vista que, para os delitos patrimoniais, o *animus furandi* é essencial à configuração do tipo penal do furto, o qual não resta bem caracterizado no caso de desistência do delito (MIRABETE; FABBRINI, 2004).

É a interferência do próprio agente que ocorre nesses casos trazidos em liça, pois, mesmo que tenha o agente dado início ao ato executório do furto, não o consumou, cessando, assim, sua própria vontade para com o ato delitivo (MIRABETE; FABBRINI, 2004).

Façamos referência a mais algumas jurisprudências acerca do tema. Vejamos as ementas do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

Furto tentado. Parecer ministerial pelo reconhecimento da desistência voluntária: acolhido. Ausência de lesão patrimonial. Atipicidade da conduta. Deram provimento ao apelo defensivo (unânime). (Apelação Crime Nº 70048054191, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 25/04/2012).
[...]

FURTO. DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA. ABSOLVIÇÃO *EMENDATIO LIBELLI*. Configura desistência voluntária, e, não tentativa, a hipótese de o agente, após ter removido algumas telhas, ter se deparado com o forro de madeira, e, por essa razão, desistir de prosseguir nos atos necessários à realização do furto, pois não tivesse havido a vontade de desistir não seria um forro que o impediria de prosseguir na conduta delituosa. Também não é caso de *emendatio libelli*, uma vez que a própria vítima afirmou que só percebeu a remoção de algumas telhas após ter chovido. Sentença de absolvição que se mantém. APELO MINISTERIAL IMPROVIDO. (Apelação Crime Nº 70011494713, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Genacéia da Silva Alberton, Julgado em 08/03/2006).

Da análise dos casos concretos acima discutidos, constata-se o forte entendimento acerca da existência e da aplicação da figura da desistência voluntária. Casos em que o agente, de modo voluntário, abdica de prosseguir no seu intento de consumir o crime.

Não se perca de vista que, no que diz respeito a crimes contra o patrimônio, o STJ também já decidiu quanto ao reconhecimento da figura descrita no artigo 15 do Código Penal:

PENAL. ROUBO MAJORADO (ART. 157, § 2º, II e V, DO CP). CONTINUIDADE DELITIVA. PLEITO DE APLICAÇÃO DA DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA COM RELAÇÃO AO SEGUNDO FATO. NÃO RECONHECIMENTO PELAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM POR AUSÊNCIA DE VOLUNTARIEDADE E INTENÇÃO DE PRATICAR O ILÍCITO COM RELAÇÃO A COISA DIVERSA. DESISTÊNCIA DELIBERADA PELO COMPARSA (MANDANTE). POSSIBILIDADE DE O EXECUTOR (RECORRENTE) PROSSEGUIR NA EMPREITADA CRIMINOSA. DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA CONFIGURADA. APLICAÇÃO DO ART. 15 DO CP DEVIDA. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA. MODO MAIS SEVERO DEVIDAMENTE JUSTIFICADO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O art. 15 do Código Penal determina que nos casos em que o agente, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução só responde pelos atos já praticados. Assim, nota-se que, para a caracterização da desistência voluntária, o agente deve, livre de coação física ou moral, deixar de praticar os atos, ainda que estejam a sua disposição.
2. É devido o reconhecimento da figura descrita no art. 15 do CP, mesmo que a ordem de cessar a realização dos atos executórios tenha partido do comparsa (mandante), inclusive porque a finalização da empreitada criminosa ainda estaria disponível ao recorrente (executor).
3. Com relação ao regime inicial, tem-se que esta Corte superior entende que, ainda que as circunstâncias pessoais do acusado sejam todas favoráveis e o quantum de pena indique a possibilidade de modo prisional mais brando, é possível o seu recrudescimento quando baseado em fundamento concreto.
4. Hipótese em que as características do roubo ultrapassaram o comum à espécie, notadamente pelo fato de a arma ter sido apontada para a cabeça da vítima, afigurando-se correta a fixação de regime inicial fechado.
5. Recurso especial parcialmente provido para reconhecer a desistência voluntária com relação ao 2º fato, redimensionando-se a reprimenda nos termos do voto.

Neste caso, trata-se de decisão de REsp nº 1.500.416–SP, julgado em 03 de agosto de 2017 (DJe: 14 de agosto de 2017), interposto em face de Acórdão do TJSP, que negou provimento à apelação defensiva. O recorrente foi condenado pela prática do delito previsto no artigo 157, §2º, II e V, por duas vezes, na forma do artigo 71, ambos do Código Penal. Ocorre que, no concernente ao artigo 15 do Código Penal, para um dos fatos narrados na exordial acusatória foi reconhecido o instituto da desistência voluntária, isso porque, conforme argumentado pelo Senhor Ministro Relator Nefi Cordeiro (STJ, 2017, texto digital), a desistência foi deliberada pelo comparsa (mandante), sendo, inclusive, possível ao réu (executor da ordem) a continuidade do intento criminoso, roubando a carga diversa, que estava a sua disposição.

