

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MAYLSON CALIXTO BUBA

**CRIMES MATERIAIS E CRIMES FORMAIS:
CONSUMAÇÃO E TENTATIVA**

CURITIBA

2010

MAYLSON CALIXTO BUBA

**CRIMES MATERIAIS E CRIMES FORMAIS:
CONSUMAÇÃO E TENTATIVA**

**Monografia apresentada como requisito
parcial à conclusão do curso de Direito,
Setor de Ciências Jurídicas, Universidade
Federal do Paraná.**

**Orientador: Prof. João Gualberto Garcez
Ramos**

CURITIBA

2010

TERMO DE APROVAÇÃO

Quem vive sem loucura não é tão sensato como pensa.

François de la Rochefoucauld

**Aos meus pais, Urbano e Veralice.
À minha irmã, Thatiane.
Aos meus amigos.**

AGRADECIMENTOS

Expresso aqui a minha imensa gratidão por toda a ajuda e tempo despendido pelos meus familiares e amigos.

Agradeço aos meus pais, Urbano Buba e Veralice Calixto Buba, por sempre estarem do meu lado em todos os momentos, aguentando todos os percalços do caminho e, principalmente, acreditando que conseguiria meus objetivos.

Agradeço a minha irmã, Thatiane Calixto Buba, por sempre me irritar quando não podia, mas mesmo assim me ajudou quando precisei.

Agradeço aos meus amigos da faculdade, especialmente, Thaís Tiemi Kikuthi, Paula Jedyn e Rayan Araújo, por formarem o nosso quarteto que não se separou desde o 1º ano do curso.

RESUMO

A determinação da tentativa e da consumação nos crimes formais e crimes materiais é de grande relevância no Direito Criminal. O *iter criminis* deve ser analisado em todas as suas fases para que se identifique onde se encontra o momento consumativo e quando a modalidade tentada do delito é concretizada. O caminho do crime é formado pela cogitação, preparação, execução, consumação ou tentativa. A correta compreensão dos crimes materiais e formais, além da necessidade de se conhecer o *iter criminis*, exige do aplicador do Direito Criminal a noção de resultado e de dano. No crime material a consumação está vinculada diretamente ao resultado ou evento naturalístico exigido pelo tipo. No crime formal a ação do agente consome o delito independente da verificação de efeitos no mundo exterior, mas há resultado ou evento jurídico. O Código Penal brasileiro adota a posição de que não há crime sem resultado.

Palavras-chave: *iter criminis*; consumação; tentativa; resultado; evento; dano; crime material; crime formal.

RÉSUMÉ

La détermination de la tentative et de la consommation des infractions formelles et infractions matérielles a beaucoup de relevance pour le Droit Pénal. Le *iter criminis* a besoin d'être analysé au sujet de toutes ses phases, afin de identifier où se trouve le moment de la consommation et quand l'espèce tenté de l'infraction est concretisé. Le chemin du crime est formé pour la cogitation, la préparation, l'exécution, la consommation et la tentative. Pour la correcte compréhension des infractions formelles et infractions matérielles le juriste a besoin de savoir la définition du *iter criminis*, et la notion de résultat et de dommage aussi. Dans les infractions matérielles la consommation a un lien direct avec le résultat ou l'événement naturalistique. Les infractions formelles sont consommée independent des résultats au monde extériuer, mais il y a résultat ou événement juridique. Le Code Pénal brésilien a adopté la notion qu'il n'y a pas crime sans résultat.

Mots: *iter criminis*; consommation; tentative; résultat; événement; dommage; infractions formelles; infractions matérielles.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. PARTE I: ITER CRIMINIS	11
2.1 Breve Relato Histórico.....	11
2.2 Cogitação (cogitatio) ou Ideação.....	13
2.3 Preparação (conatus remotus).....	16
2.4 Punibilidade dos Atos Preparatórios.....	17
2.5 Execução.....	19
2.6 Atos Preparatórios x Atos Executórios.....	20
3. PARTE II: CONSUMAÇÃO E TENTATIVA	28
3.1 Consumação: Definição e Natureza Jurídica.....	28
3.2 Elementos da Consumação.....	31
3.3 Tipo Objetivo e Tipo Subjetivo na Consumação.....	32
3.4 Tentativa: Definição e Natureza Jurídica.....	32
3.5 Elementos da Tentativa.....	37
3.6 Tipo Objetivo e Tipo Subjetivo na Tentativa.....	41
3.7 Adequação Típica de Subordinação Mediata, Norma de Extensão da Parte Geral.....	43
4. PARTE III: RESULTADO, CRIMES MATERIAIS E CRIMES FORMAIS	45
4.1 Resultado ou Evento.....	45
4.2 Resultado e Dano.....	46
4.3 Evento Naturalístico.....	48
4.4 Evento Jurídico.....	49
4.5 Crimes Materiais.....	51
4.6 Crimes Formais.....	54
5. CONCLUSÃO	59
6. REFERÊNCIAS	60

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho está estruturado em três partes: Parte I – *Iter Criminis*; Parte II – Consumação e Tentativa; e Parte III – Resultado e Dano, e Crimes Formais e Materiais.

Na primeira parte será desenvolvido o *iter criminis* em todas as suas etapas. Começaremos pela cogitação, partiremos para a preparação e, por fim, analisaremos a execução. A consumação e a tentativa não fazem parte deste capítulo exatamente por constituírem a questão central do trabalho, fazendo jus a um capítulo separado (Parte II).

Avançaremos para a averiguação da consumação, que é a última etapa do caminho do crime. Da mesma forma, será desenvolvido o instituto da tentativa criminosa, ou seja, aquelas situações em que há a vontade (dolo) de consumir o delito, porém, por motivos alheios à vontade do sujeito ativo do crime, não sobrevém a consumação do crime desejada.

Encerrando o desenvolvimento do tema, o último capítulo abrangerá primeiramente a distinção entre resultado naturalístico e resultado jurídico; depois definiremos dano, a fim de extirpar confusões entre o que é resultado e o que é dano; em terceiro lugar, partiremos para a questão fundamental do trabalho: definição dos crimes materiais e formais, bem como a consumação e tentativa nas referidas espécies de crimes.

2. Parte I: *Iter Criminis*

2.1 Breve Relato Histórico

Os romanos não tinham à época a noção de *iter criminis*, em razão disto inexistia o instituto da tentativa. A punição do crime tentado era a mesma que a aplicada ao crime consumado ou não era punida pela ausência de definição legal como fato criminoso.¹

No Direito Romano foi construída a classificação dos crimes em privados e públicos. Nos crimes privados a punição dependia da gravidade do dano exercido pela conduta. De outro lado, nos crimes públicos, a repreensão dependia apenas do início da execução do crime, ou seja, a tentativa era considerada crime perfeito.

A grande contribuição deste período histórico refere-se à elaboração da distinção entre ato criminoso perfeito e imperfeito (*flagitium perfectum* e *flagitium imperfectum*²), a qual era fundada na análise do elemento subjetivo. Tendo isso em vista, a pena do crime imperfeito era abrandada por uma atenuante.³

Do mesmo modo, no Direito Germânico primitivo também não houve qualquer inovação no sentido da criação do instituto do *iter criminis*. Frise-se que alguns atos tentados puniam-se como crimes independentes, no entanto, em outras situações, apenas o começo da execução já possibilitava a aplicação da pena do crime consumado. Faltavam critérios para a definição da resposta do Direito Criminal ao ato delituoso.⁴

Com o passar do tempo houve a elaboração de leis que determinaram a *marcha do crime*, a fim de atribuir a sanção individual. Mesmo assim, não se conseguiu construir a noção perfeita de tentativa.⁵

Na Idade Média os práticos ou praxistas⁶ italianos desenvolveram seus estudos a partir do ponto em que pararam os romanos. Entretanto, ao invés de

¹ Bruno, Anibal. Direito penal: parte geral. 4a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 236.

² Marques, José Frederico Marques. Tratado de direito penal - Campinas: Bookseller, 1997, p. 355.

³ Bruno, Anibal. Op. cit, p. 236-237.

⁴ Bruno, Anibal. Op. cit, p. 237.

⁵ Bruno, Anibal. Op. cit, p. 237.

limitarem-se interpretar os textos do Direito Romano, que era a intenção fundamental dos trabalhos realizados pelos praxistas medievais, eles estavam na verdade criando uma nova doutrina de enorme relevância para o Direito Criminal.⁷

O *iter criminis* é definido nas palavras de ANDREAS ALCIATUS: “*aliud crimen, aliud conatus; hic in itinere, illud un meta est*”. Em uma forma resumida, ALBERTO GANDINO afirma que: “*cogitare, agere sed non perficere*”.⁸ Logo depois, TIBERIO DECIANI fixou o início da execução “*como elemento e requisito da tentativa (conatus est principium exequendi quod animo cogitavit)*”.⁹

É de imensurável importância a doutrina elaborada pelos práticos, uma vez que possibilitou a aplicação da pena atenuada nos casos de tentativa. Além disso, criou-se a teoria da tentativa¹⁰, engendrando a distinção entre crime consumado e tentado.¹¹

Após este grande passo da evolução do instituto do *iter criminis*, o Direito francês, por meio da Lei 22 Prairial, ano IV (art. 2º do Código Penal de 1810), aplicou a *fórmula começo da execução*¹² para a definição do momento da caracterização da tentativa, atribuindo-o um caráter objetivo.¹³

Dada a complexidade do tema, ainda no Direito Penal moderno a doutrina não encerrou todas as discussões, há muito trabalho ainda a ser feito. Já que se vê a necessidade da análise da personalidade do criminoso, a questão do ataque ao bem jurídico, além da averiguação mais aprofundada no sentido do elemento subjetivo, que deixa mais próxima a tentativa da consumação.¹⁴

O Código Penal brasileiro de 1940 adotou a posição do Direito Criminal francês. Então, para que haja qualquer punição criminal o agente deve ultrapassar

⁶ Prado, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro. 5.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 466.

⁷ Bruno, Anibal. Direito penal: parte geral. 4a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 237.

⁸ Bruno, Anibal. Op. cit, p. 237.

⁹ Marques, José Frederico Marques. Tratado de direito penal - Campinas: Bookseller, 1997, p. 367.

¹⁰ Prado, Luiz Regis. Op. cit, p. 466.

¹¹ Bruno, Anibal. Op. cit, p. 237-238.

¹² Bruno, Anibal. Op. cit, p. 238.

¹³ Bruno, Anibal. Op. cit, p. 238.

¹⁴ Bruno, Anibal. Op. cit. p. 238.

esse mínimo de ilicitude do começo da execução, que constitui essencial proteção do direito de liberdade do cidadão.¹⁵

Diante do exposto, passa-se ao exame de todas as etapas do caminho do crime (*iter criminis*) pormenorizadamente. Começaremos pela fase interna (cogitação ou ideação) e seguiremos para a fase externa (preparação e execução). E, finalizando o tema, serão desenvolvidas a consumação e a tentativa criminosa.

2.2 Cogitação (cogitatio) ou ideação

O *iter criminis* se inicia com a cogitação (*cogitatio*)¹⁶, que compõe a fase interna do percurso do crime. Aqui temos o primeiro momento em que se verifica a propulsão à vontade delituosa do sujeito.

