

# CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

*Alberto Marques dos Santos*

Como citar: SANTOS, Alberto Marques dos. *Consumação e tentativa*. Publicada na *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre : Editora Síntese, nº 12, fev.-mar. 2002, pág. 24. Disponível em: <albertosantos.org>. Acesso em: (colocar a data de hoje).

## INTRODUÇÃO

<sup>1</sup> No estudo da tipicidade, algumas das questões mais intrincadas dizem respeito à consumação e à tentativa. Como distinguir atos preparatórios de atos executórios? Quando os atos preparatórios são puníveis? Em que momento se considera consumado um crime? Pode haver tentativa com dolo eventual? Como distinguir a tentativa da desistência? São estas algumas das perguntas que este trabalho propõe examinar. Paralelamente, nestas linhas são questionadas algumas das opiniões dominantes na doutrina penal e jurisprudência, como: (a) a impossibilidade de tentativa nas contravenções, (b) no art. 122 do CP e (c) nos crimes habituais, (d) o caráter formal dos crimes contra a honra e (e) a consumação nos delitos complexos.

## 1 DELITO CONSUMADO E MOMENTO CONSUMATIVO

<sup>2</sup> O CP define as duas figuras, crime consumado e crime tentado. Diz o art. 14, I, que um crime está consumado “quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal”. E o crime diz-se tentado “quando, iniciada a execução, não se consuma, por circunstâncias alheias à vontade do agente”. Logo, apurar se um crime está consumado depende de uma comparação, um confronto, entre um fato e um tipo. O delito está consumado com o total cumprimento do tipo. Se o fato real reúne todos os elementos exigidos pelo tipo, temos, aí, um delito consumado. A recíproca não é necessariamente verdadeira. Se o fato não reúne todos os elementos exigidos pelo tipo pode não haver um delito tentado. Pode haver (a) atipicidade absoluta, (b) atipicidade relativa, (c) tentativa, (d) arrependimento eficaz ou (e) desistência voluntária. A tentativa tem requisitos pró-

---

<sup>a</sup> WELZEL, *Derecho penal aleman*, p. 222.

prios, que serão vistos adiante.

<sup>3</sup> Quem define, portanto, em que momento um delito se consuma, é o tipo incriminador. Se o tipo prevê um resultado naturalístico, o crime só se consuma com a produção desse resultado. Se o tipo não requer resultado naturalístico, então o delito se consuma só com a prática da conduta, sem a produção de qualquer resultado. O resultado naturalístico requerido pelo tipo pode ser dano ou perigo. Se o tipo descreve a conduta de tentar produzir um resultado, a simples tentativa já é um delito consumado. São os chamados crimes de atentado, hipótese excepcional à qual voltaremos, adiante.

<sup>4</sup> Pode-se, assim, apontar o momento consumativo dos delitos conforme a sua classificação:

<sup>5</sup> I – delitos de resultado (sinonímia: materiais) consumam-se com a produção do resultado naturalístico requerido pelo tipo. Nos crimes de perigo concreto, o resultado requerido é a criação efetiva do perigo. Nos delitos de dano o resultado requerido pelo tipo é a efetiva lesão do bem jurídico protegido. Os delitos de perigo abstrato são de atividade (de mera conduta).

<sup>6</sup> II – delitos de atividade (formais e de mera conduta) consumam-se com a prática da conduta descrita no tipo, independentemente da produção de qualquer resultado natural. Nestes, mais que nos de resultado, a análise detida do tipo é indispensável para verificar a consumação. Enquanto que nos delitos de resultado se confirma a consumação pela ocorrência ou não do resultado, nos delitos de atividade cada tipo incriminador pode condicionar a consumação a dados ou fatores diferentes.

<sup>7</sup> Nos crimes de difamação e calúnia, p. ex., tidos como formais na doutrina tradicional, o delito só se consuma quando a imputação chega ao conhecimento de terceiro, que não seja o ofendido. Já na injúria, só há consumação quando o ofendido toma conhecimento da ofensa. Por isso que nos parece impróprio caracterizar tais delitos como formais. São, na verdade, tipos que exigem um resultado, uma alteração no mundo exterior: na calúnia e na difamação, a ciência da imputação por terceiro; na injúria, a ciência da imputação pelo ofendido. A conduta provoca uma alteração na mente de outrem, onde não havia, e passa a haver, a ciência da imputação efetuada. A mente de outrem é sempre, para o agente, mundo exterior. Não basta, pois, nesses crimes, a prática da conduta: o tipo só se realiza com a prática da conduta e um algo mais (a ciência da imputação pelo terceiro ou pelo ofendido). Esse algo mais é um resultado.

<sup>8</sup> No estupro (crime formal), a consumação acontece com penetração vaginal. No reingresso de estrangeiro expulso (crime de mera conduta, segundo a doutrina tradicional) a consumação acontece quando o agente cruza a fronteira e entra no território nacional.

<sup>9</sup> Nos delitos de perigo abstrato a consumação acontece com a prática da conduta: são delitos de mera atividade.

<sup>10</sup> III – delitos culposos consumam-se com a produção do resultado naturalístico requerido pelo tipo: são delitos de resultado. A prática da conduta sem a produção do resultado não caracteriza tentativa. Pode haver mera infração ad-

ministrativa, ou delito de perigo (princípio da subsidiariedade).

<sup>11</sup> IV – delitos omissivos próprios consumam-se com a prática da omissão descrita pelo tipo, ainda que sem produção de resultado natural: são delitos de mera conduta.

<sup>12</sup> V – delitos omissivos impróprios (sinonímia: comissivos por omissão) são delitos de resultado: consumam-se com a produção deste.

<sup>13</sup> VI – delitos permanentes consumam-se no instante em que se reúnem, no fato concreto, as características requeridas pelo tipo, independente do prolongamento temporal da ofensa ao bem jurídico. Ou, em outros termos: a permanência não é requisito para consumação do delito permanente. Se o tipo exige resultado, a consumação só ocorre com a obtenção deste. Se o tipo só exige a atividade, a prática do primeiro ato executório consoma o delito permanente. A diferença entre o delito permanente e o não-permanente está só na duração da consumação, porque, no primeiro, o momento consumativo pode se prolongar (a permanência é possível, mas não indispensável). Numa extorsão mediante seqüestro, p. ex., o crime consuma-se com a privação da liberdade da vítima, ainda que por poucos minutos, desde que o agente tenha a intenção de exigir resgate como condição para libertá-la. O tempo que durar o cativo, depois desse instante, é prolongamento da consumação, que já aconteceu.

<sup>14</sup> VII – delitos habituais, para a maioria, só se consumam com a reiteração habitual dos atos típicos.