Nesse mesmo sentido, julgamento de HC 189.134/RJ:

CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. ROUBO MAJORADO TENTADO E LATROCÍNIO TENTADO. DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA. NECESSIDADE DE INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DO ITER CRIMINIS. INOCORRÊNCIA. QUANTUM DE DIMINUIÇÃO DA TENTATIVA DO ROUBO. ITER CRIMINIS. INVERSAMENTE PROPORCIONAL. CONSUMAÇÃO DO ROUBO. TEORIA DA AMOTIO. MERA INVERSÃO DA POSSE. DESPICIENDA SER MANSA, PACÍFICA OU DESVIGIADA. DOSIMETRIA DAS INSTÂNCIAS INFERIORES BENEVOLENTE. MANUTENÇÃO. REGRA DA NON REFORMATIO IN PEJUS. PLURALIDADE DE HIPÓTESES MAJORANTES DO ROUBO. CRITÉRIO MERAMENTE MATEMÁTICO. ILEGALIDADE. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA DO QUANTUM DE AUMENTO DOSADO. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÍNIMA. CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE ROUBO E LATROCÍNIO. IMPOSSIBILIDADE CRIMES DE ESPÉCIES DIFERENTES. TUTELA DE BENS JURÍDICOS DIVERSOS. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCECEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. Malgrado semelhança com a tentativa imperfeita ou inacabada (CP, art. 14, II), compreendida como aquela em que o agente, por fatores alheios a sua vontade, não esgota os meios de execução ao seu alcance, dentro daquilo que considera suficiente, em seu projeto criminoso, para alcançar o resultado; **a desistência voluntária (CP, art. 15), também denominada “ponte de ouro”, caracteriza-se pela interrupção voluntária do iter criminis pelo agente, que, livre de coação física ou moral, deixa de praticar os demais atos necessários à consumação, conquanto estivessem à sua disposição, de**

modo que essa interrupção seja capaz de evitar a consumação.

[...]

10. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para redimensionar a pena privativa de liberdade do crime de roubo para 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, mantendo-se, no mais, o teor do decreto condenatório.

(HC 189.134/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2016, DJe 12/08/2016) (grifo original).

Ademais, aduziu o Relator que, no que diz respeito ao fundamento de que os agentes envolvidos não renunciaram integral e definitivamente a prática do delito, objetivando outra carga, tem-se que o recorrente não pode ser condenado por mera cogitação de roubar carga diversa. Com efeito, reconhecida a desistência voluntária com relação ao 2º fato e a Sexta Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator. Os Senhores Ministros Antônio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogério Schietti Cruz votaram com o Senhor Ministro Relator Nefi Cordeiro (STJ, 2017, texto digital).

4.3 Desistência em crimes contra a vida

A desistência nos crimes contra a vida, ganha especial relevo quando sob o enfoque do delito de tentativa de homicídio, uma vez que, provada a desistência voluntária, nos termos do artigo 15 do Código Penal, pode ocorrer a desclassificação da imputação penal para outra que não dolosa contra a vida.

Para análise do instituto em questão, faz-se necessária a discussão acerca de um caso concreto envolvendo a caracterização da desistência voluntária, sendo, portanto, incabível a submissão ao julgamento pelo tribunal do júri, respondendo o réu por atos que não se enquadram na modalidade dolosa contra a vida.

Trata-se de Acórdão (TJRS, 2013, texto digital) com jurisprudência oriunda de RSE 70033926031 TJRS (data de julgamento: 29/01/2013 e publicação no Diário da Justiça do dia: 18/03/2013), da Comarca de Ronda Alta/RS, onde, compulsados os autos, acordaram os magistrados da Segunda Câmara Criminal – Regime de Exceção

do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria, pelo parcial provimento ao Recurso em Sentido Estrito para, provada a desistência voluntária, desclassificar a imputação penal para outra que não dolosa conta a vida, forte no artigo 419 do nosso Código de Processo Penal. Participaram do julgamento, além da Doutora Relatora Osnilda Pisa, o Senhor Desembargador Presidente Jaime Piterman e Senhor Desembargador Marco Aurélio de Oliveira Canosa.