ANÍBAL BRUNO define a cogitação como “os atos internos, durante os quais, no espírito do agente, surge a idéia do fato punível, toma forma, debate-se no meio de motivos favoráveis ou contrários, desenvolve-se até a deliberação e propósito final”.¹⁷

A ideação (ou cogitação) se passa exclusivamente no foro íntimo do indivíduo, em razão disto tem a característica marcante da subjetividade.¹⁸ Ocorre, então, na mente¹⁹ do agente a “*elaboração psicológica do propósito delituoso*”.²⁰

Na cogitação o autor forma a ideia criminosa a ser seguida, da mesma forma há o planejamento do desígnio delituoso.²¹ Diante disto, verifica-se que a *cogitatio* é o momento – não é bastante frisar que é de caráter totalmente interno – que dá

¹⁵ Fragoso, Heleno Claudio. Lições de direito penal: parte geral. 15. ed. rev. e atual. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 240.

¹⁶ Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de direito penal. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p 493.

¹⁷ Bruno, Anibal. Direito penal: parte geral. 4a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 229.

¹⁸ Noronha, E. Magalhães. Direito penal. 33.ed. atualizado por Adalberto Jose Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 125.

¹⁹ Greco, Rogério. Curso de direito penal: parte geral. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 269.

²⁰ Jacob, Elias Antonio. Direito penal : parte geral - 2.ed. - Porto Alegre : Síntese, 2001, p. 205.

²¹ Prado, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro. 5.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 466.

impulsão a qualquer atitude criminosa colocada em prática posteriormente, por meio de atos externos.²²

Há que se salientar também a principal característica da cogitação, qual seja, a retratabilidade. Então, neste momento do *iter criminis*, aquele que inicia a cogitação de um plano criminoso pode, a qualquer momento, desistir deste intuito sem que ocorram consequências maiores.²³

ROGÉRIO GRECO distingue a fase interna da externa com maestria ao afirmar que naquela fase há a representação mental do resultado a ser atingido, além do que seleciona os meios adequados para a prática delituosa e verifica quais serão os efeitos da conduta. Após, ao externar a ação, pratica aquilo que se passou na mente, esta é a fase externa.

Ademais, acerca do caráter interno da cogitação que será base dos atos externos, ROGÉRIO GRECO assevera que a “*cogitação é aquela fase do iter criminis que se passa na mente do agente. Aqui ele define a infração penal que deseja praticar, representando e antecipando mentalmente o resultado que busca alcançar*”.²⁴

Quanto à punibilidade da ideação, o Direito Criminal segue o chamado princípio jurídico elementar do *cogitationis poenam nemo patitur*, que se originou com os romanos (ou como os italianos dizem *pensiero non paga gabella* – o pensamento não paga imposto ou direito²⁵). Deste modo, não há interesse, e nem deve ser objeto de preocupação,²⁶ em relação a esta fração do *iter criminis*.²⁷

Constata-se que não há a constituição de um fato punível na cogitação pura e simplesmente.²⁸ Com fulcro na posição de que apenas o fato típico, ilícito e culpável admite a incriminação, o pensamento do agente não pode causar a imposição de

²² FERNANDO CAPEZ define a cogitação como o instante em que “*o agente apenas mentaliza, idealiza, prevê, antevê, planeja, deseja, representa mentalmente a prática do crime*”. (Capez, Fernando. Curso de direito penal: parte geral : volume 1. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 211).

²³ Machado, Luiz Alberto. Direito criminal: (parte geral). São Paulo: R. dos Tribunais, 1987, p. 153.

²⁴ Greco, Rogério. Op. cit, p. 268-269.

²⁵ Noronha, E. Magalhães. Direito penal. 33.ed. atualizado por Adalberto Jose Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 125.

²⁶ Noronha, E. Magalhães. Op. cit, p. 125.

²⁷ Machado, Luiz Alberto. Op. cit., p.153.

²⁸ Jesus, Damásio E. de. Direito penal, volume 1 : parte geral - 28. ed. rev. - São Paulo : Saraiva, 2005, p. 332.

sanções penais, pois há, *in casu*, apenas a vontade do sujeito, nada mais do que isso.²⁹

Outrossim, ressaltando a impunidade da cogitação³⁰, existe no Direito Criminal a regra da *nuda cogitatio*.³¹ ANÍBAL BRUNO aduz que a *nuda cogitatio* não gera punição, haja vista a ideação ser uma fase cercada pela subjetividade do agente, situação que a lei penal não abrange, então defende que “*não são idéias, mas fatos que fazem mover-se o Direito punitivo*”.³²

Levando em conta esta orientação, mesmo a exteriorização da cogitação por meio de, por exemplo, uma ameaça, queda-se inadmissível a punição, exatamente por não ultrapassar o *claustró psíquico*³³ de forma a representar um perigo aos bens tutelados pelo nosso ordenamento jurídico.

A cogitação é analisada pelo juiz no momento da averiguação da culpabilidade do criminoso, visando à determinação do *quantum* adequado de pena, porque é um parâmetro de atribuição de maior ou menor reprovabilidade da conduta do agente.³⁴

Nada obstante, há exceções à regra da não-punibilidade da *cogitatio*, tais quais as previstas no art. 286 (incitação ao crime) e art. 288 (bando ou quadrilha) do Código Penal.³⁵ Isto ocorre em razão da “*impaciência do legislador [que] , então, antecipa-se e não espera que ele se verifique, punindo, em última análise, a intenção, o projeto delituoso*”.³⁶

²⁹ “O Direito Penal fundado na existência de um fato típico, ilícito e culpável rejeita a incriminação da vontade. Somente regimes autoritários perseguem o pensamento e as convicções humanas.” (Dotti, René Ariel. Curso de direito penal : parte geral - Rio de Janeiro : Forense, 2003., p. 324.)

³⁰ Fragoso, Heleno Cláudio. Lições de direito penal: parte geral. 15.ed.rev. e atual. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 239.

³¹ “*Como ensina Welzel, 'a vontade má como tal não se pune, só se pune a vontade má realizada'.*” (Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de direito penal. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 494).

³² Bruno, Anibal. Direito penal: parte geral. 4a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 229-230

³³ “*Somente quando se rompe o claustró psíquico que a aprisiona, e materializa-se concretamente a ação, é que se pode falar em fato típico*”. (Capez, Fernando. Curso de direito penal: parte geral : volume 1. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 211)

³⁴ Dotti, René Ariel. Curso de direito penal : parte geral - Rio de Janeiro : Forense, 2003, p. 324.

³⁵ Noronha, E. Magalhães. Direito penal. 33.ed. atualizado por Adalberto Jose Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 125.

³⁶ Noronha, E. Magalhães. Op. cit., p. 125.

2.3 Preparação (*conatus remotus*)

A preparação, ou *conatus remotus*,³⁷ é a fase subsequente à cogitação³⁸, e se distingue essencialmente pela característica da concretização de atos externos à mente do agente.³⁹ Ademais, determinam-se, neste momento, os meios a serem utilizados, onde e em qual oportunidade será perpetrada a ação delituosa.⁴⁰

A delimitação da preparação é percebida fora do âmbito mental ou psicológico do sujeito (ideação),⁴¹ além disso, a vontade criminosa fica claramente exposta a partir da exteriorização daquilo que se planejou na cogitação.⁴²

ANTONIO JOSÉ MIGUEL FEU ROSA explana acerca do assunto, afirmando que nesta, fase fora do âmbito psicológico, “o agente inicia o processo de exteriorização da vontade – embora ainda não tenha partido para a ‘execução’ propriamente dita”.⁴³

Tendo em vista a concretização de atos externos ao pensamento do homem, o campo de atuação da preparação está bem definido no plano físico ou no mundo externo.⁴⁴

É na preparação que percebemos a constituição e prática da ação objetiva logo após a cogitação.⁴⁵ O que quer dizer que começa a se mostrar a “*exteriorização de atos tendentes à realização do tipo previsto e querido*”.⁴⁶

A preparação tem como finalidade a obtenção de êxito na conduta criminosa deliberada na cogitação, então, revela-se uma íntima ligação com a fase da execução, seria então a atuação voltada a dar subsídios à concretização da execução do delito⁴⁷. No entanto, é preciso frisar que a preparação é formada por

³⁷ Prado, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro. 5.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 466.

³⁸ Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de direito penal. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 494.

³⁹ Bruno, Anibal. Direito penal: parte geral. 4a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p.230.

⁴⁰ Machado, Luiz Alberto. Direito criminal: (parte geral). São Paulo: R. dos Tribunais, 1987, p. 154.

⁴¹ Bitencourt, Cezar Roberto. Op. cit. p. 494.

⁴² Rosa, Antonio Jose Miguel Feu. Direito penal: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 302.

⁴³ Rosa, Antonio Jose Miguel Feu. Op. cit.. p. 302.

⁴⁴ Noronha, E. Magalhães. Direito penal. 33.ed. atualizado por Adalberto Jose Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 125.

⁴⁵ Mirabete, Julio Fabbrini. Manual de direito penal. 21. ed. rev. e atual. por Renato N. Fabbrini. São Paulo: Atlas, 2004, p. 156.

⁴⁶ Jacob, Elias Antonio. Direito penal : parte geral - 2.ed. - Porto Alegre : Síntese, 2001, p. 205.

⁴⁷ Greco, Rogério. Curso de direito penal: parte geral. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 269.

atos imprescindíveis à execução, sem os quais a execução resta prejudicada. Da mesma maneira, é de grande relevância ressaltar que na fase de preparação não há ainda a agressão ao bem jurídico tutelado pelo Direito Criminal.⁴⁸

2.4 Punibilidade dos atos preparatórios

A regra é a de que a preparação não é punível,⁴⁹ dada a irrelevância jurídica dos atos realizados nesta etapa do *iter criminis*.⁵⁰ Em virtude deste fato, a intervenção do Direito Criminal é desnecessária quando há somente atos preparatórios, pois eles “*não caracterizam nem tipificam o crime, razão por que não podem ser considerados 'tentativa'. Podem justificar apenas a aplicação de providências policiais*”.⁵¹ Nesta etapa há apenas uma *expectativa de perigo*⁵², e não uma agressão efetiva ao bem jurídico tutelado.⁵³

Apesar de haver a regra da não-punibilidade da preparação, o legislador por vezes a criminaliza⁵⁴, considerando-a ato executório de outro delito autônomo⁵⁵. É o caso dos crimes de quadrilha ou bando (art. 288) e de petrechos para falsificação de moeda (art. 291).⁵⁶

Como na cogitação, a preparação possui a característica da retratabilidade de seus atos, em razão da equivocidade da conduta do agente.⁵⁷

Há tratadistas que classificam os atos preparatórios em atos externos próximos e atos remotos (ou longínquos). Os primeiros são efetivados pouco antes de iniciar a prática de atos executivos, enquanto os segundos ocorrem longe da

⁴⁸ Capez, Fernando. Curso de direito penal: parte geral : volume 1. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 211.

⁴⁹ Dotti, René Ariel. Curso de direito penal : parte geral - Rio de Janeiro : Forense, 2003, p. 325.

⁵⁰ Fragoso, Heleno Claudio. Lições de direito penal: parte geral. 15.ed.rev. e atual. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.239-240.

⁵¹ Rosa, Antonio Jose Miguel Feu. Direito penal: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 302.

⁵² Rosa, Antonio Jose Miguel Feu.Op. cit., p. 302.

⁵³ Capez, Fernando.Op. cit., p. 211.

⁵⁴ Noronha, E. Magalhães. Direito penal. 33.ed. atualizado por Adalberto Jose Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 125.