<sup>15</sup> VIII – delitos complexos consumam-se com a consumação de todos os delitos-membros da unidade complexa. Chama-se delito complexo, ou composto, <sup>b</sup> o que representa a fusão unitária de mais de um tipo incriminador. <sup>c</sup> Em termos mais singelos: tipo complexo é o que conjuga, em sua descrição, condutas que, isoladas, já seriam todas típicas para outros tipos incriminadores. Tendo o legislador fundido tipos autônomos para criar o tipo complexo, aqueles “crimes-membros” perdem autonomia, e passam a ser atividades executórias do delito complexo. Como diz COSTA JR., “os crimes-membros perdem sua individualidade para constituírem um *tertium genus* autônomo e independente”. <sup>d</sup> Assim, passam a reger-se pelas regras da nova unidade típica. <sup>e</sup> Há tentativa do delito complexo quando (a) houver tentativa de todos os delitos-membros, (b) o delito-meio for tentado, e o delito-fim consumado, (c) o delito-fim for tentado e o delito-meio consumado, independentemente da maior ou menor gravidade dos delitos-membros. <sup>f</sup>

<sup>16</sup> Assim, num roubo, consumada a morte de uma das vítimas (delito-meio), mas não consumada a subtração de bens (delito-fim), há tentativa de latrocínio (delito complexo tentado). Essa é uma das questões mais polêmicas em todo o

---

<sup>b</sup> Outras denominações: crimes de resultados acumulados, delitos de resultado plural (COELHO, *Teoria geral do crime*, cit., vol. 1, p. 125).

<sup>c</sup> HUNGRIA, *Com. ao CP*, vol. I, t. II, p. 53.

<sup>d</sup> COSTA JR., *Com. ao CP*, p. 481.

<sup>e</sup> COELHO, *Teoria geral do crime*, vol. 1, p. 133.

<sup>f</sup> É a lição de COELHO, *Teoria geral do crime*, cit., vol. 1, p. 133.

Direito Criminal, e tanto a doutrina como a jurisprudência são divididas. Várias são as soluções preconizadas: (a) latrocínio tentado, <sup>g</sup> (b) homicídio qualificado, posição de HUNGRIA e FRAGOSO, (c) homicídio qualificado em concurso com roubo tentado, (d) tentativa de furto em concurso formal com homicídio qualificado, posição de NORONHA, (e) latrocínio consumado, posição majoritária na jurisprudência, consagrada pela Súm. 610 do STF. <sup>h</sup>

<sup>17</sup> O crime consumado não se confunde com o crime exaurido, porque pode haver a presença completa de todos os elementos do tipo, e no entanto “o fim último visado pelo agente pode não ter sido alcançado”. <sup>i</sup> Chama-se delito exaurido aquele que produziu todos os resultados naturalísticos visados pelo agente, ainda que atípicos. Exaurido é o delito que produz todo o dano que o agente previra e visara, todo o dano que poderia resultar do fato praticado. <sup>j</sup>

## 2 O ITER CRIMINIS

<sup>18</sup> Traduzida literalmente a locução *iter criminis* significa caminho do crime. É usada no Direito Criminal para significar o roteiro ou sucessão de atos ou fases que percorre o agente para realização do delito, o “conjunto de etapas que se sucedem, cronologicamente, no desenvolvimento do delito”. <sup>k</sup>

<sup>19</sup> Um delito pode ser um ato impulsivo e repentino ou longamente planejado. Sua realização pode ser complexa e desdobrada em várias etapas, ou pode ser instantânea e unissubsistente. Mas, para fins didáticos e científicos, é útil subdividir a realização do delito em etapas ou momentos – as chamadas fases do *iter criminis* -, que permitem melhor diferenciar certos conceitos, essenciais para determinar se um delito é consumado, ou tentado.

<sup>20</sup> Note-se, desde já, portanto: nem todo delito apresenta necessariamente um *iter*, e nem todo delito que apresenta um *iter* apresenta as quatro fases didaticamente propostas.

<sup>21</sup> Tradicionalmente a doutrina divide o *iter criminis* em quatro fases ou etapas, a saber: (a) cogitação, (b) preparação ou atos preparatórios, (c) execução e (d) consumação. Nos delitos de resultado, pelo menos, parece-nos mais didático e claro dividir o *iter* nas quatro fases que aparecem na fig. 1, ou seja: (a) cogitação,

---

<sup>g</sup> Que é, como visto, a nossa posição, e também a de COSTA JR. (*Comentários ... cit.*, p. 481) e COELHO (*Teoria geral do crime*, cit., vol. 1, p. 133). Nesse sentido: RT 452/345, 456/373 e 515/424; RJTJERGS 171/137.

<sup>h</sup> A solução majoritária foi declarada expressamente pelo STF como a menos falha (RT 541/448), ou seja, admitindo que é falha. Sobre essa solução diz MIRABETE que não se ajusta perfeitamente à letra da lei, que exige, para consumação do delito complexo, a consumação de todos os seus componentes (*CP interpretado*, p. 1001). Para uma pesquisa de dezenas de julgados em favor de cada uma das teses, cf. DELMANTO, *CP comentado*, p. 327, e MIRABETE, *CP interpretado*, p. 1.001 e ss.

<sup>i</sup> BRUNO, *Direito penal*, t. II, p. 255.

<sup>j</sup> BRUNO, *Direito penal*, cit., t. II, p. 255.

<sup>k</sup> ZAFFARONI & PIERANGELI, *Da tentativa*, p. 13.

(b) preparação, (c) execução e (d) resultado.

Figura 1. *Iter Criminis* (nos delitos de resultado)

Fase interna	Fase externa				
1 Cogitação (nuda cogitatio)	2 Preparação (atos preparatórios)	3 Execução (atos executórios)		4 Resultado naturalístico	
		Atos executórios não-típicos	Atos executórios típicos	4A Típico	4B Atípico (exaurimento)
Sempre atípica	Normalmente atípicos, excepcionalmente típicos	Área típica (nos crimes materiais)			Normalmente atípico ou absorvido
Penalmente irrelevante (em princípio)		Penalmente relevante			Majorante ou consequência
Crime exaurido					
Crime consumado					
Tentativa perfeita ou crime falho					
Tentativa imperfeita					

<sup>22</sup> Sobre a consumação, última fase do *iter*, já discorremos acima (cf. n.º 1, supra). Sobre a fase de execução discorreremos a seguir, quando abordarmos o delito tentado. Antes, porém, convém fixar os conceitos das duas primeiras etapas do *iter*, que precedem a etapa executiva e que, portanto, não caracterizam ainda tentativa.

### 3 A COGITAÇÃO

<sup>23</sup> A cogitação (sinonímia: *nuda cogitatio*) é a fase do *iter* que se passa exclusivamente no mundo interno, mental, do agente. Compreende o surgimento da idéia criminosa, a decisão pela prática do delito, seu planejamento, e toda a elaboração puramente mental do delito, que precede a exteriorização da vontade criminosa no mundo externo, no mundo dos fatos.

<sup>24</sup> A cogitação é, por princípio, irrelevante para o Direito Criminal. A vontade criminosa é penalmente irrelevante, enquanto não se traduz em ações. <sup>1</sup> A cogitação, portanto, não constitui conduta, para os fins do Direito Criminal. Não sendo conduta, não pode ser delito.