Em destaque, a jurisprudência do TJRS que diz respeito a esse julgado:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. JÚRI. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. ART. 121, § 2º, II E IV, C/C O ART. 14, II, AMBOS DO CP. PRONÚNCIA. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. ANIMUS NECANDI E DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA. De acordo com a versão do ofendido, depois do segundo tiro, ele caiu do cavalo, possibilitando a aproximação do réu, com o revólver na mão. Ocorre que o réu não desferiu mais nenhum tiro e, mesmo sem perceber que já havia provocado os ferimentos, não tentou praticar qualquer outro tipo de agressão contra o ofendido, limitando-se a ameaçá-lo para não ser denunciado, ou seja, não havia qualquer impedimento para o réu prosseguir com o ato de matar o ofendido. Logo, se o objetivo do réu efetivamente era matar a vítima poderia ter seguido seu intento até alcançar o suposto resultado pretendido, já que nenhuma circunstância alheia a sua vontade disto o impedia. Ainda que em algum momento a intenção do réu efetivamente tenha sido matar a vítima, aqui restou caracterizada a desistência voluntária, nos termos do artigo 15 do CP e, portanto, incabível a submissão ao julgamento pelo júri, respondendo o réu pelos atos praticados que não se inserem entre os dolosos contra a vida, cujo julgamento é previsto constitucionalmente, nos termos do artigo 5º, inciso XXXVIII CF/88. Portanto, impõe-se a desclassificação do fato denunciado para outro delito que não doloso contra a vida, com a consequente remessa dos autos ao juízo competente, para exame da adequação típica e da participação ou autoria, conforme o artigo 419 do CPP. RECURSO PROVIDO EM PARTE. (Recurso em Sentido Estrito Nº 70033926031, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Osnilda Pisa, Julgado em 29/01/2013) (TJ-RS – RSE: 70033926031 RS, Relator: Osnilda Pisa, Data de Julgamento: 29/01/2013, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 18/03/2013) (grifo original).

Constou do relatório da Doutora Relatora Osnilda Pisa o fato narrado na denúncia (TJRS, 2013, texto digital), oferecida pelo Ministério Público Estadual, a respeito de fato delituoso ocorrido na comarca de Ronda Alta, sendo o denunciado Hélio Kelm (com 35 anos de idade à época do fato) dado como incurso nas sanções do art. 121, §2º, incisos II e IV, na forma do artigo 14, inciso II, ambos do nosso Código Penal.

A denúncia, confeccionada pelo parquet, deu-se nos termos que seguem, reforçados no relatório do Acórdão pela Doutora Relatora Osnilda Pisa:

No dia 23 de setembro de 2005, por volta das 17h30min, na Linha Pinheiro I, no Município de Três Palmeiras, o denunciado imbuído de motivo fútil e mediante a utilização de recurso que dificultou a defesa da vítima, fazendo uso de uma faca e de um revólver, tentou matar Luiz Carlos dos Santos, deferindo-lhe golpes e tiros com os mencionados objetos, causando-lhe as lesões somáticas consistentes em ferimento corto-contuso na região frontal e occipital esquerda da cabeça, ferimento por arma de fogo com orifício de entrada na região posterior da coxa esquerda e orifício de saída na região ântero-medial interna da coxa, ferimento (orifício de entrada) na região lombar (paravertebral) esquerda (auto de exame de corpo de delito da folha 23 do expediente).

Na ocasião, o denunciado estava na lavoura e, ao ver que a vítima passava nas terras de sua propriedade, foi na direção dela, portando uma faca e um revólver, tendo ela parado os bois que levava e o cavalo que montava. Ato contínuo, o acusado atingiu a vítima com um golpe de faca na cabeça e, quando ela se afastava, desferiu dois tiros pelas costas dela, acertando-os na coxa e na região lombar dela.

Desta forma, o acusado deu início ao ato de matar Luiz Carlos dos Santos, o que não se consumou por circunstância alheia a sua vontade, qual seja, não terem os tiros atingidos região vital do corpo da vítima.

O denunciado praticou o delito por motivo fútil, pois tentou matar a vítima em virtude dela ter “mexido” com sua esposa dias antes do fato, e se utilizou de recurso que dificultou a defesa, visto ter desferido os tiros pelas costas, quando ela estava se afastando do local (TJRS, 2013, texto digital).

Na sequência da narração dos fatos evidenciados pela Doutora Relatora, como de praxe, foi dado seguimento ao processo criminal (recebimento da denúncia, citação do acusado, interrogatório, apresentação de defesa prévia e inquirição de testemunhas). Após, ofertadas alegações finais, sobreveio a sentença de pronúncia, pronunciando o réu como incurso nas sanções do artigo 121, §2º, incisos II e IV, na forma do artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal (TJRS, 2013, texto digital).

Então, visando a impronúncia do acusado, a parte defensiva (Defensoria Pública Estadual) interpôs o RSE alegando que todo o provado era insuficiente para acusação do réu, requerendo a reforma da sentença, o que pelo parquet foi rebatido, pedindo a manutenção da sentença de pronúncia, que foi mantida pelo juízo (TJRS, 2013, texto digital).

Seguindo o rito, na data de 16 de dezembro de 2009 o feito foi distribuído ao Senhor Desembargador Jaime Piterman. Também foi colhido o parecer ministerial da Doutora Jacqueline Fagundes Rosenfeld, pedindo pelo improvimento do recurso defensivo (TJRS, 2013, texto digital).

A Doutora Relatora Osnilda Pisa cravejou seu relatório, em acórdão, salientando que, na oportunidade, em 11 de outubro de 2011, o processo foi para ela redistribuído (TJRS, 2013, texto digital).