⁵⁵ Jesus, Damásio E. de. Direito penal, volume 1 : parte geral - 28. ed. rev. - São Paulo : Saraiva, 2005. p. 332.

⁵⁶ Zaffaroni, Eugenio Raul; Pierangeli, Jose Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 698-699.

⁵⁷ Machado, Luiz Alberto. Direito criminal: (parte geral). São Paulo: R. dos Tribunais, 1987, p. 154.

vítima ou do local do crime.⁵⁸

Acerca da punibilidade dos atos preparatórios existem duas grandes correntes doutrinárias, a dos subjetivistas e a dos positivistas.

Os subjetivistas, representados por MAXIMILIAN VON BURI, defendem que a manifestação do intento criminoso basta para possibilitar a punibilidade da preparação.⁵⁹

Da mesma maneira, posicionam-se favoravelmente à punição da preparação os positivistas⁶⁰, filiados à teoria sintomática da ação (RAFFAELE GAROFALO e ENRICO FERRI),⁶¹ com fulcro na ideia de que haveria consideração dos atos preparatórios como tentativa,⁶² bem como na finalidade de prevenção criminal.⁶³

CEZAR ROBERTO BITTENCOURT deixa bem claro o entendimento da doutrina positivista, tendo em vista que os seus defensores *“reclamam a punição como medida de prevenção criminal (teoria subjetiva), uma vez que o nosso Código Penal exige o início da execução”*.⁶⁴

Apesar de estas correntes defenderem a punição, o Código Penal brasileiro não adotou nenhuma delas, pelo contrário, assevera, em regra, a não-punibilidade da preparação, haja vista que exige o começo da execução para a repressão jurídico-penal, conforme a orientação criada pelo Código Penal francês.⁶⁵ Porém, em casos excepcionais a legislação pune atos preparatórios, como já foi mencionado.⁶⁶

Ademais, ANIBAL BRUNO ressalta que *“em geral, os atos preparatórios não denunciam inequivocamente a que fim são propriamente dirigidos, não basta, sim,*

⁵⁸ Rosa, Antonio Jose Miguel Feu. Direito penal: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 302.

⁵⁹ Machado, Luiz Alberto. Direito criminal: (parte geral). São Paulo: R. dos Tribunais, 1987, p. 154.

⁶⁰ Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de direito penal. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 494

⁶¹ Bruno, Anibal. Direito penal: parte geral. 4a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 231

⁶² Machado, Luiz Alberto. Op. cit., p. 154.

⁶³ “Não são poucos os que defendem a punibilidade deles. O Positivismo Naturalista, apegado à orientação sintomática do crime e ao fim apontado ao direito penal, prega a necessidade de sanção ao ato preparatório”. (Noronha, E. Magalhães. Direito penal. 33.ed. atualizado por Adalberto Jose Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 125)

⁶⁴ Bruno, Anibal. Direito penal: parte geral. 4a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 231.

⁶⁵ Zaffaroni, Eugenio Raul; Pierangeli, Jose Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 698.

⁶⁶ “Há, realmente, atos preparatórios, que, como diz Maurach, em relação ao valor do bem por eles mediamente ameaçado, em relação à própria perigosidade da ação ou simplesmente à perigosidade pessoal do agente, já representam uma ameaça atual à segurança do Direito (Maurach, Deutsches Strafrecht, Karlsruhe, 1954, pág. 426). (Bruno, Anibal. Direito penal: parte geral. 4a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 230)

*para revelar o intento do agente, nem a ameaça que o Direito pretende impedir ao bem por ele tutelado e, desse modo, não podem sofrer a reação da pena”.*⁶⁷

2.5 Execução

Passamos agora à fase de maior importância na análise da consumação e da tentativa,⁶⁸ a execução ou *conatus proximus*.⁶⁹ É o momento em que se inicia o crime, formulando disso há o começo da ação típica, desenvolve-se tanto no aspecto formal, como no material.⁷⁰ Portanto, com a execução “o bem jurídico começa a ser atacado. Nessa fase o agente inicia a realização do núcleo do tipo, e o crime já se torna punível”.⁷¹

Haja vista o exposto, os atos de execução “são atos dirigidos diretamente à prática do crime, ‘quando o autor se põe em relação imediata com a ação típica’”.⁷²

Estamos diante do momento em que o agente criminoso efetivamente põe em prática a *concreção da vontade*⁷³ pensada na cogitação e preparada para a execução.

ELIAS ANTONIO JACOB descreve as etapas que o *iter criminis* passa até a execução, explanando que “esse itinerário (*iter criminis*) inicia-se na elaboração psicológica do propósito delituoso, prossegue com a exteriorização de atos tendentes à realização do tipo previsto e querido e se encerra com a concreção da vontade, completando a conduta típica”.⁷⁴

⁶⁷ Bruno, Anibal. Direito penal: parte geral. 4a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 230.

⁶⁸ Greco, Rogério. Curso de direito penal: parte geral. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 269.

⁶⁹ Prado, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro. 5.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 466.

⁷⁰ Machado, Luiz Alberto. Direito criminal: (parte geral). São Paulo: R. dos Tribunais, 1987, p. 154.

⁷¹ Capez, Fernando. Curso de direito penal: parte geral : volume 1. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 212.

⁷² Mirabete, Julio Fabbrini. Manual de direito penal. 21. ed. rev. e atual. por Renato N. Fabbrini. São Paulo: Atlas, 2004, p. 157.

⁷³ Jacob, Elias Antonio. Direito penal : parte geral - 2.ed. - Porto Alegre : Síntese, 2001, p. 205.

⁷⁴ Jacob, Elias Antonio. Op. cit., p. 205.

Assim sendo, é possível afirmar que o agente criminoso “*ao praticar o primeiro 'ato de execução' o agente abandona a fase do projeto e da mera vontade de violar o direito de outrem, principiando, por conseguinte, a consumação*”.⁷⁵

A noção mais detalhada de execução será devidamente elucidada após a averiguação da diferenciação dos atos preparatórios e executórios no item subsequente.

2.6 Atos preparatórios x Atos executórios

Na doutrina existem vários critérios ou teorias para efetuar a diferenciação entre atos preparatórios e atos executórios, mesmo assim, temos um grande mister⁷⁶ nesta questão, qual seja, definir qual é mais adequado para delimitar o âmbito de fim da preparação e do início da execução.⁷⁷ Aliás, é importante ressaltar que essa distinção é de enorme peso para definir se a conduta é atípica ou se o agente incorre na tentativa criminosa, que só pode ocorrer após o início dos atos executórios (esta questão ficará bem elucidada na Parte II).

Neste sentido, JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI e EUGENIO RAUL ZAFFARONI explicam que “*o problema mais crítico e árduo da tentativa é a determinação da diferença entre os atos executivos, ou de tentativa, e os atos preparatórios, que normalmente não são puníveis (excepcionalmente puníveis na parte especial). O problema da determinação deste limite é difícilimo, e, ao mesmo tempo, importantíssimo, porque se trata de um limite da tipicidade*”.⁷⁸

Os posicionamentos que mais se destacam são: as teorias negativas, a teoria subjetiva e as teorias objetivas (univocidade, equivocidade, objetiva-formal, objetiva-material, compositiva ou mista e objetiva-individual).

As teorias negativas formam o conjunto de opiniões que se utilizam de premissas e de fundamentos diferentes, mas têm em comum a mesma conclusão: a

⁷⁵ Rosa, Antonio Jose Miguel Feu. Direito penal: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 303.

⁷⁶ Zaffaroni, Eugenio Raul; Pierangeli, Jose Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 702

⁷⁷ Bruno, Anibal. Direito penal: parte geral. 4a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 232.

⁷⁸ Jesus, Damásio E. de. Direito penal, volume 1 : parte geral - 28. ed. rev. - São Paulo : Saraiva, 2005, p. 334.

rejeição dos critérios de definição dos atos executórios e da modalidade tentada dos crimes⁷⁹. Tendo em vista essa premissa, os adeptos desta corrente acreditam que “a lei não deveria distinguir entre atos executivos e atos de tentativa, e puni-los todos de igual forma”.⁸⁰

Além disso, segundo JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI e EUGENIO RAUL ZAFFARONI “a fórmula da tentativa, aqui, seria a maior violação aos princípios da legalidade e da reserva penais”.⁸¹

Em outro sentido, o critério subjetivo funda-se na fase interna do autor, afasta o vínculo com a conduta típica em si. É adotado o ponto de vista subjetivo do autor, ao invés de analisar o cumprimento parcial do tipo.⁸² A manifestação de vontade, por meio de *atos inequívocos*⁸³, que vise a cometer o delito é suficiente para definir o início da execução.⁸⁴

FERNANDO CAPEZ destaca os pontos negativos da teoria subjetiva e, com base em seus defeitos, posiciona-se pela rejeição dela, já que “foi criticada pela doutrina, porque o agente é apontado, cedo demais, como delinqüente, correndo-se o risco de dilatar ao infinito o esquema de incriminação, de forma que ponha em perigo o próprio princípio da legalidade. Além disso, torna possível incriminar o crime até mesmo em sua fase de cogitação”.⁸⁵

Diante do exposto, subsistem incoerências da teoria subjetiva, uma vez que ela dá margem ao entendimento de que atos meramente preparatórios podem configurar a tentativa delituosa.⁸⁶ Destarte, percebe-se que “um critério subjetivo puro de distinção não pode funcionar, porque qualquer ato de preparação acaba sendo um ato de tentativa, já que a vontade criminosa há em todas as etapas”.⁸⁷

⁷⁹ Zaffaroni, Eugenio Raul; Pierangeli, Jose Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 702.

⁸⁰ Zaffaroni, Eugenio Raul; Pierangeli, Jose Henrique. Op. cit., p. 702-703.

⁸¹ Zaffaroni, Eugenio Raul; Pierangeli, Jose Henrique. Op. cit., p. 703

⁸² Capez, Fernando. Curso de direito penal: parte geral : volume 1. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 214

⁸³ “Haveria tentativa quando o agente, de modo inequívoco, exteriorizasse sua conduta no sentido de praticar a infração penal.” (Greco, Rogério. Curso de direito penal: parte geral. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 272)

⁸⁴ Martins, José Salgado. Direito penal: introdução e parte geral. São Paulo, Saraiva, 1974, p. 252.

⁸⁵ Capez, Fernando. Op. cit. 214

⁸⁶ Zaffaroni, Eugenio Raul; Pierangeli, Jose Henrique. Op. cit., p. 703.

⁸⁷ Zaffaroni, Eugenio Raul; Pierangeli, Jose Henrique. Op. cit., p. 703.

Explanaremos agora acerca das teorias objetivas, começando pela distinção entre atos equívocos e atos inequívocos.