<sup>25</sup> A cogitação aparece como fase do *iter criminis* por critério didático, porque se busca um modelo de *iter* que cubra todos os delitos. Mas a cogitação pode apenas um flash na mente do sujeito, como nos crimes cometidos por impulso

<sup>1</sup> "No direito penal da vontade não se castiga a vontade má como tal, mas somente a vontade má em realização." (WELZEL, *Derecho penal aleman*, cit., p. 221).

após uma provocação da vítima, ou pode ser uma longa fase de concepção e planejamento de um crime premeditado.

<sup>26</sup> No nosso sistema, ao contrário de outros, a premeditação do delito não agrava a pena.

#### 4 ATOS PREPARATÓRIOS

<sup>27</sup> Os atos preparatórios (sinonímia: preparação, *conatus remotus*) são todos aqueles que o agente pratica, antes de iniciada a execução do delito, para facilitar, possibilitar, instrumentalizar ou tornar mais eficiente a execução do delito. Inclui a escolha do meio, do local, da oportunidade. <sup>m</sup>

<sup>28</sup> A distinção entre a fase de cogitação e a fase de preparação é simples. A primeira pertence ao foro interno do agente, realiza-se inteiramente in mente. A segunda, a preparação, é externa, exteriorizada em atos, ou seja, em condutas realizadas no mundo dos fatos. Na cogitação, pensamentos; na preparação, atos. Os atos preparatórios já são condutas, para os fins do Direito Criminal, embora sejam, ordinariamente, irrelevantes.

<sup>29</sup> A distinção entre atos preparatórios e atos executórios é questão das mais tormentosas, mas dela trataremos adiante (cf. n.º 6.a.1, infra). Mas, por ora, importa saber que ato preparatório é todo ato praticado pelo agente para tornar possível, mais fácil ou mais eficaz a realização do delito, desde que esse ato já não caracterize execução do delito. O ato preparatório possibilita, mas não constitui, ainda, a execução. <sup>n</sup> A fase de preparação “ainda é uma fase retratável”. <sup>o</sup> P. ex.: num plano de homicídio são atos preparatórios a compra da arma e da munição, o estudo dos hábitos e trajetos da vítima, a escolha do local da tocaia, etc.

<sup>30</sup> Os atos preparatórios são ordinariamente atípicos e só excepcionalmente típicos. São atípicos em confronto com o tipo do delito “preparado”, visado pelo agente, mas podem ser típicos como delitos autônomos. Ou, em termos mais claros: os atos preparatórios são sempre atípicos para o tipo incriminador do delito preparado. Os atos preparatórios do homicídio são atípicos para o tipo do art. 121, os atos preparatórios de um roubo são atípicos para o art. 157. Mas, excepcionalmente, pode haver um tipo incriminador autônomo — que não é o do delito que o agente pretende praticar e para o qual se está preparando — que incrimine a conduta que, no plano do agente, é mero ato preparatório de um delito-fim. E, nesse caso, o ato preparatório é penalmente relevante: não a título de tentativa do delito preparado, mas como delito autônomo, de per se. A formação de quadrilha (art. 288) é o exemplo mais característico do ato preparatório incriminado como delito autônomo. Outros exemplos: a compra e municiamento da arma de fogo, como ato preparatório do homicídio, é atípica para o

<sup>m</sup> MACHADO, *Direito criminal*, p. 154.

<sup>n</sup> FRAGOSO, *Lições de direito penal*, p. 251.

<sup>o</sup> MACHADO, *Direito criminal*, cit., p. 154.

tipo incriminador do art. 121. Mas se o agente não tem autorização legal para portar a arma, essa conduta preparatória do homicídio é típica para o art. 10 da L. 9.437. Da mesma forma a obtenção de uma chave falsa, como parte da preparação para um furto, é atípica para o art. 155. Mas, se o agente é um ex-condenado por furto, a simples posse da chave falsa é típica para o art. 25 da LCP. Já o estudo dos hábitos e trajetos da vítima, numa preparação para um seqüestro, é atípico para o tipo do art. 159, e atípico para qualquer outro tipo incriminador. É absolutamente atípico. Em síntese: ato preparatório só é típico se houver um tipo incriminador autônomo que o descreva.

<sup>31</sup> Veja-se, porém, que o art. 15, § 2º, da L. 7.170, manda punir os atos preparatórios de sabotagem com a pena do crime consumado, reduzida de dois terços. Parece-nos que mesmo aqui não se afasta a incidência da regra geral. O referido dispositivo está criando, na verdade, um tipo incriminador autônomo, redigido em termos vagos, algo como “praticar atos preparatórios de sabotagem”, cominando-lhe pena equivalente a um terço da pena da sabotagem. Não se trata, assim, de uma exceção, uma situação onde o ato preparatório é punido como tentativa. Trata-se, a nosso sentir, de um tipo incriminador autônomo, e aberto, tipificando os atos preparatórios como crime subsidiário.

## 5 TENTATIVA

<sup>32</sup> A tentativa (sinonímia: *conatus, conatus proximus*) é a realização incompleta do tipo. Trata-se de um caso de defeito de congruência: o tipo subjetivo aparece completo, no fato em exame, mas o tipo objetivo aparece incompleto, inacabado. <sup>p</sup> Isso é de alta relevância, para poder determinar quais delitos admitem, e quais não admitem, a tentativa: não há tentativa sem a presença do elemento subjetivo completo (inclusive tendências e intenções, quando requeridas pelo tipo).

<sup>33</sup> Não existe crime de tentativa. Existe apenas tentativa de crime. <sup>q</sup> Isso porque as formas tentadas dos delitos não são previstas em tipos autônomos: são casos de adequação típica mediata. Não há, na lei penal, um tipo que descreva a conduta de tentar furtar, tentar estuprar ou tentar matar. A parte especial do CP descreve apenas crimes consumados <sup>r</sup> e, para adequação imediata, a tentativa é sempre atípica para o tipo incriminador do delito consumado. A conduta de tentar matar, <sup>p</sup> ex., não pode ser subsumida diretamente no tipo do art. 121, que descreve somente a conduta de matar. Daí porque, <sup>p</sup> ex., não se fala, cientificamente, em crime de tentativa de furto, mas em tentativa de crime de furto. Não há um tipo descrevendo a conduta tentar furtar. O furto tentado é uma forma especial de crime de furto. Por isso se diz: furto na forma tentada, ou homicídio na forma tentada, etc.

---

<sup>p</sup> Nesse sentido, MACHADO, *Direito criminal*, cit., p. 155.

<sup>q</sup> CERNICCHIARO, *Pena, tentativa, teoria geral do tipo, configuração jurídica*.

<sup>r</sup> CERNICCHIARO, *Pena* ....

<sup>34</sup> A norma de extensão que permite a adequação típica mediata é a do art. 14, II, que prevê a punição do delito na sua forma tentada. Sem essa regra, toda tentativa seria fato penalmente irrelevante. Por isso se diz, num caso de homicídio tentado, p. ex., que o agente está incurso nos arts. 121 c/c 14, II. A conduta só é típica para esses dois artigos combinados porque, para o art. 121 isolado, é atípica.