Finalmente, em análise ao RSE interposto pela Defensoria Pública, contra a decisão proferida pela Vara Judicial da Comarca de Ronda Alta, que pronunciou o réu Hélio Kelm para ser submetido a julgamento do Tribunal do Júri, a Doutora Relatora e os Senhores Desembargadores votaram (TJRS, 2013, texto digital).

Partindo do voto da Doutora Relatora Osnilda Pisa (TJRS, 2013, texto digital), entendeu que o caso em comento é de desclassificação da conduta praticada pelo réu (tentativa de homicídio) para outra. Isso porque o réu e a vítima estavam sozinhos, bem como estavam em zona rural do Município de Três Palmeiras, não havendo testemunhas próximas do fato. Ademais, frisou que o réu negou ser o autor do fato, tanto na repartição policial como em juízo. Ainda, restou apenas a versão do ofendido junto a repartição policial, não sendo localizado para ser ouvido sob o crivo do contraditório, haja vista que todas as diligências realizadas restaram infrutíferas.

A declaração do ofendido foi nos seguintes termos, destacados pela Doutora Relatora em seu voto:

[...] voltava da lavoura e quando passava pelas terras do vizinho Helio Kelm, lindeiro de terras, este saiu da lavoura com a carroça e veio em direção ao depoente, aí o depoente parou os bois que levava e o cavalo que montava, sendo que ele já desceu da carroça com uma faca na mão direita e um revólver na mão esquerda e veio em direção do depoente, não lembra o que ele disse na ocasião, mas o depoente pediu o que é isso e logo foi atingido por um golpe de faca de raspão na cabeça, aí tocou os bois e saiu com o cavalo, então Hélio largou a faca e fez pontaria com o revólver usando as duas mãos, pois o depoente quando fugia olhava para trás e viu ele efetuando dois disparos contra sua pessoas, um dos tiros acertou na perna e saiu do outro lado, não chegou a furar a calça que usava, o outro tiro pegou próximo do primeiro, na cintura parte de trás e ficou alojado no corpo do depoente. Refere no segundo tiro **caiu do cavalo, então veio ao encontro do depoente e disse que se o depoente o denunciasse ele iria matá-lo, por isso não o denunciou para o Policial Militar no hospital, no momento Hélio não percebeu que havia acertado o depoente e nem o próprio depoente percebeu que havia sido atingido, pois não viu sangue e nem sentiu dor**, somente notou os ferimentos quando estava chegando em casa, pois sentiu que a perna começou a ficar pesada, após o fato continuou andando, levando tocando os bois e levando o cavalo pelas rédeas. Que nem no cavalo, nem nos bois pegou os tiros. Que foram somente dois tiros. **Quando chegou falar com o depoente para ameaçá-lo ainda possuía o revólver na mão**. Que o revólver era preto, cano médio e meio fino, não viu o cabo, pois Hélio o segurava na mão, não sabe identificar o calibre. A faca possuía uns trinta centímetros de comprimento e era larga, com uns cinco centímetros de largura, cabo de chifre, lâmina meia preta. [...] Que **no dia do**

fato Hélio estava sozinho e o depoente também, não tinha testemunhas, pois no local não possui moradores próximos, nem que pudessem escutar os tiros, o local era na estrada que fica entre as terras de Hélio. **O projétil que passou pelas pernas do depoente e saiu batendo na calça de brim que o depoente usava e não a furou**, não possui em seu poder e não sabe onde caiu, com a chuva que deu e o tempo passado não tem como encontrá-lo, pois o depoente não sabe mais indicar com precisão em que local foi atingido, pois estava andando a cavalo. Que o depoente não possuía arma de fogo, não estava armado naquele dia e não provocou as reações de Hélio, não provocou ele, nem ninguém de sua família. Que após o fato foi até sua casa sozinho e lá sua mãe o ajudou a ir até o hospital em três Palmeiras, pois foi chamado um Taxi, sendo que o taxista nada ficou sabendo sobre a autoria dos disparos, pois a ele o depoente também não contou por que estava com medo das ameaças de Hélio. Nada mais (grifo original) (TJRS, 2013, texto digital).

Ou seja, interpretou a Doutora Relatora que, ao contrário do alegado pela acusação, com base no relato do próprio ofendido, observa-se que, em dado momento, o réu efetivamente teve a intenção de matar a vítima, no entanto, desistiu voluntariamente de prosseguir no intento homicida (TJRS, 2013, texto digital).

Diante deste panorama, é de bom alvitre rememorar a diferença entre tentativa e desistência voluntária, isso porque a acusação discorreu, em denúncia, sobre o acusado ter dado início ao ato de matar a vítima, o que não se consumou por circunstância alheia a sua vontade (não terem os tiros atingido região vital do corpo da vítima), todavia a desistência do denunciado encontra-se evidenciada na declaração da vítima, bem destacada pela Doutora Relatora em seu voto (TJRS, 2013, texto digital), não ignorando os indícios de autoria e materialidade, bem como o *animus necandi* (elemento subjetivo do tipo). Sustentou seus argumentos no sentido de que é preciso examinar os elementos e circunstâncias do fato e, se for o caso, afastar a acusação do crime de competência do Tribunal do Júri, mesmo a defesa tendo sustentado ou não a ausência do dolo de matar.