Os penalistas clássicos usavam a distinção entre atos preparatórios equívocos e atos executivos unívocos. De acordo com os ensinamentos de JULIO FABRINI MIRABETE os atos preparatórios são considerados “os atos *distantes da consumação e atos de execução como os próximos desta; os primeiros são seriam perigosos em si, enquanto os atos executórios colocam em risco o bem jurídico; os atos preparatórios seriam equívocos e os de execução inequívocos etc*”.⁸⁸

Pautava-se, a classificação, na certeza ou não de que os atos realizados visavam à preparação – quando ainda equívocos – ou à execução – a partir do momento em que passavam o limite da equivocidade – adentrando nos atos unívocos. Esse posicionamento, na verdade, trouxe mais problemas do que soluções para a definição dos atos preparatórios e atos executórios.⁸⁹

Em suma, teríamos que os atos equívocos não implicam em perigo algum, uma vez que são remotos ou distantes, e, por outro lado, os atos unívocos configurariam risco ao bem jurídico tutelado por serem próximos.⁹⁰ Aqueles atos são classificados como atos preparatórios e estes executórios.⁹¹

Não é de mais ressaltar que os atos equívocos nos revelam uma possibilidade, a de poderem vir a implicar em tanto uma conduta típica como uma ação lícita. Em outro sentido, estão os atos unívocos, os quais não deixam margem à probabilidade, mas sim definem que o agente incorre na *comissão delitiva*.⁹²

O maior defensor do critério da equivocidade/univocidade foi FRANCESCO CARRARA, porém, ele mesmo, após algum tempo, admitiu as deficiências do referido critério.⁹³

Da mesma maneira, GIOVANNI CARMIGNANI rejeitou a posição da doutrina de FRANCESCO CARRARA, criando outro critério com base nos elementos do sujeito ativo

⁸⁸ Mirabete, Julio Fabbrini. Manual de direito penal. 21. ed. rev. e atual. por Renato N. Fabbrini. São Paulo: Atlas, 2004, p. 157.

⁸⁹ Dotti, René Ariel. Curso de direito penal : parte geral - Rio de Janeiro : Forense, 2003, p. 325.

⁹⁰ Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de direito penal. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 495.

⁹¹ Zaffaroni, Eugenio Raul; Pierangeli, Jose Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 703.

⁹² Prado, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro. 5.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 470.

⁹³ Bruno, Anibal. Direito penal: parte geral. 4a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 232.

primário (o agente criminoso), do sujeito ativo secundário (os meios utilizados para cometer o delito), do sujeito passivo do atentado (pessoas ou coisas que são afetadas pelo crime) e do sujeito passivo da consumação (pessoa ou coisa sobre a qual ocorre a execução).

Acerca desta teoria, explica ANIBAL BRUNO que os “*atos preparatórios são os que se esgotam no sujeito ativo primário ou secundário, não passam ao sujeito passivo; atos de execução os que recaem sobre o sujeito passivo do atentado, e atos consumativos os que incidem sobre o sujeito passivo da consumação*”.⁹⁴

E também se verificou a insuficiência teórica, sendo até mais inadmissível que o critério anterior.⁹⁵

Outro critério de diferenciação dos atos preparatórios e dos atos executórios é o da teoria objetiva-formal e objetiva material. A opinião majoritária da doutrina defende a aplicação concomitante de ambos os critérios (início da realização do tipo e ataque ao bem jurídico).⁹⁶ Posto isto, passamos à explanação acerca de cada um dos critérios mencionados.

LUIZ REGIS PRADO aduz que o critério formal “*tem como ponto de partida que um Direito Penal de tipos só deve sancionar condutas a eles adequadas e que o tipo da tentativa só tem por objeto apreender aquelas condutas que realizam de forma incompleta o fato descrito como delito consumado – admite-se o começo de execução tipo por tipo*”.⁹⁷

A despeito da verificação do início da realização do tipo, DAMÁSIO E. DE JESUS faz uma ressalva considerável “*há casos em que, embora o autor ainda não tenha iniciado a realização de um comportamento que se adapte ao núcleo do tipo, não se pode deixar de reconhecer o início de atos executórios do crime e a existência da tentativa*”.⁹⁸

⁹⁴ Bruno, Anibal. Direito penal: parte geral. 4a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 233

⁹⁵ Bruno, Anibal. Op. cit. p. 233

⁹⁶ Dotti, René Ariel. Curso de direito penal : parte geral - Rio de Janeiro : Forense, 2003, p. 325.

⁹⁷ Prado, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro. 5.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 470.

⁹⁸ Jesus, Damásio E. de. Direito penal, volume 1 : parte geral - 28. ed. rev. - São Paulo : Saraiva, 2005, p. 333.

A teoria objetiva-formal (também chamada de teoria da ação típica ou realista)⁹⁹ traz como referência o começo da realização do tipo, ou seja, o sujeito ativo do crime deve, necessariamente, iniciar o comando do núcleo do tipo (verbo)¹⁰⁰ para termos a definição dos atos executórios.¹⁰¹ Portanto, analisa-se se o agente adentrou no núcleo do tipo, perpetrando uma ação típica.

Esta teoria foi formulada por ERNEST BELING¹⁰², e tem como seguidores HANS WELZEL¹⁰³, ANIBAL BRUNO¹⁰⁴, FERNANDO CAPEZ¹⁰⁵ e RENÉ ARIEL DOTTI¹⁰⁶. Porém, JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI e EUGENIO RAUL ZAFFARONI¹⁰⁷ não acreditam que a teoria objetiva-formal seja a que melhor define a questão, pois “*resulta demasiadamente estreito, para abarcar todas as hipóteses que o bom critério nos indica serem verdadeiramente atos executivos*”.

Para definir seu posicionamento, ANIBAL BRUNO disserta acerca do critério material ou do ataque ao bem jurídico. O autor conclui que a teoria objetivo-material deve levar em consideração o início da realização do tipo, por isso o critério que mais exatamente define o começo da execução e fim da preparação é o critério formal, já que abrange situações em que o critério material não o faz.¹⁰⁸

No mesmo sentido temos o entendimento de E. MAGALHÃES NORONHA, que defende o seguinte: “*tal critério [formal] tem obtido maior preferência que o anterior; todavia parece-nos que ele o compreende, pois difícil é imaginar ataque ao bem jurídico tutelado pela norma (e, portanto, punível), sem que se dê nas condições impostas pelo tipo*”.¹⁰⁹

⁹⁹ Prado, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro. 5.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 470.

¹⁰⁰ Prado, Luiz Regis. Op. cit. p. 470.

¹⁰¹ Jesus, Damásio E. de. Direito penal, volume 1 : parte geral - 28. ed. rev. - São Paulo : Saraiva, 2005, p. 333.

¹⁰² Noronha, E. Magalhães. Questões acêrca da tentativa em “Estudos de direito e processo penal em homenagem a Nelson Hungria”. Rio de Janeiro: Forense, 1962.

¹⁰³ Dotti, René Ariel. Curso de direito penal : parte geral - Rio de Janeiro : Forense, 2003, p. 325

¹⁰⁴ Bruno, Anibal. Direito penal: parte geral. 4a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 234.

¹⁰⁵ Capez, Fernando. Curso de direito penal: parte geral : volume 1. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 212, 214 e 215.

¹⁰⁶ Dotti, René Ariel. Op. cit., p. 325.

¹⁰⁷ Zaffaroni, Eugenio Raul; Pierangeli, Jose Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 703

¹⁰⁸ Bruno, Anibal. Op. cit., 1984, p. 234.

¹⁰⁹ Noronha, E. Magalhães. Direito penal. 33.ed. atualizado por Adalberto Jose Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 126

Segundo CEZAR ROBERTO BITENCOURT, o critério formal (“*início da realização do tipo*”) foi adotado pelo Código Penal.¹¹⁰

De outra forma, a teoria objetiva-material tem como base a vinculação com a ação típica¹¹¹ e o ataque ao bem jurídico¹¹².

ROGÉRIO GRECO alega que, de acordo com CARLOS PARMA, as “*ações que por sua necessária vinculação como a ação típica, aparecem como parte integrante dela, segundo uma natural concepção ou que produzem uma imediata colocação em perigo de bens jurídicos*”.¹¹³

Destarte, é indispensável a verificação de perigo ao bem protegido pelo Direito Criminal. Haja vista que o ponto crucial do critério objetivo-material é o ataque direto ao bem, no momento que o perigo começa a atuar contra o bem jurídico penal tutelado verificamos a definição da incidência do agente em atos executórios.¹¹⁴

O objetivo preconizado por esta teoria é o de ampliar a incidência da teoria anterior. Conforme JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI e EUGENIO RAUL ZAFFARONI, a teoria objetiva-formal fracassou na distinção entre os atos preparatórios e executórios.¹¹⁵ Ademais, salientam que “*esta teoria pretende complementar a formal-objetiva apelando, entre outros complementos, ao perigo para o bem jurídico e à inclusão das ações que, por sua vinculação necessária com a ação típica, aparecem, segundo uma concepção natural, como parte integrante dela*”.¹¹⁶

Em face desses elementos, a execução começa quando há ataque ao bem jurídico tutelado, caso não ocorra estaremos diante de atos essencialmente preparatórios. Mas há um problema a ser enfrentado, o critério material é

¹¹⁰ Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de direito penal. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 495 e 496.

¹¹¹ Greco, Rogério. Curso de direito penal: parte geral. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 273

¹¹² Fragoso, Heleno Claudio. Lições de direito penal: parte geral. 15.ed.rev. e atual. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 241

¹¹³ Greco, Rogério. Op. cit., p. 273

¹¹⁴ Bitencourt, Cezar Roberto. Op. cit., p. 495 e 496.

¹¹⁵ Zaffaroni, Eugenio Raul; Pierangeli, Jose Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 703-704.

¹¹⁶ Zaffaroni, Eugenio Raul; Pierangeli, Jose Henrique. Op. cit, p. 703-704.

insuficiente, porque há atos preparatórios que mesmo nessa fase do *iter criminis* apresentam perigo ao bem jurídico.¹¹⁷

DAMÁSIO DE JESUS não rechaça a utilização da teoria material, entretanto a coloca em uma função supletiva nos casos duvidosos, como se vê que: “*pode ser um elemento secundário, não exclusivo, para a solução do problema quando se apresenta um fato duvidoso.*”¹¹⁸

MAX ERNEST MAYER, OTTORINO VANNINI e NELSON HUNGRIA apoiam a utilização da teoria objetiva-material.¹¹⁹

Os critérios objetivo-formal e objetivo-material são os mais aceitos pela doutrina.¹²⁰ Nada obstante, no entendimento de JOSÉ SALGADO MARTINS, o critério compositivo ou misto seria o mais adequado.¹²¹

Para a definição dos atos executórios e da tentativa delitiva, esta teoria utiliza-se dos elementos dos dois critérios anteriormente expostos, a correspondência formal com o tipo adicionada ao ataque contra o bem jurídico tutelado.¹²²

ELIAS ANTONIO JACOB explana que “*em síntese: cada crime tem as suas características próprias, impondo análise caso a caso e tipo a tipo. De um modo geral, porém, as questões pertinentes à diferença entre preparação e execução resolvem-se com a aplicação concorrente*”.¹²³ LUIZ REGIS PRADO ressalta a ordem de averiguação dos atos do agente. Primeiro o critério objetivo-formal deve delimitar o momento em que se passa a ter atos executórios e não mais preparatórios. Em segundo lugar, o critério objetivo-material complementa a análise, a fim de que se

¹¹⁷ Jesus, Damásio E. de. Direito penal, volume 1 : parte geral - 28. ed. rev. - São Paulo : Saraiva, 2005, p. 333.

¹¹⁸ Jesus, Damásio E. de. Op. cit., p. 333.