### 5.a Elementos da tentativa

<sup>35</sup> A tentativa tem três elementos, que são: (I) início da execução, (II) presença dos elementos subjetivos do tipo, e (III) não consumação por razões alheias à vontade do agente.

<sup>36</sup> Passamos a enfocá-los separadamente.

#### 5.a.1 Início da execução do delito

<sup>37</sup> Não há tentativa sem que o agente, percorrendo o *iter criminis*, ingresse na fase executória. Não há tentativa enquanto não for praticado algum ato executório do delito. Antes de iniciada a fase executória – quer dizer, antes de realizado um ato executório pelo menos – não há tentativa: os atos praticados são ordinariamente irrelevantes. Já foi dito, acima, que os atos preparatórios são ordinariamente atípicos, e excepcionalmente típicos como delitos autônomos.

<sup>38</sup> A tentativa, portanto, como nos mostra esse primeiro elemento, é um delito iniciado e não consumado. E o início que caracteriza a tentativa é o início da execução. O início da execução do delito acontece quando o agente realiza o primeiro ato executório.

<sup>39</sup> A distinção entre atos preparatórios e atos executórios é tema dos mais difíceis no Direito Criminal, e há mesmo quem diga que essa distinção é impossível. <sup>s</sup>

<sup>40</sup> Vários critérios foram propostos para diferenciar atos preparatórios de atos executórios. São, sucintamente:

<sup>41</sup> O critério segundo o qual são preparatórios os atos remotos, que não colocam em perigo o bem jurídico, e executórios os atos próximos, que colocam em risco o bem jurídico tutelado. <sup>t</sup>

<sup>42</sup> O critério pelo qual são preparatórios os atos equívocos, no sentido de que não se pode saber, por eles, se a intenção do agente é realmente a de ataque ao bem jurídico tutelado; enquanto que os atos executórios seriam inequívocos, porque revelam a intenção inconfundível de ofender o bem jurídico tutelado. <sup>u</sup>

---

<sup>s</sup> Como GEYER, SCARANO, EUSEBIO GÓMEZ (*apud* ZAFFARONI & PIERANGELI, *Da tentativa*, cit., p. 46).

<sup>t</sup> Esse o critério defendido por NORONHA (*Questões acerca da tentativa*, p. 237).

<sup>u</sup> Esse o critério do Código italiano (*apud* ZAFFARONI & PIERANGELI, *Da tentativa*, cit., p. 47). Entre nós apareceu adotado expressamente em JUTACRIM 64/256 e 83/371, p. ex. É também o defendido por MACHADO (*Direito criminal*, cit., p. 154).

<sup>43</sup> O critério material do ataque ao bem jurídico, que caracterizaria como atos executórios os que atingem diretamente o bem tutelado, enquanto os atos preparatórios não atacariam diretamente o bem jurídico tutelado pelo tipo. <sup>v</sup>

<sup>44</sup> Um critério formal-objetivo, que é, segundo a maioria, o adotado pelo nosso CP (vide abaixo).

<sup>45</sup> Um critério objetivo-material proposto por FRANK, e que ZAFFARONI <sup>w</sup> chama de “concepção natural”, que é freqüentemente lembrado, entre nós, como complemento para o critério formal-objetivo. Dele voltaremos a falar em breve.

<sup>46</sup> Uma teoria objetiva-individual, proposta por WELZEL, e que nos parece a menos imperfeita. Sobre ela discorreremos a seguir.

<sup>47</sup> É majoritário o entendimento de que o CP adotou um critério formal-objetivo, para essa distinção. Por esse critério, são atos executórios aqueles que iniciam a realização da ação típica, descrita no tipo incriminador. <sup>x</sup> O agente começa a execução do delito quando começa a realizar o tipo, ou seja, quando inicia a realização da conduta que constitui o núcleo do tipo incriminador, <sup>y</sup> a ação correspondente ao verbo nuclear do tipo. Executar o delito é praticar o verbo típico. Começo da execução é igual a começo da ação típica. Todo tipo incriminador contém um ou mais verbos, que descrevem a conduta típica. É ato executório, segundo esse critério formal-objetivo, o ato típico, aquele que coincide com o verbo nuclear do tipo; executa o delito, ou começa a executá-lo, quem pratica o verbo contido no tipo incriminador. Iniciar um homicídio é começar a matar, iniciar um furto é começar a subtrair, etc.

<sup>48</sup> Evidentemente esse critério formal-objetivo é insatisfatório, e sua aplicação pura e estrita levaria a soluções aberrantes em crimes como o furto, o roubo, o estupro, e tantos outros. Os delitos de atividade (estupro, atentado ao pudor, calúnia), p. ex., aplicado estritamente o critério formal-subjetivo, seriam delitos que não admitiriam tentativa, <sup>z</sup> porque ou o agente pratica a conduta, e então o delito já está consumado, ou não a pratica, e, portanto, não começou a execução.

<sup>49</sup> Quanto ao furto, p. ex., pelo critério formal-objetivo só haveria começo de execução quando o agente tomasse posse física da coisa, deslocando-a. O meliante que fosse surpreendido no esforço para violar a tampa de um cofre, dentro da casa da vítima, após ter arrombado a porta, não poderia ser acusado de tentativa de furto, por mais patente que fosse sua intenção de furtar: ainda não começou a subtrair, e a invasão da casa, e o rompimento do obstáculo, seriam meros atos preparatórios. Da mesma forma imagine-se que Caio, querendo estuprar Lívia, usa poderoso narcótico para deixá-la desacordada, depois amarra-a na cama, em posição propícia à penetração, despe-se e coloca-se sobre ela, pronto para a conjunção, sendo surpreendido nesse instante. Pelo critério for-

---

<sup>v</sup> Adotado expressamente em JUTACRIM 93/132.

<sup>w</sup> ZAFFARONI & PIERANGELI, *Da tentativa*, cit., p. 50.

<sup>x</sup> FRAGOSO, *Lições ... cit.*, p. 251.

<sup>y</sup> Nesse sentido BITENCOURT, *Manual de direito penal*, p. 359.

<sup>z</sup> Nesse sentido ZAFFARONI & PIERANGELI, *Da tentativa*, cit., p. 59.

mal-subjetivo, não houve tentativa, mas só atos preparatórios, porque o agente não iniciou a conjunção carnal.

<sup>50</sup> No entanto tais soluções são evidentemente iníquas, e, bem por isso, não têm prevalecido na jurisprudência, que, sabiamente, vem dando interpretação mais ampla ao conceito de início da execução.

<sup>51</sup> O critério formal-objetivo tem, todavia, uma qualidade: é o que melhor assegura o respeito ao princípio da legalidade, vinculando estreitamente a noção de tentativa ao tipo incriminador.