De acordo com a versão apresentada pelo ofendido e analisando a visão e interpretação da Doutora Relatora (TJRS, 2013, texto digital), infere-se que, após o disparo do segundo tiro pelo réu, a vítima caiu do cavalo que montava, o que possibilitou a aproximação do acusado. Contudo, o réu não efetuou mais nenhum disparo com a arma de fogo e não percebendo que, naquele momento, havia provocado os ferimentos na vítima, não prosseguiu com qualquer outro tipo de agressão contra o ofendido, apenas o ameaçando para este não denunciá-lo. Isto é, o réu não seguiu em direção ao seu objetivo, pois se pretendia efetivamente matar a

vítima, poderia ter continuado, sendo que não havia circunstância alheia ou estranha para impedi-lo.

A Doutora Relatora (TJRS, 2013, texto digital) ainda acrescentou que as lesões constatadas na vítima não resultaram em incapacidade para ocupações habituais por mais de trinta dias ou perigo de vida.

Pelos motivos expostos que o voto da Doutora Relatora foi pela desclassificação da imputação penal voltada ao denunciado para outra que não dolosa contra a vida (forte no artigo 419 do Código de Processo Penal), com a consequente caracterização da desistência voluntária, nos termos do artigo 15 do nosso Código Penal, não sendo possível submeter o réu a julgamento pelo Tribunal do Júri, mas respondendo pelos atos praticados que não dolosos contra a vida, os quais estão assegurados em nossa Constituição Federal/88, fulcro no artigo 5º, inciso XXXVIII (TJRS, 2013, texto digital).

No que diz respeito ao voto da Doutora Relatora Osnilda Pisa, o TJRS já decidiu nesse sentido:

JURI - HOMICIDIO - DESCLASSIFICACAO - CAUSA MORTIS - BACILO DO TETANO - "ANIMUS NECANDI" - DESISTENCIA VOLUNTARIA - DESPRONUNCIA - ARTIGO 410, CPP. 1. **INEXISTE "ANIMUS NECANDI", SEJA POR DOLO DIRETO OU EVENTUAL, QUANDO O REU CORTA A MAO DA VITIMA E, DESISTINDO VOLUNTARIAMENTE DE PROSSEGUIR NA AGRESSAO, A AUXILIA A LEVANTAR-SE E VAI EMBORA.** A MORTE OCORRIDA 15 DIAS DEPOIS, POR CONTAMINACAO PELO BACILO DO TETANO E NEXO CAUSAL QUE PODERA SER APRECIADO EM SENTENCA DE MERITO, POIS AS CIRCUNSTANCIAS CONCRETAS DO ARTIGO 15 DO CP AFASTAM A CONDUTA DO TIPO DO ARTIGO 121 "CAPUT" E DO JULGAMENTO PELO JURI. 2. DESCABE, NESTA FASE, RECLASSIFICACAO EM CONDUTA TIPICA ESPECIFICA, ATRIBUICAO DO MP, DESPRONUNCIANDO O REU, PROSSEGUINDO O FEITO, NOS TERMOS DO ARTIGO 410, CPP. PROVIDO. (07 FLS) (Recurso em Sentido Estrito Nº 70003709987, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elba Aparecida Nicolli Bastos, Julgado em 11/04/2002) (grifo original).

[...]

APELAÇÃO. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. PRONÚNCIA. ANIMUS NECANDI. INDÍCIOS INSUFICIENTES. DESCLASSIFICAÇÃO. **Insuficientes os indícios quanto ao elemento subjetivo do tipo penal - dolo de matar -, é impositiva a desclassificação do fato denunciado para outro que não doloso contra a vida.** No caso, o prontuário de atendimento médico da vítima registra apenas uma lesão decorrente de disparo de arma de fogo na perna (canela). Circunstâncias do caso, conforme relatadas pelo ofendido, que indicam não terem os agressores atuado com a intenção de matar, pois mesmo armados e depois de acertar um tiro na perna da vítima, com ela caída ao chão, não desferiram nenhum outro disparo, mas apenas alguns socos e coronhadas, deixando-a viva no local. Ausência de indícios

concretos do *animus necandi* que impõe a desclassificação da imputação, nos termos do artigo 419 do CPP. RECURSO PROVIDO EM PARTE. (Recurso em Sentido Estrito Nº 70049681984, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 13/09/2012) (grifo original).

[...]