¹¹⁹ Prado, Luiz Regis. Op. cit. p. 470; “Nelson Hungria arrola as principais teorias que pretendem solucionar o intrincado problema e se inclina pela teoria defendida por Mayer – a teoria da hostilidade ao bem jurídico.” (Leal, João José. Curso de direito penal. Porto Alegre; Blumenau: Sergio Antonio Fabris: FURB, 1991, p. 252)

¹²⁰ “Os critérios mais aceitos são os do ataque ao bem jurídico, critério material, quando se verifica se houve perigo ao bem jurídico, e o do início da realização do tipo, critério formal, em que se dá pelo reconhecimento da execução quando se inicia a realização da conduta núcleo do tipo: matar, ofender, subtrair etc.” (Mirabete, Julio Fabbrini. Manual de direito penal. 21. ed. rev. e atual. por Renato N. Fabbrini. São Paulo: Atlas, 2004, p. 157)

¹²¹ Martins, José Salgado. Direito penal: introdução e parte geral. São Paulo, Saraiva, 1974, p. 252.

¹²² Jacob, Elias Antonio. Direito penal : parte geral - 2.ed. - Porto Alegre : Síntese, 2001, p. 210

¹²³ Jacob, Elias Antonio. Op. cit., p. 210

evite o caráter restritivo já explanado.¹²⁴

Ainda existe o critério objetivo-individual, que consiste na ideia do plano do autor construído para a realização do tipo. Sobre os fundamentos dessa teoria, LUIZ REGIS PRADO explica que *“segundo essa concepção, os tipo penais não são descritivos de meras causações de resultados, mas de processos determinados teleologicamente, com um sentido próprio que os controle (ação)”*.¹²⁵

Para JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI e EUGENIO RAUL ZAFFARONI, é o critério mais acertado.¹²⁶

Por fim, é importante salientar que a discussão acerca da diferenciação entre atos preparatórios e executórios não está acabada. JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI e EUGENIO RAUL ZAFFARONI mesmo defendendo a aplicação do critério objetivo-individual, ressaltam a necessidade de mais trabalhos para a elaboração de uma teoria que abranja todas as situações, já que *“apesar da maior aproximação que este critério implica, a delimitação continua sendo um problema em aberto, e que a ciência jurídico-penal ainda não resolveu satisfatoriamente”*.¹²⁷

Neste sentido, inexistente, portanto, uma construção doutrinária que seja totalmente segura, há muito trabalho a ser elaborado. Neste sentido, ROGÉRIO GRECO ressalta 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. Ainda não surgiu, portanto, teoria suficientemente clara e objetiva que pudesse solucionar esse problema”*.¹²⁸

¹²⁴ Prado, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro. 5.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 471.

¹²⁵ Prado, Luiz Regis. Op. cit. p. 470.

¹²⁶ Zaffaroni, Eugenio Raul; Pierangeli, Jose Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 704.

¹²⁷ Zaffaroni, Eugenio Raul; Pierangeli, Jose Henrique. Op. cit., p. 704

¹²⁸ Greco, Rogério. Curso de direito penal: parte geral. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 274

3. Parte II: CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

3.1 Consumação: definição e natureza jurídica

A consumação é prevista no art. 14, I, do Código Penal brasileiro após a alteração legislativa da Lei 7.209 de 1984,¹²⁹ nos seguintes termos: "*Art. 14 - Diz-se o crime: I - consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal*".

Há no texto legal a descrição explícita do que é o crime consumado. No entanto, há autores que defendem a posição de que ao Código caberia apenas prever a definição de crime tentado, deixando implícita a de crime consumado.¹³⁰

O *Iter criminis* é o caminho do crime¹³¹ percorrido pelo agente, como já foi pormenorizadamente desenvolvido na Parte I, e tem como marca do seu término a consumação.¹³²

Então, segundo ANTONIO JOSE MIGUEL FEU ROSA, o agente tem de percorrer todo o trajeto delituoso, passando pela deliberação, pela preparação e pelos atos executivos¹³³ para que, enfim, haja a consumação do crime.¹³⁴

Em síntese, JOÃO JOSÉ LEAL, no que concerne ao percurso tomado pelo agente até o fim visado (consumação), assevera que "*na verdade, para chegar à realização plena de seu projeto delituoso, o agente passa e reflete sobre ele, prepara-se para isto e, decidindo realmente realizá-lo, passa a executá-lo da forma*

¹²⁹ Dotti, René Ariel. Curso de direito penal : parte geral - Rio de Janeiro : Forense, 2003, p. 326.

¹³⁰ Jesus, Damásio E. de. Direito penal, volume 1 : parte geral - 28. ed. rev. - São Paulo : Saraiva, 2005, p. 329.

¹³¹ "*A realização do tipo penal obedece a um processo denominado iter criminis que é o caminho ou o itinerário subjetivo-objetivo percorrido pelo autor da conduta proibida*". (Leal, João José. Curso de direito penal. Porto Alegre; Blumenau: Sergio Antonio Fabris: FURB, 1991, p. 211.)

¹³² "*A consumação é a fase última do atuar criminoso*". (Bruno, Anibal. Direito penal: parte geral. 4a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 254.)

¹³³ Machado, Luiz Alberto. Direito criminal: (parte geral). São Paulo: R. dos Tribunais, 1987, p. 154 e 155

¹³⁴ Rosa, Antonio Jose Miguel Feu. Direito penal: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 298.

que a lei proíbe. Alcançando o resultado proibido pela norma penal incriminadora, estaremos diante de um crime consumado".¹³⁵

Conforme os ensinamentos de LUIZ ALBERTO MACHADO, o conceito presente no nosso Código Penal, antes e após a reforma da parte geral de 1984, é formal, uma vez que determina a reunião de todos os elementos descrito na definição legal do tipo. Mas o autor ressalta que não é suficiente para conceituar a consumação delituosa, pois a tentativa também reúne todos os elementos, por meio da combinação do art. 14 da parte geral com a norma da parte especial. Da mesma maneira, frisa que a *“adoção, tout court, de um conceito material – produção do evento lesivo – também não satisfaz*".¹³⁶

RENÉ ARIEL DOTTI, utilizando-se do conceito formal conjuntamente ao conceito material de consumação, afirma que *“a consumação é o momento em que o sujeito ativo realiza em todos os seus termos a figura delituosa, em que o bem jurídico penalmente protegido sofreu a efetiva lesão ou a ameaça que se exprime no núcleo do tipo*".¹³⁷

Mostra-se inoxidável a manifestação de LUIZ REGIS PRADO que desenvolve a questão acerca da consumação formal do delito, afirmando a sua ocorrência quando a conduta está enquadrada perfeitamente na previsão posta no tipo injusto e que atinja o objetivo (resultado), se exigido. Ainda alerta para a questão da consumação material ou exaurimento, pois às vezes é confundida com a consumação formal. A consumação material constitui a obtenção de resultados além do descrito no tipo, mas que estão na vontade delituosa do agente. O autor ainda explica que *“o delito está formalmente consumado quando o tipo de injusto objetivo se encontra também plenamente realizado*".¹³⁸

JOSÉ FREDERICO MARQUES define o crime consumado como o delito perfeito, realizado na sua plenitude. E acrescenta que *“consume-se o crime quando o tipo concreto se enquadra no tipo abstrato descrito na lei penal*".¹³⁹ No entendimento de CEZAR ROBERTO BITENCOURT, *“consume-se o crime quando o tipo está inteiramente*

¹³⁵ Leal, João José. Curso de direito penal. Porto Alegre; Blumenau: Sergio Antonio Fabris: FURB, 1991, p. 211.

¹³⁶ Machado, Luiz Alberto. Direito criminal: (parte geral). São Paulo: R. dos Tribunais, 1987, p. 159.

¹³⁷ Dotti, René Ariel. Curso de direito penal : parte geral - Rio de Janeiro : Forense, 2003, p. 326.

¹³⁸ Prado, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro. 5.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 467.

¹³⁹ Marques, José Frederico Marques. Tratado de direito penal - Campinas: Bookseller, 1997, p. 355.

realizado, ou seja, quando o fato concreto se subsume no tipo abstrato da lei penal".¹⁴⁰ Ressalte-se que no próximo item será explanado acerca da exigência da presença de todos os elementos para a consumação com mais detalhes. Tendo isso em mente, para a ocorrência da consumação, o sujeito ativo do crime precisa necessariamente cometer algum fato enquadrado na norma penal incriminadora, conforme a previsão da hipótese abstrata.¹⁴¹ Além disso, JOÃO JOSÉ LEAL adiciona a constituição da execução de *atos suficientemente idôneos*,¹⁴² a fim de realizar o tipo de maneira plena.¹⁴³

O crime consumado está inegavelmente ligado à realização de todos os elementos do tipo, sem exceção. Portanto, todas as elementares devem ser observadas, haja vista que "*todos os elementos que se encontram descritos no tipo penal foram realizados*".¹⁴⁴

ANTONIO JOSE MIGUEL FEU ROSA define o que é a consumação e discorre acerca da imprescindibilidade da constituição de todas as elementares do tipo, fazendo referência a diferentes espécies de crimes (de perigo, de resultado, e crime continuado), como se nota na passagem adiante transcrita:

Von Hippel, o grande tratadista alemão, considera que 'está consumado um crime, não já quando se produz o resultado externo (alteração no mundo exterior), mas somente quando o autor realiza o conjunto das características do tipo, isto é, quando se produz o resultado em sentido amplo'. Isto porque, segundo salienta Asúa, há crimes que não requerem a consumação de um dano para reputar-se perfeitos (os chamados crimes de perigo, como a omissão de socorro); há os crimes de 'resultado cortado' ou 'antecipado', como aqueles em que o indivíduo quer a mudança da forma de governo e fica só nisso; nos crimes continuados a consumação se realiza com a simples objetividade, etc.¹⁴⁵

Há que ficar claro que as particularidades dos crimes, pois cada um tem seu próprio momento consumativo, dependendo da espécie de delito verificaremos

¹⁴⁰ Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de direito penal. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 491.

¹⁴¹ Jesus, Damásio E. de. Direito penal, volume 1 : parte geral - 28. ed. rev. - São Paulo : Saraiva, 2005.

¹⁴² Leal, João José. Curso de direito penal. Porto Alegre; Blumenau: Sergio Antonio Fabris: FURB, 1991, p. 213.

¹⁴³ Leal, João José. Op. cit., p. 213.

¹⁴⁴ Capez, Fernando. Curso de direito penal: parte geral : volume 1. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 212.

¹⁴⁵ Rosa, Antonio Jose Miguel Feu. Direito penal: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 298 e 289.

distinções importantes.¹⁴⁶ Neste sentido, na Parte III, a consumação nos crimes materiais e os crimes formais será estudada detalhadamente, ficando evidentes as diferenças quanto à realização completa dos crimes materiais e formais.