<sup>52</sup> Modernamente se sugere acrescer ao critério formal-objetivo uma complementação, proposta originalmente por FRANK, segundo a qual se consideram também atos executórios aqueles que, por sua vinculação necessária com a ação típica, aparecem como parte integrante dela, segundo uma concepção natural. Essa análise da vinculação necessária é feita a partir do ponto de vista de um terceiro, um observador hipotético, que analisa o fato a partir de uma “concepção natural”, que EDUARDO CORREIA prefere chamar de experiência comum.  
<sup>aa</sup> Na prática, a concepção de FRANK significa: é ato executório aquele necessariamente vinculado com a ação típica, segundo o que acontece ordinariamente.

<sup>53</sup> Mesmo com esse complemento, não se chega ao resultado ideal, porque essa referência ao *quod plerumque accidit* é vaga, e há crimes onde o plano do agente segue um roteiro diverso do ordinário. O critério mais satisfatório — embora ainda imperfeito — é o chamado objetivo-individual. Para essa tese sempre se há de partir da ação típica do delito em particular (subtrair, matar, etc.), e partindo daí, verificar se, de acordo com seu plano delitivo, o agente realizou uma atividade imediata à realização típica. <sup>bb</sup> Incluem-se, então, como atos executórios, aqueles que, sem realizar a conduta expressa pelo verbo nuclear do tipo, são imediatamente anteriores a essa conduta. Mas essa imediata anterioridade não é aferida segundo a opinião de um observador hipotético, ou baseada numa experiência comum. Ao contrário: depende da observação concreta do plano do agente, no caso em exame. Analisa-se se, no plano concreto do autor do delito, no roteiro que traçou para realização do crime, o ato era ou não imediatamente anterior à conduta nuclear do tipo. Se era, então é também ato executório. Assim, “a) o começo da execução do delito não é o começo da execução da ação típica; b) o começo da execução do delito abarca aqueles atos que, conforme o plano do autor, são imediatamente anteriores ao começo da execução da ação típica (e, logicamente, também o começo de execução da ação típica); c) um ato parcial será imediatamente precedente da ação típica quando entre este a ação típica não exista outro ato parcial; d) para se determinar se há ou não outro ato intermediário dever-se-á tomar em conta o plano concreto do autor, e não o que possa imaginar um observador alheio”. <sup>cc</sup>

<sup>54</sup> Por esse critério objetivo-individual se alcançam soluções mais razoáveis

<sup>aa</sup> Apud ZAFFARONI & PIERANGELI, *Da tentativa*, cit., p. 50.

<sup>bb</sup> WELZEL, *Derecho penal aleman*, cit., p. 224. A tese foi originalmente concebida por BELING e desenvolvida por WELZEL (NORONHA, *Questões acerca da tentativa*, p. 236).

<sup>cc</sup> ZAFFARONI & PIERANGELI, *Da tentativa*, cit., p. 56-7. Entre nós a tese recebeu o apoio de DAMÁSIO, *Direito penal*, vol. 1, p. 284.

para questões como a do furtador pilhado dentro da casa da vítima, antes de subtrair, ou do estuprador flagrado segundos antes de penetrar a ofendida, exemplos citados linhas atrás. Pela teoria objetiva-individual, em todos esses casos há delito tentado, porque os atos realizados – invasão da casa, arrombamento do cofre, no caso do furto; drogar e amarrar a vítima, despir-se o agente e postar-se sobre ela, no exemplo do estupro – são, no plano do agente, imediatamente anteriores às ações típicas – subtrair, no furto, e copular, no estupro.<sup>dd</sup>

<sup>55</sup> Outros exemplos de atos que, segundo o critério objetivo-individual, são todos executórios, e não imediatamente preparatórios: sacar a arma municionada e fazer pontaria na direção da vítima visada, numa tentativa de homicídio; deslizar furtivamente pela sacada externa da casa que se pretende furtar; ter preparada a pimenta que se pretende lançar nos olhos da vítima do roubo, enquanto se mantém ligado o motor do carro para a fuga.<sup>ee</sup>

<sup>56</sup> Sumariando, o ato é executório, e não apenas preparatório, sempre que:

<sup>57</sup> a) coincide com o verbo nuclear do tipo, ou

<sup>58</sup> b) é imediatamente anterior à conduta nuclear do tipo, de acordo com o plano concreto do agente.

<sup>59</sup> Ato imediatamente anterior é aquele que, segundo o plano do agente, é o que antecede diretamente a ação típica.

### 5.a.2 Presença do elemento subjetivo

<sup>60</sup> O elemento subjetivo indispensável da tentativa é o dolo. Não há tentativa sem dolo.

<sup>61</sup> Só há tentativa quando o agente quer consumir o delito, e não consegue. Esse querer consumir o delito é elemento indispensável da tentativa. Quem não consuma o delito porque não quer não pratica delito tentado (pode ser caso de atipicidade, ou de desistência voluntária, como veremos depois).

<sup>62</sup> Não existe um “dolo de tentativa”. O dolo, na tentativa, é a vontade dirigida no sentido do resultado que consuma o crime, <sup>ff</sup> é a vontade livre e consciente de consumir o delito: é o dolo do tipo consumado.

<sup>63</sup> A tentativa não exige, por outro lado, o dolo direto. Em todos os casos onde o tipo admite o dolo eventual, a tentativa também o admite. Ou, em termos simples: se o delito consumado admite dolo eventual, a forma tentada desse delito também admite. Há, excepcionalmente, tipos que não admitem o dolo

---

<sup>dd</sup> Essa tese vem encontrando eco na jurisprudência pátria. Em RF 201/276 se condenou por furto tentado agente flagrado dentro da casa, forçando a porta de um dos quartos. O TACRIMSP, na AC 254.521, condenou por tentativa de roubo agentes flagrados do lado de fora da casa que pretendiam assaltar, armados, taticamente distribuídos num esquema de vigilância e cobertura, munidos de intercomunicadores, com carros prontos para a fuga (*apud* ZAFFARONI & PIERANGELI, *Da tentativa*, cit., p. 139-142).

<sup>ee</sup> Todos exemplos de WELZEL (*Derecho penal aleman*, cit., p. 225).

<sup>ff</sup> FRAGOSO, *Lições ... cit.*, p. 253.

eventual. P. ex. o art. 180 prevê a receptação de coisa que o autor sabe ser produto de crime. Esse sabe ser excluído do dolo eventual ou o tem dúvida sobre. Exige o saber efetivo, ou seja, o dolo direto. Esse tipo, portanto, não pode ser realizado mediante dolo eventual. Outro exemplo semelhante está no art. 339: ali, o agente tem que saber que a pessoa que acusa é inocente. Somente o dolo direto é admitido pelo tipo. Outros exemplos: arts. 237, 340. Em todos esses casos não cabe dolo eventual nem na forma consumada nem na forma tentada.