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. JÚRI. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. PRONÚNCIA. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. ANIMUS NECANDI E DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA. Decorre dos autos que se a intenção fosse matar, após imobilizar a vítima, o réu não teria desistido mesmo com a chegada das testemunhas, vez que réu e vítima estavam trancados no quarto, nada podendo fazer Miriam e Márcio para impedir que o réu continuasse apertando o pescoço da vítima até efetivamente levá-la a óbito por asfixia mecânica. Porém, o que ocorreu na sequência é que o réu soltou a vítima e entregou a chave do quarto, permitindo a ela abrir a porta e sair do quarto. De igual modo, quanto ao uso da faca, verifica-se que, mesmo na versão da vítima, não consta que o réu tentou desferir algum golpe, ele teria utilizado a faca para “ameaçá-la”, na tentativa de reatar o relacionamento. E parece que o agir do réu, pressionando a região cervical da vítima, igualmente, tinha como objetivo pressioná-la a manter um relacionamento que não mais interessava a ela. Contudo, repito: ainda que em algum momento a intenção do réu efetivamente tenha sido matar a vítima, aqui restou caracterizada a desistência voluntária, nos termos do artigo 15 do CP e, portanto, incabível a submissão ao julgamento pelo júri, respondendo o réu pelos atos praticados que não se inserem entre os dolosos contra a vida, cujo julgamento é previsto constitucionalmente, nos termos do artigo 5º, inciso XXXVIII CF/88. Portanto, impõe-se a desclassificação do fato denunciado para outro delito que não doloso contra a vida, com a consequente remessa dos autos ao juízo competente, para exame da adequação típica e da participação ou autoria, conforme o artigo 419 do CPP. RECURSO PROVIDO EM PARTE. (Recurso em Sentido Estrito Nº 70042464743, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Osnilda Pisa, Julgado em 24/10/2012).

O voto do Senhor Desembargador Presidente Jaime Piterman foi de acordo com o da Doutora Relatora Osnilda Pisa. Já o Senhor Desembargador Marco Aurélio de Oliveira Canosa, no seu voto, com base em suas considerações e argumentos, negou provimento ao recurso (TJRS, 2013, texto digital).

Dessa forma, de lavra do Senhor Desembargador Presidente Jaime Piterman (TJRS, 2013, texto digital), em relação ao Recurso em Sentido Estrito nº 70033926031, da Comarca de Ronda Alta:

POR MAIORIA, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, PARA DESCLASSIFICAR A IMPUTAÇÃO PENAL PARA OUTRA QUE NÃO DOLOSA CONTRA A VIDA, COM BASE NO ARTIGO 419 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, E DETERMINAR A REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO COMPETENTE, VENCIDO O DESEMBARGADOR CANOSA QUE NEGAVA PROVIMENTO (TJRS, 2013, texto digital).

Por fim, salienta-se que a Julgadora de 1º Grau foi a Excelentíssima Senhora Doutora Juíza de Direito Sandra Regina Moreira (TJRS, 2013, texto digital).

5 CONCLUSÃO

Após uma análise das considerações e conceitos imprescindíveis no que tange ao tema proposto, é de bom alvitre elencar os pontos levantados que foram esclarecidos no decorrer do presente trabalho de conclusão de curso.

Inicialmente, vale dizer que o crime possui diferentes nuances e maneiras de punição, sendo essencial a análise da conduta típica, elemento constitutivo do crime. Ademais, o entendimento de que o comportamento do agente, positivo ou negativo, tem como resultado uma punição ou não no âmbito do Direito Penal, isto é, um ramo jurídico que apresenta ferramentas oferecidas pelo legislador, cabendo aos julgadores aplicarem e aos profissionais competentes invocarem tais normas.

Conforme exposto no presente trabalho, existem diferenças entre crime consumado e crime tentado, desistência voluntária e tentativa, assim como para outros institutos como o do arrependimento eficaz, arrependimento posterior, crime impossível etc., sendo diversas as penas previstas, se necessárias, para cada tipo de crime.

Nesse sentido, foi de vital importância os conceitos basilares de tipicidade, dolo, *iter criminis* e de seus desdobramentos, assim como do princípio de legalidade, eis que estão relacionados com o fato de se estabelecer se o crime foi consumado, tentado ou se houve sua desistência pelo agente. Outrossim, alguns crimes que não admitem sua forma tentada.

Diante das teorias e argumentos que orientam estes elementos pertencentes ao Direito Penal, sob o alicerce do entendimento de diferentes autores, tem-se que o

crime só se realiza em sua integralidade se o agente assim o pratica. Do mesmo, não há se falar em tentativa se o agente voluntariamente desiste do seu intento criminoso, haja vista que não houve qualquer interrupção que caracterizasse a circunstância alheia ou estranha à sua vontade. Com efeito, o objeto do presente trabalho tornou-se cristalino na medida em que compulsados os casos concretos do TJRS e STJ, de sorte que, com análise doutrinária e jurisprudencial, viu-se que os institutos diferenciam-se, sendo a desistência voluntária um instituto que se manifesta quando o agente, por ato voluntário, interrompe o processo executório do crime, abandonando a prática dos demais atos necessários e que estavam à sua disposição para consumação. Por outro lado, na tentativa, o agente não consuma o delito por circunstâncias alheias ou estranhas à sua vontade.