3.2 Elementos da Consumação

Neste momento é necessária a averiguação da existência das elementares do tipo subjetivas e objetivas, pois ambas devem ser realizadas pelo agente para a ocorrência do crime consumado. Com base nisto, ELIAS ANTONIO JACOB “*se o autor realiza todas as elementares objetivas e subjetivas do tipo legal, ocorre o crime consumado, nos termos do art. 14, I, do Código Penal*”.¹⁴⁷

Temos de ter em mente que “*consuma-se o delito quando há realização integral do tipo*”.¹⁴⁸ Insta repetir que o nosso Código determina que todos os elementos da definição legal do crime estarão presentes no caso de consumação delituosa.¹⁴⁹

É fundamental a noção de que a consumação contempla todos os elementos do delito “*segundo o esquema normativo da lei penal*”,¹⁵⁰ seguindo os termos do art. 14, I, do Código Penal.¹⁵¹

RENÉ ARIEL DOTTI aventa veementemente a imprescindibilidade da presença dos elementos descritivos, normativos e subjetivos do tipo (dolo), caso contrário não se pode alegar a constituição da consumação de qualquer crime.¹⁵²

¹⁴⁶ “*A consumação, portanto, varia de acordo com a infração penal selecionada pelo agente*”. (Greco, Rogério. Curso de direito penal: parte geral. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 270)

¹⁴⁷ Jacob, Elias Antonio. Direito penal : parte geral - 2.ed. - Porto Alegre : Síntese, 2001, p. 205

¹⁴⁸ “*Noutras palavras, consuma-se o delito quando há realização integral do tipo*”. (Noronha, E. Magalhães. Direito penal. 33.ed. atualizado por Adalberto Jose Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1998, 124)

¹⁴⁹ “*É o momento em que o agente realiza em todos os termos o tipo penal da figura delituosa, e em que o bem jurídico penalmente protegido sofreu a lesão efetiva ou a ameaça que se exprime no núcleo do tipo. (...) Pode o fim último visado pelo agente não ter sido alcançado.(...) o crime é consumado desde que se realiza em todos os seus termos a figura típica penal*”. (Bruno, Anibal. Direito penal: parte geral. 4a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 254 e 255)

¹⁵⁰ Martins, José Salgado. Direito penal: introdução e parte geral. São Paulo, Saraiva, 1974. p. 251.

¹⁵¹ Martins, José Salgado. Op. cit., p. 251.

¹⁵² Dotti, René Ariel. Curso de direito penal : parte geral - Rio de Janeiro : Forense, 2003, p. 326.

Analisando outro ponto, ELIAS ANTÔNIO JACOB destaca que nesta fase final do *iter criminis* vemos se concretizar a *tipicidade direta ou imediata*.¹⁵³

O momento consumativo é o da ocorrência do resultado (dano ou perigo de dano). Nos crimes de consumação antecipada deve-se verificar a ocorrência do evento para definir o momento consumativo.¹⁵⁴ Essa questão será devidamente delineada a seguir (Parte III).

3.3 Tipo Objetivo e Tipo Subjetivo

Em termos de consumação, aduz-se que ela se forma pela conjugação do tipo objetivo ligado ao tipo subjetivo correspondente. Vê-se que o tipo objetivo e o tipo subjetivo devem estar presentes para que haja consumação delituosa. Então, há em todas as dimensões a concretização do tipo, como se retira do trecho da obra de LUIZ ALBERTO MACHADO, onde se alega que “*diz-se consumado o crime, quando o seu tipo objetivo e o seu tipo subjetivo estão presentes, isto é, quando o tipo pluridimensional aperfeiçoa-se*”.¹⁵⁵

JULIO FABBRINI MIRABETE parece colocar de lado o tipo subjetivo, referindo-se apenas à exigência do tipo objetivo, ao afirmar que “*preenchidos todos os elementos do tipo objetivo pelo fato natural, ocorreu a consumação*”.¹⁵⁶

3.4 Tentativa: definição e natureza jurídica

Como já está devidamente elucidado na Parte I, os praxistas tiveram enorme importância na construção da ideia de *iter criminis*. Além desta contribuição, também elaboraram a teoria da tentativa.¹⁵⁷

Da mesma maneira que o Código Penal descreve a noção adotada de crime consumado (art. 14, I, do Código Penal), a tentativa é descrita no inciso II, do artigo

¹⁵³ Jacob, Elias Antonio. Direito penal : parte geral - 2.ed. - Porto Alegre : Síntese, 2001, p. 205.

¹⁵⁴ Dotti, René Ariel. Curso de direito penal : parte geral - Rio de Janeiro : Forense, 2003, p. 326.

¹⁵⁵ Machado, Luiz Alberto. Direito criminal: (parte geral). São Paulo: R. dos Tribunais, 1987, p. 159

¹⁵⁶ Mirabete, Julio Fabbrini. Manual de direito penal. 21. ed. rev. e atual. por Renato N. Fabbrini. São Paulo: Atlas, 2004, p. 155.

¹⁵⁷ Fragoso, Heleno Claudio. Lições de direito penal: parte geral. 15.ed.rev. e atual. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

14, do Código Penal: “Art. 14 - Diz-se o crime: II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente”.¹⁵⁸

Segundo LUIZ REGIS PRADO, no referido texto legal, a tentativa é considerada o tipo incompletamente realizado, em virtude de circunstâncias alheias à vontade do agente.¹⁵⁹ Atinente à essa questão, JULIO FABBRINI MIRABETE alega que na tentativa delituosa “a tipicidade decorre da conjugação do tipo penal (arts. 121, 122 etc.) com o dispositivo que a define e prevê sua punição (art. 14, inc. II e parágrafo único)”.¹⁶⁰

Com base no entendimento de JOSÉ FREDERICO MARQUES, pode-se afirmar que nestes casos há um delito imperfeito, de outro modo, na consumação ele é perfeito, como já mencionado.¹⁶¹

EUGENIO RAUL ZAFFARONI e JOSE HENRIQUE PIERANGELI discorrem acerca da modalidade tentada do crime, alegando que a conduta não é realizada plenamente ou atinge o resultado do crime. E assevera que os elementos típicos não são totalmente preenchidos, visto que “no delito doloso não se pune apenas a conduta que chega a realizar-se totalmente ou que produz o resultado típico, pois a lei prevê a punição da conduta que não chega a preencher todos os elementos típicos, por permanecer numa etapa anterior de realização”.¹⁶²

HELENO CLAUDIO FRAGOSO também adota essa posição ao aduzir que a “tentativa é realização incompleta da conduta típica, que não se integra, em seu aspecto objetivo, por circunstâncias alheias à vontade do agente”.¹⁶³

Ao analisar os graus de realização do delito, JOSÉ SALGADO MARTINS NOS alerta que o legislador adotou um modelo que necessita da análise da noção de delito consumado para definir o delito da modalidade tentada.¹⁶⁴

Ainda é importante salientar que RENÉ ARIEL DOTTI entende que “a tentativa é a figura truncada de um crime”.¹⁶⁵

¹⁵⁸ Dotti, René Ariel. Curso de direito penal : parte geral - Rio de Janeiro : Forense, 2003, p. 327.

¹⁵⁹ Prado, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro. 5.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 427.

¹⁶⁰ Mirabete, Julio Fabbrini. Manual de direito penal. 21. ed. rev. e atual. por Renato N. Fabbrini. São Paulo: Atlas, 2004, p. 158.

¹⁶¹ Marques, José Frederico Marques. Tratado de direito penal - Campinas: Bookseller, 1997, p. 368.

¹⁶² Zaffaroni, Eugenio Raul; Pierangeli, Jose Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 698.

¹⁶³ Fragoso, Heleno Claudio. Lições de direito penal: parte geral. 15.ed.rev. e atual. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 239.

¹⁶⁴ Martins, José Salgado. Direito penal: introdução e parte geral. São Paulo, Saraiva, 1974. p. 251.

¹⁶⁵ Dotti, René Ariel. Curso de direito penal : parte geral - Rio de Janeiro : Forense, 2003, p. 327.

Ocorre nos casos de tentativa a interrupção do sujeito por circunstâncias alheias à sua vontade, enquanto a execução está em curso (esse elemento da tentativa será melhor desenvolvido a seguir). Então, temos que, segundo ANIBAL BRUNO *“a tentativa é o crime que entrou em execução, mas no seu caminho para a consumação é interrompido por circunstância accidental. A figura típica não se completou”*.¹⁶⁶

O Código Penal exige o início da execução,¹⁶⁷ para que possa ser caracterizada e isso gera grande discussão doutrinária, como se viu na Parte I.¹⁶⁸ Relacionado ao fato da imprescindibilidade do início da execução temos a pertinente manifestação de ANTONIO JOSE MIGUEL FEU ROSA, explanando que *“quando o agente pratica o ato (ou atos; algum, alguns ou todos), visando a cometer um crime doloso, mas não consegue consumá-lo dá-se a tentativa. Há o início da execução, mas os atos praticados não chegam a realizar o tipo pretendido. (...)É de Impallomeni esta definição: 'considera-se tentativa punível a execução frustrada de uma determinação criminosa'.*¹⁶⁹

Então, essa noção de que para a configuração da tentativa é necessário o início da execução vem do Código Penal francês de 1810 (art. 2º e art. 3º) que aduz o *commencement d'exécution*, assim sendo determina o limite da ilicitude punível. Deste modo, LUIZ REGIS PRADO assevera que *“a doutrina francesa frisa a importância dessa expressão - “começo da execução” -, em especial para a época, como um verdadeiro marco de ordem objetiva, que visa a afastar, por completo, a idéia de que seria bastante a resolução criminosa, simplesmente psicológica. Esclarece-se que o começo de execução só se caracteriza por atos tendentes, direta e imediatamente, à consumação do delito, quando este último está entrando na fase executória.*¹⁷⁰

JOSÉ SALGADO MARTINS ressalta que não há apenas a realização parcial do crime, mas ocorre a interrupção da ação em razão de fatores alheios à vontade do

¹⁶⁶ Bruno, Anibal. Direito penal: parte geral. 4a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 236.

¹⁶⁷ O nosso Código Penal afirma que para haver a tentativa são necessários ato de execução. *“Exigindo a lei o ato de execução, abraçou a teoria objetiva. Não sufragou, como já se disse, a doutrina subjetiva, para a qual basta a revelação da intenção delituosa, ainda que em atos preparatórios”*. (Noronha, E. Magalhães. Direito penal. 33.ed. atualizado por Adalberto Jose Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 126)

¹⁶⁸ Noronha, E. Magalhães. Questões acêrca da tentativa em “Estudos de direito e processo penal em homenagem a Nelson Hungria”. Rio de Janeiro: Forense, 1962.

¹⁶⁹ Rosa, Antonio Jose Miguel Feu. Direito penal: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 301 e 303.

¹⁷⁰ Prado, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro. 5.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 468.

agente capaz de interromper ou, até mesmo, paralisa o resultado. Assim, a consumação não é concretizada, apesar de haver o dolo direcionado a ela.¹⁷¹ Nessa questão, ELIAS ANTONIO JACOB salienta que há manifestação de atos que tendem à realização do tipo na tentativa, mas em razão de circunstâncias alheias vontade do agente não ocorre a consumação.¹⁷² E CEZAR ROBERTO BITENCOURT também afirma isso de outra maneira ao explicar que no caminho para a consumação (após a entrada na execução) ocorrem circunstâncias acidentais que acabam interrompendo a prática delituosa.¹⁷³

A definição de tentativa para E. MAGALHÃES NORONHA é de grande relevância, na qual menciona que *“dá-se a tentativa quando o agente não chega à consumação ou meta optada. É, pois, no plano físico ou material que ela se distingue do crime consumado. Neste, o que se passa no plano externo corresponde ao elemento subjetivo do delinqüente; naquela, o sujeito ativo ficou aquém do elemento volitivo, não realizou no mundo exterior”*.¹⁷⁴

Outro ponto a ser lembrado é que a lei amplia a tipicidade para possibilitar a punição dos atos a partir do começo da execução.¹⁷⁵

No que tange a tipicidade da tentativa, temos o posicionamento de CEZAR ROBERTO BITENCOURT, para o qual essa modalidade criminosa é um tipo penal, mesmo que seja um tipo ampliado, aberto e incompleto, existindo a *“ampliação temporal da figura típica”*.¹⁷⁶ Adota também esta posição de que a tentativa ou *conatus* é a ampliação temporal da figura típica DAMÁSIO E. DE JESUS.¹⁷⁷

De outro lado, LUIZ ALBERTO MACHADO segue a doutrina de ZU DOHNA, a qual não concebe a tentativa como uma figura típica, aliás, assevera o contrário, pois *“considera a tentativa como o único caso de ausência de tipicidade punido pela lei”*.¹⁷⁸ E. NORONHA MAGALHÃES esclarece que *“se na tentativa a tipicidade não se*

¹⁷¹ Martins, José Salgado. Direito penal: introdução e parte geral. São Paulo, Saraiva, 1974, p. 253.