<sup>64</sup> Quando dizemos que a vontade de consumir o delito é um elemento da tentativa estamos dizendo, de forma simplificada, que a tentativa exige a plenitude do tipo subjetivo. O tipo subjetivo deve estar presente e completo, íntegro, para que haja um delito tentado. Por isso se diz que há, na tentativa, um defeito de congruência entre o tipo objetivo e o tipo subjetivo. Este último aparece inteiro e íntegro: a vontade do agente abrange todo o tipo objetivo, que ele quer realizar. Mas o tipo objetivo aparece truncado, porque falta, no fato em exame, um dos seus elementos: o resultado.

<sup>65</sup> O elemento subjetivo geral, nos tipos dolosos, é o dolo: a vontade livre e consciente de realizar a figura típica, ou, em termos esquemáticos, a vontade de consumir o delito. Esse elemento subjetivo geral é o mínimo que se exige, para que se possa cogitar de delito tentado. De onde se tira, de imediato, uma conclusão: não há delito culposamente tentado. Se a vontade de realizar o tipo é indispensável na tentativa, não pode haver tentativa de crime culposamente: neste o agente não quer realizar o tipo.

<sup>66</sup> Quando, porém, o tipo incriminador exige, além do elemento subjetivo geral, um elemento subjetivo especial (como um especial fim de agir, ou uma tendência especial do agente), também este precisa estar presente, para que possa haver delito tentado. Assim, p. ex., no crime do art. 216, que exige uma tendência libidinosamente do agente; no do art. 231, que numa de suas formas exige a intenção de transmitir moléstia; no crime do art. 159, que exige a intenção de obter resgate.

### 5.a.3 Não-consumação involuntária

<sup>67</sup> Para haver delito tentado, exige o art. 14 que o agente inicie a execução do delito, com intenção de consumá-lo, e que a consumação não ocorra por razões alheias à vontade do agente. Abre-se, portanto, uma bifurcação: iniciada a execução de um delito, a consumação pode não advir (a) pela vontade do agente ou (b) por razões alheias à vontade do agente. Só no segundo caso há tentativa. Quando, iniciada a execução dolosa do *iter*, a consumação deixa de ocorrer porque o agente não quis que ocorresse, tem-se desistência voluntária ou arrependimento eficaz.

#### Figura 2. Tentativa e desistência.

Razão da não-consumação do delito	Efeito	Norma
Vontade do agente (posso, mas não quero)	Desistência ou arrependimento	Art.15

Qualquer uma, alheia à vontade do agente (quero, mas não posso)	Tentativa	Art.14
---	-----------	--------

<sup>68</sup> Sobre a desistência voluntária falaremos adiante. Aqui, interessa frisar que só há tentativa quando o agente quer, e continua querendo, consumir o delito, mas não o consegue. Na tentativa, o agente diz “quero, mas não posso”, enquanto na desistência diz “posso, mas não quero”. <sup>gg</sup>

<sup>69</sup> No delito tentado o agente inicia a execução do delito e, no entanto, o resultado naturalístico não se produz. Na representação gráfica da fig. 1, algo se interpõe entre a fase 3 e a fase 4, impedindo que esta se realize. Esse algo que impede a produção do resultado é qualquer fator, desde que seja estranho à vontade do agente. P. ex., num homicídio tentado o resultado pode não ocorrer porque o agente tem má pontaria e erra todos os disparos de revólver que faz contra a vítima; ou porque o agente é detido e desarmado depois de ter disparado um tiro só; ou porque a vítima ferida é socorrida a tempo e salva pelos médicos; ou simplesmente porque os tiros não atingem órgãos vitais. O que importa é que a execução é iniciada, mas o resultado não acontece, por um fator que não é a vontade do agente.

<sup>70</sup> O *iter*, na tentativa, pode ser interrompido (a) durante a fase de execução, que não se completa. Nessa hipótese, não é somente a consumação que não ocorre: a execução mesma não é concluída, é interrompida, abortada. Diz-se, então, que há tentativa imperfeita ou inacabada. Ou, em outra hipótese, (b) o *iter* é interrompido depois de esgotada a fase executória: depois que o agente esgota seu potencial ofensivo, e realiza todos os atos executórios necessários e suficientes para produzir o resultado, e este, contudo, não acontece. Diz-se, aqui, que houve tentativa perfeita, ou crime falho.

**Figura 3. Tentativa perfeita e imperfeita.**

Execução começada e interrompida	Resultado não ocorre	Tentativa imperfeita ou inacabada
Execução começada e concluída	Resultado não ocorre	Tentativa perfeita ou crime falho

<sup>71</sup> P. ex., o *iter* é interrompido antes de esgotada a execução quando o agente dispara um tiro contra a vítima e, antes que possa disparar os outros 5 projéteis que tem na arma, é rendido e desarmado por terceiro. A execução é interrompida, aí, sem que o agente tenha esgotado seu potencial ofensivo. Num outro exemplo, o agente esgota a munição do revólver, atirando seis vezes contra a vítima, e ainda lhe dá alguns chutes, antes de ir embora, mas a vítima não morre, porque foi socorrida a tempo, ou porque os tiros não atingiram órgãos vitais. O agente esgotou todos os atos executórios mas mesmo assim o resultado não ocorreu. Num e noutro caso há tentativa. O que importa é que a fase executória foi pelo menos iniciada, e o resultado não aconteceu por razões alheias à vontade do agente.

<sup>gg</sup> As frases são de FRANK (*apud* FRAGOSO, *Lições ... cit.*, p. 256).

### 5.b Pena da tentativa

<sup>72</sup> Como se determina a pena do delito tentado? É o art. 14, parágrafo único, quem responde. Aplica-se a pena do delito consumado, diminuída de um a dois terços. Essa regra é geral. Não se aplica nos casos em que a norma especial manda punir a tentativa com a mesma pena do crime consumado, como nos crimes de atentado (vide item 6.d, *infra*). Ou nos casos em que norma extravagante prevê outro critério para fixação da pena da tentativa (como no já citado art. 15, § 2º, da L. 7.170).

<sup>73</sup> De acordo com o critério majoritário, o grau de redução é determinado em função do *iter* percorrido. Quanto mais perto chegou o agente da consumação, menor o grau de redução. Quanto mais distante da consumação a execução foi interrompida, maior o grau de redução da pena. <sup>hh</sup>

### 5.c Classificação da tentativa

<sup>74</sup> Diz-se a tentativa perfeita (sinonímia: crime falho) quando o agente esgota toda a atividade executória, realizando todos os atos de execução necessários e suficientes para produzir o resultado visado e, mesmo assim, este não ocorre. O agente realiza o processo executório do começo ao fim, esgotando sua potencialidade lesiva. Faz tudo que era necessário e suficiente para conseguir o resultado. Concretiza todos os atos do seu plano de execução. E, no entanto, o resultado não ocorre. P. ex.: o agente atira contra a vítima que quer matar, até esgotar toda sua munição, sem acertá-la. Vide a fig. 3, *supra*.