A análise do *iter criminis* atrelada aos atos preparatórios e executórios, nada seria sem a ingerência de institutos como o da tentativa e desistência voluntária, fator que representa ponto capital deste trabalho.

Diante deste panorama, também pode-se concluir que a mera cogitação do agente não é passível de punição, haja vista que aquela vontade do agente não foi de fato exteriorizada, o que demonstra que a figura típica penal não se realiza quando através de uma representação mental e imaginária do agente.

Um ato preparatório, por sua vez, não alcança efetiva lesão ao bem juridicamente tutelado pelo Direito Penal, isto é, não representa ato necessário para incriminação do agente. Por outro olhar, o tipo penal pode se tornar completo somente quando os atos executórios acontecem através da consumação de um crime pelo autor, havendo a realização integral do tipo, enquanto na tentativa, há uma realização incompleta do tipo penal, em razão de circunstâncias alheias à vontade do agente. Com efeito, em análise às teorias da tentativa, tem-se que a aplicação da teoria objetiva está sob a luz do nosso ordenamento jurídico, responsável por determinar a aplicação de penas.

No que diz respeito ao estudo para identificar o momento do início da execução e a possibilidade de punição do agente criminoso, é possível compreender que, apesar de ser uma linha tênue entre uma ação e outra, somente aquela que configura efetiva lesão ao bem jurídico tutelado pelo Direito Penal é que deverá recair em

punição ao agente, ou seja, deverá também se levar em conta o caso concreto e suas circunstâncias para diferenciação entre os atos preparatórios e executórios.

Por fim, discorreu-se acerca da aplicabilidade do instituto da desistência em crimes patrimoniais e crimes contra a vida, evidenciando o furto e o homicídio, de modo a representar como a jurisprudência vem trazendo o abandono voluntário do agente durante o *iter criminis* e as consequências que terá disso. Sem se perder de vista que também podem ocorrer institutos como do arrependimento eficaz, onde o autor do crime pode impedir o resultado, se eficaz. Os institutos do arrependimento posterior e crime impossível ou tentativa inidônea, podendo, no primeiro, o agente reparar o dano até o recebimento da denúncia ou queixa, e no segundo, há ausência de lesão à pessoa ante a impropriedade do objeto ou a ineficácia do meio utilizado pelo agente para lesá-la de forma efetiva.

Assim, diante de todo o estudado, com base nos ensinamentos doutrinários e jurisprudenciais, conclui-se que para um efetivo desenvolvimento do Direito Penal, é preciso que seus operadores analisem as circunstâncias do caso concreto, circunstâncias responsáveis por delimitar e segmentar as condutas do agente, que poderão ou não ser passíveis de punição, possibilitando, assim, a justa e correta aplicação da norma penal.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. v 1.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Vade mecum OAB e concursos**: obra coletiva de autoria da Editora Saraiva: com colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 9. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm>. Acesso em 04 nov. 2017.

BRASIL. ERNST VON BELING. **In Wikipédia**: a enciclopédia livre. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Ernst_von_Beling>. Acesso em: 22 ago. 2017.

BRASIL. LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA. **In Wikipédia**: a enciclopédia livre. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Luis_Jim%C3%A9nez_de_As%C3%BAa>. Acesso em: 22 ago. 2017.