¹⁷² Jacob, Elias Antonio. Direito penal : parte geral - 2.ed. - Porto Alegre : Síntese, 2001, p. 207.

¹⁷³ Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de direito penal. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 493.

¹⁷⁴ Noronha, E. Magalhães. Direito penal. 33.ed. atualizado por Adalberto Jose Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 125.

¹⁷⁵ Zaffaroni, Eugenio Raul; Pierangeli, Jose Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 698.

¹⁷⁶ Bitencourt, Cezar Roberto. Op. cit., p. 496 e 497.

¹⁷⁷ Jesus, Damásio E. de. Direito penal, volume 1 : parte geral - 28. ed. rev. - São Paulo : Saraiva, 2005, p. 335.

¹⁷⁸ Machado, Luiz Alberto. Direito criminal: (parte geral). São Paulo: R. dos Tribunais, 1987, p. 155.

completou, parece-nos inegável que ela é uma fase sua, um trecho ou fração. Ato de execução é, pois, início da realização do tipo".¹⁷⁹

JOSÉ SALGADO MARTINS verifica que o resultado está subordinado à consumação, e, portanto, não há resultado típico na tentativa.¹⁸⁰

É importante deixar claro que não existe o crime de tentativa, na verdade, ocorre a tentativa de crime. Afirmamos isso com fulcro no entendimento de JOSÉ MIGUEL FEU ROSA, que além disso, frisa a preponderância da análise do elemento subjetivo na averiguação da tentativa criminosa.¹⁸¹

Alguns doutrinadores ainda afirmam a natureza de crime autônomo, porém, não subsistem motivos para tal classificação.¹⁸²

HELENO CLAUDIO FRAGOSO esclarece que não há crime autônomo,¹⁸³ mas tipo subordinado,¹⁸⁴ no caso da tentativa criminosa perpetrada pelo agente. Assim sendo, é importante ressaltar que "*a tentativa constitui realização incompleta da conduta típica e não se pune como crime autônomo, mas, sim, como tipo subordinado (Beling) ou como causa de extensão do tipo*".¹⁸⁵

Na tentativa o sujeito ativo do crime incorre na violação incompleta da norma penal. Esta norma incidirá por meio da adequação indireta que transforma a conduta em "*fato típico*", por meio é norma de extensão da parte geral.¹⁸⁶ Essa incidência de normas será explicada melhor mais para frente.

EUGENIO RAUL ZAFFARONI e JOSE HENRIQUE PIERANGELI destacam que a doutrina se divide em duas posições distintas quanto à classificação da tentativa: a)

¹⁷⁹ Noronha, E. Magalhães. Direito penal. 33.ed. atualizado por Adalberto Jose Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 126.

¹⁸⁰ Martins, José Salgado. Direito penal: introdução e parte geral. São Paulo, Saraiva, 1974, p. 251.

¹⁸¹ "*Não há crime de tentativa. Há tentativa de crime. Por isso, a intenção do agente, quer dizer, o elemento subjetivo, o dolo que o impeliu desempenha papel preponderante para se caracterizar a tentativa*". (Rosa, Antonio Jose Miguel Feu. Direito penal: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 303)

¹⁸² Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de direito penal. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 496.

¹⁸³ Para LUIZ REGIS PRADO a tentativa não é punível como se fosse um delito autônomo, é sim um "tipo subordinado/dependente/acessório – no tocante à forma". E no art. 14, II, do Código Penal temos "uma norma de extensão do tipo legal de delito consumado". (Prado, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro. 5.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 468)

¹⁸⁴ Seguindo a doutrina de Beling, a tentativa constitui um tipo subordinado. (Bruno, Anibal. Direito penal: parte geral. 4a ed. Rio de Janeiro: Forense, 198, p. 244)

¹⁸⁵ Fragoso, Heleno Claudio. Lições de direito penal: parte geral. 15.ed.rev. e atual. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 240.

¹⁸⁶ Marques, José Frederico Marques. Tratado de direito penal - Campinas: Bookseller, 1997.

delito incompleto ou b) tipo independente (ou crime autônomo). Eles defendem a posição de que a tentativa é um delito incompleto.¹⁸⁷

3.5 Elementos da Tentativa

A ação deve se enquadrar dentro da execução para ser punida a tentativa,¹⁸⁸ esta é a “*substância material típica da tentativa*”.¹⁸⁹ E o caráter objetivo da tentativa está na exigência incondicional do início da execução.¹⁹⁰

JOSÉ SALGADO MARTINS, ao discorrer sobre os elementos integrativos do conceito de tentativa, afirma, primeiramente, a necessidade de atos executivos para a configuração da mencionada modalidade criminosa. Além disso, afirma que “*pode-se considerar fracionável o elemento objetivo, distinguindo-se no iter criminis um momento executivo e um momento consumativo*”.¹⁹¹

É importante ressaltar que se exige o início da execução da conduta criminosa, *commencement d'execution* da doutrina francesa já explanada na Parte I. Deste modo, precisamos da ação que configure atos executórios.¹⁹²

Os atos preparatórios são atos atípicos e não possuem relevância jurídico-penal,¹⁹³ por outro lado, o ato executivo é a conduta ligada ao núcleo do tipo. A atividade executiva é eminentemente típica, por isso o início da execução deve corresponder ao começo da atividade típica.¹⁹⁴ Então:

O nosso Código, ao falar em “princípio de execução”, filiou-se a uma diretriz acertada no conceituar legalmente os requisitos da tentativa. E isto porque o *commencement d'exécution*, do direito francês, e o *Anfang der Ausführung*,

¹⁸⁷ “... não estão presentes todos os caracteres típicos, porque a conduta se detém na etapa executiva ou porque não se produz o resultado...” (Zaffaroni, Eugenio Raul; Pierangeli, Jose Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.p. 699)

¹⁸⁸ Martins, José Salgado. Direito penal: introdução e parte geral. São Paulo, Saraiva, 1974, p. 253

¹⁸⁹ Bruno, Anibal. Direito penal: parte geral. 4a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 239.

¹⁹⁰ O Código italiano rejeitou o começo da execução, são necessários apenas atos idôneos e inequívocos, mas essa doutrina deixa margem à controvérsia relativa à distinção dos atos preparatórios e executórios. “A fórmula começo da execução, estabelecida pelo Código francês, é, no regime vigente, elemento de garantia dos direitos individuais”. (Bruno, Anibal. Direito penal: parte geral. 4a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 239 e 240)

¹⁹¹ Martins, José Salgado. Op. cit., p. 253

¹⁹² Noronha, E. Magalhães. Direito penal. 33.ed. atualizado por Adalberto Jose Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 127.

¹⁹³ Rosa, Antonio Jose Miguel Feu. Direito penal: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 302.

¹⁹⁴ Machado, Luiz Alberto. Direito criminal: (parte geral). São Paulo: R. dos Tribunais, 1987, p. 154

do direito alemão, da mesma forma que o nosso início de execução, do art. 14, nº II, deitam suas raízes histórico-políticas nos princípios do direito penal liberal, para “salvaguardar a esfera de autonomia do indivíduo, que estaria comprometida se houvesse incriminação dos atos preparatórios”.¹⁹⁵

Portanto, CEZAR ROBERTO BITENCOURT explana acerca da adoção da teoria objetiva, ficando preterida a teoria subjetiva (“*exteriorização da vontade*”)¹⁹⁶ e a sintomática (“*manifestação de periculosidade subjetiva*”).¹⁹⁷

Tendo isso em vista, com o requisito “*início da execução do crime*”, rejeitou-se a teoria subjetiva ou voluntarista, sendo imprescindível o início da execução para que a tentativa possa ser caracterizada.¹⁹⁸

ANÍBAL BRUNO ainda destaca que o Direito Criminal brasileiro encontra-se “*dentro da teoria realista, que é a do nosso Direito constituído, não pode haver tentativa sem que o agente penetre na fase executiva, sem que se tenha iniciado o ataque direto ao bem jurídico visado*”.¹⁹⁹

Segundo JOÃO JOSÉ LEAL, é necessário o começo da execução do tipo para que exista tentativa punível.²⁰⁰ Embasando seu entendimento referente ao aspecto objetivo da tentativa no nosso Direito Criminal, cita ANÍBAL BRUNO, nos seguintes termos: “*essa exigência absoluta do começo de execução que dá o caráter objetivo do conceito da tentativa no Direito Penal atual*”.²⁰¹

Além do mais, LUIZ ALBERTO MACHADO evidencia que a existência de ato executivo reflete a constituição de agressão ao bem jurídico e a composição do tipo.²⁰²

ANTONIO JOSÉ MIGUEL FEU ROSA afirma a presença de um *elemento material ou objetivo*, que é exterior à ação e determina o início da execução, e ainda ressalta a necessidade da inoportunidade de desistência voluntária do agente.²⁰³

¹⁹⁵ Marques, José Frederico Marques. Tratado de direito penal - Campinas: Bookseller, 1997, p. 373

¹⁹⁶ Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: Cezar Roberto Bitencourt. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 497

¹⁹⁷ Bitencourt, Cezar Roberto. Op. cit., p. 497

¹⁹⁸ Jesus, Damásio E. de. Direito penal, volume 1 : parte geral - 28. ed. rev. - São Paulo : Saraiva, 2005, p. 336.

¹⁹⁹ Bruno, Anibal. Direito penal: parte geral. 4a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 239.

²⁰⁰ Neste sentido, para RENÉ ARIEL DOTTI um dos elementos da tentativa é “*a conduta que penetrou na fase executiva, iniciando a realização do tipo*” (Dotti, René Ariel. Curso de direito penal : parte geral - Rio de Janeiro : Forense, 2003, p. 327)

²⁰¹ Leal, João José. Curso de direito penal. Porto Alegre; Blumenau: Sergio Antonio Fabris: FURB, 1991, p. 216.

²⁰² Machado, Luiz Alberto. Direito criminal: (parte geral). São Paulo: R. dos Tribunais, 1987, p. 155.

²⁰³ Rosa, Antonio Jose Miguel Feu. Direito penal: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 306.