<sup>75</sup> Diz-se a tentativa imperfeita (sinonímia: tentativa inacabada) aquela em que o agente não conclui a atividade executória, que é interrompida — por razão alheia à sua vontade — antes de ser esgotada a potencialidade lesiva do agente e praticados todos os atos objetivamente necessários e suficientes para consumir o resultado. Aqui, o agente não consegue completar a realização de todos os atos de seu plano executório. Realiza um, ou alguns dos atos executórios, mas não chega a concretizar todos os atos que seriam necessários e suficientes para alcançar o resultado. P. ex.: o agente, depois de disparar o primeiro tiro contra a vítima que deseja matar, é dominado e desarmado por terceiro, e não consegue disparar os projéteis ainda disponíveis. Vide a fig. 3, *supra*.

<sup>76</sup> Chama-se de tentativa inidônea o crime impossível. A tentativa inidônea (sinonímia: tentativa inadequada, tentativa inútil, crime impossível) é tratada no art. 17 do CP, que diz que “não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumir-se o crime”. Assim, na letra do Código, há crime impossível (a) quando o meio empregado é absolutamente ineficaz para produzir a consumação do delito ou (b) quando o objeto do delito é absolutamente impróprio para sofrer a lesão que o agente intenta produzir. Não há sanção penal para a tentativa inidônea, seja por ineficácia do meio, seja por impropriedade do objeto.

<sup>77</sup> Tentativa branca é aquela da qual não resulta nenhum dano ao bem jurídico

---

<sup>hh</sup> Nesse sentido DELMANTO, CP comentado, p. 24.

visado pelo agente. P. ex.: Caio atira contra Tício várias vezes, para matá-lo, mas nenhum dos tiros acerta a vítima.

<sup>78</sup> Tentativa qualificada é o nome que se dá à desistência voluntária ou ao arrependimento eficaz, quando os atos praticados são puníveis como crimes autônomos.

#### 5.d Delitos que não admitem tentativa

<sup>79</sup> Com base nos elementos da tentativa, pode-se elaborar uma lista dos delitos que não a admitem:

<sup>80</sup> Delitos culposos: se a tentativa pressupõe a vontade de realizar o tipo, é incompatível com o delito culposo, onde o agente não quer realizar o tipo. ii Pode haver tentativa nos casos de culpa imprópria, jj mas nestes não há crime culposo, e sim crime doloso punido com a pena do culposo. kk

<sup>81</sup> Delitos omissivos próprios: porque o tipo descreve um não fazer, e não há como imaginar uma tentativa de não fazer. Ou o agente se omite — e o tipo está integralmente realizado — ou não se omite, e não há tentativa. São delitos unissubsistentes. ii Os delitos permanentes de forma exclusivamente omissiva são delitos omissivos próprios. Por isso não admitem tentativa. Os delitos omissivos impróprios são delitos de resultado. Admitem, pois, a tentativa, sempre que, praticada a omissão com intenção de produzir o resultado, este não acontece.

<sup>82</sup> Delitos unissubsistentes, porque tem um processo executivo unitário (composto de um ato somente), que não pode ser desdobrado em fases ou momentos: a ação coincide, temporalmente, com a consumação.

<sup>83</sup> Delitos preterdolosos em que o conseqüente é punido a título de culpa. A tentativa é incompatível com a culpa, de forma que não cabe tentativa de crime onde o resultado agravador só pode ser causado culposamente. P. ex.: lesão corporal seguida de morte. Nos preterdolosos em que o resultado agravador só é punível a título de culpa (como a lesão seguida de morte), o antecedente doloso admite tentativa. Ou seja: há tentativa de lesão corporal, só não há tentativa de lesão corporal seguida de morte (porque esse resultado agravador é culposo). Há delitos preterdolosos em que o resultado agravador é punido a título de dolo (p. ex. lesão corporal seguida de deformidade permanente ou perda de membro): estes admitem tentativa.

---

ii Ensina BITENCOURT (*Manual ... cit.*, p. 364): na tentativa há intenção sem resultado, no delito culposo há resultado sem intenção.

jj Culpa imprópria (sin.: culpa por extensão, culpa por assimilação), não se trata, realmente, de uma modalidade de culpa, porque não há, aqui, delito culposo, e sim uma conduta dolosa punida — por razões de política criminal — com a pena do crime culposo correspondente. Nessa situação, o agente prevê e quer o resultado, mas incide em (a) erro de tipo, que recai sobre um elemento de justificação (discriminante putativa), ou (b) excesso culposo nas causas de justificação (uso de meio desnecessário, ou uso imoderado de meio necessário, na legítima defesa, p. ex.) ou (c) erro de tipo inescusável.

kk DAMÁSIO, *Direito penal*, cit., vol. 1, p. 290.

ii BRUNO, *Direito penal*, cit., t. II, p. 242.

<sup>84</sup> Delitos de atentado, porque neles o tipo descreve a conduta de tentar realizar determinado resultado. Assim, quando o agente tenta, já estão reunidos todos os elementos do tipo, de forma que o delito está consumado. Ou, em termos simples: não pode haver tentativa de tentativa. P. ex.: art. 9º da L. 7.170/83 (tentar submeter o território nacional a soberania de outro país); art. 309 da L. 4.737/65 (tentar votar mais de uma vez).

<sup>85</sup> Segundo o entendimento dominante <sup>mm</sup> os delitos habituais não admitem tentativa, porque neles os atos executórios são indiferentes penais, enquanto não se caracterizar a reiteração habitual. Essa solução não satisfaz. Quando alguém, declaradamente querendo estabelecer uma casa de prostituição, visando lucro, constrói luxuosa boate, com quartos para os encontros sexuais, arregaimenta pessoal, recruta as prostitutas, promove publicidade da data agendada para a grande inauguração, o primeiro comércio carnal já é ato executório: configura tentativa. Iniciar a manutenção de uma casa de prostituição é tentativa de mantê-la habitualmente. Defendemos, pois, que os crimes habituais admitem, ao menos em tese, a tentativa. <sup>nn</sup>

<sup>86</sup> Não nos parece correta, *data venia*, a opinião corrente de essa afirmação de que as contravenções penais não admitem tentativa, por força do art. 4º da LCP. Admitem-na, em tese ao menos. Ocorre que o art. 4º da LCP diz que a tentativa de contravenção não é punível. <sup>oo</sup> Não ser punível não é o mesmo que não ser possível.

<sup>87</sup> Se Caio manda imprimir, para propaganda de sua loja, impresso que pessoa rústica confundiria com moeda, mas a polícia apreende o panfleto quando os garotos contratados para fazer a distribuição estão a caminho das ruas, para distribuí-lo, houve um ato executório da contravenção do art. 44 da LCP, que não se consumou por razão alheia à vontade do agente. É uma tentativa de contravenção, não punível. Perceba-se que se a tentativa da contravenção fosse atípica, a polícia não poderia legalmente apreender os panfletos do exemplo acima. Teria que esperar que houvesse a distribuição — e a consumação do delito, portanto — para depois poder interferir. Isso fere a lógica.