BRASIL. MAX ERNST MAYER. **In Wikipedia**: die freie enzyklopädie. Disponível em: <https://de.wikipedia.org/wiki/Max_Ernst_Mayer>. Acesso em: 22 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 18032/RO – Distrito Federal**. Rel. Min. Hamilton Carvalhido. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdão, 20 out. 2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=310168&num_registro=200100974271&data=20031020&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial: REsp 1500416 SP 2014/0318667-8**. Rel. Min. Nefi Cordeiro. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/489948655/recurso-especial-resp-1500416-sp-2014-0318667-8/relatorio-e-voto-489948682?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 05 nov. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Criminal Nº 70066764804 – Rio Grande do Sul**. Rel. Des. José Antônio Daltoé Cezar. Pesquisa de Jurisprudência, inteiro teor html. 12 nov. 2015. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70066764804%26num_processo%3D70066764804%26codEmenta%3D6546638+70066764804++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF8&site=ementario&access=p&oe=UTF8&numProcesso=70066764804&comarca=Comarca%20de%20Get%C3%BAlio%20Vargas&dtJulg=12/11/2015&relator=Jos%C3%A9%20Ant%C3%B4nio%20Daltoe%20Cezar&aba=juris>. Acesso em: 04 nov. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Criminal Nº 70021380936 – Rio Grande do Sul**. Rel. Des. Aramis Nassif. Pesquisa de Jurisprudência, interior teor html. 09 jan. 2008. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70021380936%26num_processo%3D70021380936%26codEmenta%3D2227030+70021380936++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF8&site=ementario&access=p&oe=UTF8&numProcesso=70021380936&comarca=Comarca%20de%20Garibaldi&dtJulg=09/01/2008&relator=Aramis%20Nassif&aba=juris>. Acesso em: 04 nov. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Criminal Nº 70015429772 – Rio Grande do Sul**. Rel. Des. Aramis Nassif. Pesquisa de Jurisprudência, inteiro teor html. 21 mar. 2007. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70015429772%26num_processo%3D70015429772%26codEmenta%3D1822922+70015429772++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF8&site=ementario&access=p&oe=UTF8&numProcesso=70015429772&comarca=Comarca%20de%20Farroupilha&dtJulg=2/03/2007&relator=Aramis%20Nassif&aba=juris> Acesso em: 04 nov. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Criminal Nº 70017624891 – Rio Grande do Sul**. Rel. Des. Aramis Nassif. Pesquisa de Jurisprudência, inteiro teor html. 25 jul. 2007. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70017624891%26num_processo%3D70017624891%26codEmenta%3D1995651+70017624891++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF8&site=ementario&access=p&oe=UTF8&numProcesso=70017624891&comarca=Comarca%20de%20Rio%20Grande&dtJulg=25/07/2007&relator=Aramis%20Nassif&aba=juris>. Acesso em: 04 nov. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Criminal Nº 70048054191 – Rio Grande do Sul**. Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho. Pesquisa de Jurisprudência, inteiro teor html. 25 abr. 2012. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70048054191%26num_processo%3D70048054191%26codEmenta%3D4688020+70048054191++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF8&site=ementario&access=p&oe=UTF8&numProcesso=70048054191&comarca=Comarca%20de%20Tapejara&dtJulg=25/04/2012&relator=Amilton%20Bueno%20de%20Carvalho&aba=juris>. Acesso em: 05 nov. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Criminal Nº 70011494713 – Rio Grande do Sul**. Rel. Desa. Genacéia da Silva Alberton. Pesquisa de Jurisprudência, inteiro teor. 08 mar. 2006. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70011494713%26num_processo%3D70011494713%26codEmenta%3D1390660+70011494713++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF8&site=ementario&access=p&oe=UTF8&numProcesso=70011494713&comarca=Comarca%20de%20Herval&dtJulg=08/03/2006&relator=Genac%20da%20Silva%20Alberton&aba=juris>. Acesso em: 05 nov. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **RSE Nº 70033926031 – Rio Grande do Sul**. Rel. Dra. Osnilda Pisa, Acórdão, 18 mar. 2013. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112601112/recurso-em-sentido-estrito-rse-70033926031-rs/inteiro-teor-112601122?ref=juris-tabs>>. Acesso em 05 de nov. 2017.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral: tomo 1º: introdução, norma penal, fato punível. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

_____. **Direito penal**: parte geral: tomo 1º: introdução, norma penal, fato punível. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

_____. **Direito penal**: parte geral: tomo 2º: fato punível. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral 1. (arts. 1º a 120). 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Curso de Direito Penal**: parte geral 2. dos crimes contra a pessoa, dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212). 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CHEMIN, Beatris F. **Manual da Univates para trabalhos acadêmicos**: planejamento, elaboração e apresentação. 2. ed. Lajeado: Univates, 2012.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte especial (arts. 121 ao 361). 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. v. único.

_____. **Manual de direito penal**: parte geral (arts. 1º ao 120). 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. v. único.

DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico Universitário. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal: prefácio Norberto Bobbio. Tradutores do livro Diritto e ragione: teoria del garantismo penale, de Luigi Ferrajoli. 6. ed. Roma: Laterza, 2000: Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Fauzi Hassan Choukr, Luiz Flávio Gomes: com a colaboração de: Alice Bianchini, Evandro Fernandes de Pontes, José Antonio Siqueira Pontes, Lauren Paoletti Stefanini. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado**: parte especial: coordenador Pedro Lenza. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Sinopses jurídicas**: direito penal: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 7.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral: arts 1º a 120 do Código Penal. 16. ed. rev., ampl. e atual. até 1º de janeiro de 2014. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. v. 1.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral: arts. 1º a 120 do CP. 15. ed. rev., ampl. e atual. até 1º de janeiro de 2013. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. v.1.

LYRA, Roberto; HUNGRIA, Nelson. **Compêndio de direito penal dos professores Roberto Lyra e Nelson Hungria**: parte geral pelo prof. Roberto Lyra: tomo I. Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho, 1936.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**: propedêutica penal e norma penal. ed. rev., atual. e ampl. ref. Por Antônio Cláudio Mariz de Oliveira, Guilherme de Souza Nucci e Sérgio Eduardo Mendonça de Alvarenga. São Paulo: Millenium, 2002. v. 1.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia S. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte geral: arts. 1º a 120 do CP. 23. ed. rev. e atual. por Renato N. Fabbrini. São Paulo: Atlas, 2006. v. 1.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Código Penal Interpretado**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte especial. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Juarez de. **Constituição da República Federativa do Brasil**: Série Legislação Brasileira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Da tentativa**: doutrina e jurisprudência. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.