<sup>88</sup> O mesmo ocorre no crime do art. 122. É majoritário que tal delito não admite tentativa, porque a lei condiciona a imposição de pena à produção do resultado. Também aqui discordamos da corrente majoritária. No art. 122 a imposição da pena é condicionada à ocorrência do resultado morte ou lesão grave. Note-se que a disposição condicionante não está na norma primária, que descreve a conduta típica, mas na norma secundária, que comina a sanção. Assim, para nós, sem o resultado há tentativa, mas tentativa não punível.

---

<sup>mm</sup> Por todos veja-se DAMÁSIO, *Direito penal*, cit., vol. 1, p. 291.

<sup>nn</sup> Em sentido semelhante, exemplificando com o art. 282, MIRABETE, *Manual de direito penal*, p. 156, e ZAFFARONI & PIERANGELI, *Da tentativa*, cit., p. 60. Estes esclarecem que a moderna tendência doutrinária considera os delitos habituais como tipos em que a intenção de praticar o fato com habitualidade é apenas um elemento subjetivo especial. Seriam, então, na denominação tradicional, crimes formais, que se consumariam com o primeiro ato típico. Defendendo, também, que o delito habitual admite tentativa, mas com fundamentação diferente: SZNICK, *Delito habitual*, p. 82.

<sup>oo</sup> Cf. DELMANTO, *CP comentado*, p. 23.

## 6 DESISTÊNCIA E ARREPENDIMENTO

<sup>89</sup> Iniciada a fase executória a consumação pode não ocorrer por duas ordens de fatores: (a) a vontade do agente, e (b) fatores alheios à vontade do agente. Quando a consumação não ocorre por razão alheia à vontade do agente, trata-se de tentativa (art. 14). Quando é a vontade do agente que interrompe a execução, ou impede que a consumação aconteça, estamos diante da desistência voluntária ou do arrependimento eficaz (art. 15). Essas duas figuras, de que trata o art. 15, são genericamente chamadas também de tentativa abandonada.

<sup>90</sup> Portanto, a diferença entre a tentativa punível, do art. 14, e a tentativa abandonada, do art. 15, está na razão que impede a consumação. Na tentativa, a vontade do agente é, do princípio ao fim, a de consumir o delito, mas uma razão alheia – oposta, mesmo – à sua vontade interrompe a execução ou impede que o resultado aconteça. Na desistência e no arrependimento do art. 15, o agente principia a execução, querendo consumir o delito, mas, depois de iniciada a execução, muda de propósito, e, por sua vontade, frustra a consumação do delito, ou (a) interrompendo voluntariamente a execução (desistência voluntária) ou (b) praticando nova conduta para, depois de esgotada a fase executória, impedir a ocorrência do resultado (arrependimento eficaz).

<sup>91</sup> A diferença entre a desistência voluntária e o arrependimento eficaz reside, então, nisto:

<sup>92</sup> na desistência, o agente interrompe a execução do delito. Ou seja, a execução já começou, mas não foi ainda concluída: está em andamento. E, durante a fase executória, o agente muda de propósito, e interrompe-a: o agente não prossegue; pp

<sup>93</sup> no arrependimento (sinonímia: resipiscência, arrependimento ativo) a fase executória já está concluída: o agente esgotou seu potencial ofensivo, e realizou todos os atos necessários e suficientes para consumação do delito. Há, assim, tentativa perfeita. E, depois de encerrada a fase executória, o agente pratica uma nova atividade, para impedir que o resultado se produza.

<sup>94</sup> Logo, só cabe desistência na tentativa imperfeita, e só cabe arrependimento na tentativa perfeita. Na desistência o agente pára de fazer, e no arrependimento o agente desfaz o que fez. A desistência consiste num não fazer, é uma abstenção; o arrependimento consiste num fazer, é uma nova ação.

<sup>95</sup> A desistência tem de ser voluntária, para ser atípica e submeter-se à regra do art. 15. Desistência involuntária é tentativa, submetida à regra do art. 14. Vale dizer: desistência involuntária recebe a pena do delito tentado, com redução de um a dois terços. Só a desistência voluntária é atípica.

<sup>96</sup> Quando uma desistência é voluntária? É tradicional na doutrina responder a essa pergunta citando a frase de FRANK: há desistência quando o agente diz a si mesmo: “posso, mas não quero”; há tentativa quando o agente diz: “quero, mas não posso”. Na realidade a distinção entre a desistência voluntária e a involuntária não é tão simples como a frase lapidar sugere, e demanda investiga-

---

pp FRAGOSO, *Lições ...*, cit., p. 255.

ção mais profunda, que não cabe no propósito deste trabalho.

<sup>97</sup> Basta a voluntariedade da desistência, mas não se exige (a) a sua espontaneidade, <sup>qq</sup> nem (b) que o agente desista por motivo nobre ou ético. Desde que a desistência seja voluntária, beneficia o agente, ainda que não tenha sido iniciativa espontânea sua (como no caso em que cede aos apelos da vítima), ou que se funde na covardia, ou na expectativa de ser beneficiado por uma pena menor, ou outro motivo egoístico.

<sup>98</sup> A desistência, tanto quanto o arrependimento, há de ser eficaz – no sentido de que evita a consumação do delito. Se o agente, voluntariamente, interrompe os atos executórios, porque não quer mais consumir o delito, mas, ainda assim, o resultado típico acontece, há crime consumado. A desistência, porque foi ineficaz para impedir a consumação, não beneficia o agente. O mesmo princípio vale para o arrependimento.

## ÍNDICE DE FIGURAS

<i>Figura 1. Iter Criminis (nos delitos de resultado)</i> .....	5
<i>Figura 2. Tentativa e desistência.</i> .....	12
<i>Figura 3. Tentativa perfeita e imperfeita.</i> .....	13

## BIBLIOGRAFIA

- BITENCOURT, Cezar Roberto. Do crime consumado e do crime tentado. Vol. 646, RT, São Paulo: Ed. RT, p. 247-257.
- \_\_\_\_\_. Manual de direito penal. Vol. 1, 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2000.
- BRUNO, Aníbal. Direito penal. T. I., 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Pena, tentativa, teoria geral do tipo, configuração jurídica. Vol. 239, Rio de Janeiro, set./1997, p. 26-27.
- COELHO, Walter. Teoria geral do crime. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.
- COSTA JR., Paulo José da. Com. ao CP. São Paulo: Saraiva, 1996.
- DELMANTO, Celso, et alii. CP comentado. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito penal. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- HUNGRIA, Nelson. Com. ao CP. Vol. 1, t. II., 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- MACHADO, Luiz Alberto. Direito criminal. São Paulo: RT, 1987.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. CP interpretado. São Paulo: Atlas, 1999.

---

<sup>qq</sup> Nesse sentido JUTACRIM 81/26, 65/210, RT 607/336, 526/390, apud DELMANTO, CP comentado, p. 25.

NORONHA, Magalhães. “Questões acerca da tentativa”. In Estudos de direito e processo penal em homenagem a Néelson Hungria. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1962, p. 235-248.

SZNICK, Valdir. Delito habitual. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987.

WELZEL, Hans. Derecho penal alemán. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez. 11. ed., Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Da tentativa. 6. ed., São Paulo: RT, 2000.