ELIAS ANTONIO JACOB elenca como requisito objetivo o começo da execução. No *iter criminis* deve o agente ultrapassar a etapa da preparação, ou seja, estar na execução, mas não consumir o crime.²⁰⁴ Outrossim, é óbvio, mas deve ser lembrado, que “há a tentativa desde o momento em que se inicia a execução do delito, até a sua consumação. Com a consumação, termina toda possibilidade de tentativa”.²⁰⁵

FERNANDO CAPEZ explica, ao introduzir o segundo elemento da tentativa, que o sujeito terá iniciado a execução sem que sobrevenha a consumação por conta de circunstâncias alheias à vontade do agente.²⁰⁶ Então, quando a execução começa e a consumação plena é interrompida por aquele tipo de circunstâncias, estamos autorizados a chamar a tentativa de punível, conforme o entendimento de JOÃO JOSÉ LEAL.²⁰⁷ Ademais, este autor utiliza o conceito adotado por ANÍBAL BRUNO, qual seja, o de que “a tentativa é o crime que entrou em execução, mas no seu caminho para a consumação é interrompido por circunstância acidental”.²⁰⁸

Dessarte, temos aqui o segundo elemento da tentativa, que é a interrupção da ação do sujeito ativo, antes da consumação do delito, por circunstâncias alheias à vontade dele, constituindo, interferência externa.²⁰⁹ Ressalte-se que estas são circunstâncias impeditivas do resultado,²¹⁰ também chamadas de *circunstâncias ou motivos independentes*.²¹¹

Verifica-se a essencialidade do detalhe referente à razão pela qual o agente interrompeu a sua conduta delituosa. Isto porque quando a interrupção, não ocorrendo a consumação, é causada de acordo com a vontade do agente constituirá desistência voluntária ou arrependimento eficaz. De outro modo, a tentativa fica configurada, especificamente, nos casos em que a causa da interrupção é alheia à vontade do agente.²¹²

²⁰⁴ Jacob, Elias Antonio. Direito penal : parte geral - 2.ed. - Porto Alegre : Síntese, 2001, p. 208.

²⁰⁵ Zaffaroni, Eugenio Raul; Pierangeli, Jose Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 702.

²⁰⁶ Capez, Fernando. Curso de direito penal: parte geral : volume 1. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 213.

²⁰⁷ Leal, João José. Curso de direito penal. Porto Alegre; Blumenau: Sergio Antonio Fabris: FURB, 1991, p. 215 e 216.

²⁰⁸ Leal, João José. Op. cit., p. 215

²⁰⁹ Bruno, Anibal. Direito penal: parte geral. 4a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 239.

²¹⁰ Martins, José Salgado. Direito penal: introdução e parte geral. São Paulo, Saraiva, 1974, p. 251.

²¹¹ Marques, José Frederico Marques. Tratado de direito penal - Campinas: Bookseller, 1997, p. 371.

²¹² Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: Cezar Roberto Bitencourt. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

Após a prática de atos executivos que foram interrompidos por circunstâncias alheias, precisamos analisar o elemento subjetivo ou moral da tentativa, o dolo.²¹³

No entendimento de ANIBAL BRUNO, dolo é “o elemento psicológico-normativo da culpabilidade na tentativa”. Por isso a vontade do agente deve estar voltada para a obtenção do resultado final do crime perfeito e acabado.²¹⁴

JOSÉ SALGADO MARTINS assevera que o dolo faz parte dos *elementos integrativos do conceito de tentativa*, e pode estar presente na forma de dolo direto ou de dolo eventual.²¹⁵

Neste sentido, é relevante destacar que EUGENIO RAUL ZAFFARONI e JOSE HENRIQUE PIERANGELI explicam que “o dolo da tentativa é o mesmo dolo do delito consumado”.²¹⁶

Ademais, JOÃO JOSÉ LEAL, tendo como base teórica os ensinamentos de WESSELS, expõe que o dolo na tentativa é voltado à consumação do delito. Há, então, a chamada *resolução para o fato*, que abrange o dolo e todos os elementos do tipo subjetivo.²¹⁷

ROGÉRIO GRECO afirma que “*não há dolo próprio para o crime tentado*”. E, citando ALBERTO SILVA FRANCO, acrescenta que “o dolo que a informa é o mesmo dolo do crime consumado”. Haverá dolo em relação ao crime total.²¹⁸

Para HELENO CLAUDIO FRAGOSO exige-se o “*dolo e outros eventuais elementos subjetivos correspondentes ao tipo subjetivo*”.²¹⁹

A ação do sujeito ativo deve ser dolosa, sendo inafastável a vontade voltada à prática do delito. A vontade do agente é de cometer um fato mais gravoso que o que realmente vem a ser praticado, aqui teremos a tentativa delituosa.²²⁰

O elemento subjetivo está circunscrito ao dolo, que “é o mesmo do crime

²¹³ Rosa, Antonio Jose Miguel Feu. Direito penal: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 306.

²¹⁴ Bruno, Anibal. Direito penal: parte geral. 4a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 240.

²¹⁵ Martins, José Salgado. Direito penal: introdução e parte geral. São Paulo, Saraiva, 1974, p. 251.

²¹⁶ Zaffaroni, Eugenio Raul; Pierangeli, Jose Henrique. Op. cit., p. 701

²¹⁷ Leal, João José. Curso de direito penal. Porto Alegre; Blumenau: Sergio Antonio Fabris: FURB, 1991, p. 217.

²¹⁸ Greco, Rogério. Curso de direito penal: parte geral. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.p. 276

²¹⁹ Fragoso, Heleno Claudio. Lições de direito penal: parte geral. 15.ed.rev. e atual. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 240.

²²⁰ “*Não existe dolo especial de tentativa, diferentemente do elemento subjetivo informador do crime consumado. O dolo da tentativa é o mesmo do delito consumado*”. (Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de direito penal. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 498)

*consumado, por isso já dissemos que o crime tentado se distingue daquele só no plano físico (n. 71). [...] Não existe dolo de tentativa”.*²²¹

LUIZ ALBERTO MACHADO ainda explica que na tentativa há o tipo subjetivo do crime completo, no entanto, o tipo objetivo (o verbo) não se completa.²²² O tipo objetivo e tipo subjetivo serão tratados no próximo tópico.

Finalizando, ELIAS ANTONIO JACOB alerta que na tentativa o dolo é voltado para a consumação do tipo legal do crime, ressaltando que não existe dolo de tentativa, mas tentativa de crime ou crime tentado.

3.6 Tipo Objetivo e Tipo Subjetivo na Tentativa

LUIZ REGIS PRADO, tendo como base que na tentativa há um tipo incompleto, assevera que o tipo subjetivo (*voluntas sceleris*) faz-se presente, ou seja, é completo, enquanto o tipo objetivo encontra-se em parte, pois não há o atributo material por apresentar defeito ou falha.²²³

Nada obstante, é importante ter em mente que não há dolo de tentativa, o dolo é de consumação do crime.²²⁴

No que tange ao elemento subjetivo da tentativa, o dolo, E MAGALHÃES NORONHA explana de maneira bem clara no seguinte trecho:

É que a tentativa só se distingue do crime consumado, no plano físico ou material. Num, o agente chega ao resultado, atinge à *meta optata*: a correspondência perfeita do plano físico com o psíquico. Na tentativa, o delinqüente fica aquém do que desejava, sua vontade não se realiza integralmente. Não há correlação perfeita entre o lado material do crime e o psiquismo do autor. Desnecessário, portanto, falar que, na esfera subjetiva, nada distingue do crime consumado. O dolo é o mesmo, pois não existe dolo de tentativa.²²⁵

²²¹ Noronha, E. Magalhães. Direito penal. 33.ed. atualizado por Adalberto Jose Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 127.

²²² Machado, Luiz Alberto. Direito criminal: (parte geral). São Paulo: R. dos Tribunais, 1987, p. 156.

²²³ Prado, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro. 5.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 468.

²²⁴ Marques, José Frederico Marques. Tratado de direito penal - Campinas: Bookseller, 1997, p. 382.

²²⁵ Noronha, E. Magalhães. Questões acêrca da tentativa em “Estudos de direito e processo penal em homenagem a Nelson Hungria”. Rio de Janeiro: Forense, 1962.

LUIZ ALBERTO MACHADO utiliza a expressão *defeito de congruência* para determinar que na tentativa o tipo objetivo e o tipo subjetivo apresentam-se de maneira distinta, o primeiro está incompleto e o segundo completo.²²⁶

Não é bastante frisar que o tipo subjetivo é imprescindível, tal como se demonstra na explanação efetuada por JOSÉ FREDERICO MARQUES, ao afirmar que “*vontade do agente que fornece os elementos finais para configurar-se a tentativa*”.²²⁷

A questão da possibilidade de configuração da tentativa nos casos em que se constata o dolo eventual é bastante discutido pela doutrina, haja vista que em algumas situações fica evidente ser inconcebível a atribuição da tentativa criminosa, como explica JULIO FABBRINI MIRABETE:

Sustenta-se na doutrina que há possibilidade de se falar em tentativa com dolo eventual, já que a lei o equiparou ao dolo direto. Há hipóteses evidentes de impossibilidade da tentativa com dolo eventual nos crimes de homicídio e de lesões corporais, pois quem põe em perigo a integridade corporal de alguém voluntariamente, sem desejar causar a lesão, pratica fato típico especial (art. 132); quem põe em risco a vida de alguém causando-lhe lesão e não querendo sua morte, pratica o crime de lesão corporal de natureza grave (art. 129, §1º, II). (...) É possível, porém, a tentativa com dolo eventual nas hipóteses em que este deriva da dúvida a respeito de um elemento do tipo (item 3.73).²²⁸

No Código Penal de 1890, em seu art. 13, estava explícita a exigência da vontade por meio da expressão “*com intenção de cometê-lo*”; o art. 14 do Código Penal vigente não repetiu a expressão, fica implícito que a vontade determina o “*elemento subjetivo final para a configuração da tentativa*”. Exige-se a vontade consciente, voltada à prática delituosa, para que possa ser punível o *conatus*.

Por fim, falou-se em crimes dolosos anteriormente, haja vista que os crimes culposos não admitem tentativa por o evento ocorrer sem a intenção do agente. Mesmo assim, a doutrina excepciona o caso de culpa imprópria, admitindo a

²²⁶ “A tentativa representa um defeito de congruência, em que o tipo objetivo fica incompleto e o subjetivo, completo”. (Machado, Luiz Alberto. Direito criminal: (parte geral). São Paulo: R. dos Tribunais, 1987. p. 155)

²²⁷ Marques, José Frederico Marques. Tratado de direito penal - Campinas: Bookseller, 1997, p. 381.

²²⁸ Mirabete, Julio Fabbrini. Manual de direito penal. 21. ed. rev. e atual. por Renato N. Fabbrini. São Paulo: Atlas, 2004, p. 159.

modalidade tentada do crime, pois o resultado é querido e há erro de tipo inescusável.²²⁹

Portanto, é importante destacar que na tentativa o tipo objetivo é incompleto. Em contrapartida, o tipo subjetivo é o mesmo do crime consumado, podendo também aparecer na forma de dolo eventual.²³⁰ Portanto, conclui-se que elemento subjetivo da tentativa é realizado completamente, ao contrário do que ocorre com o elemento objetivo.²³¹

3.7 Adequação Típica de Subordinação Mediata e Norma de Extensão da Parte Geral

Na aplicação jurídica da tentativa ocorre a adequação típica por meio da subordinação mediata, à similitude temos a incidência no concurso de agentes.²³²

Há eficácia extensiva, que ocorre da junção entre o tipo penal visado e o dispositivo da tentativa criminosa. A norma do art. 14, II, do Código Penal tem essa eficácia extensiva. Sem essa norma, haveria a atipicidade da conduta no caso de tentativa, em razão do princípio da reserva legal.²³³

Deste modo, segundo CEZAR ROBERTO BITENCOURT *“a norma contida no art. 14, II, de caráter extensivo, cria novos mandamentos proibitivos, transformando em puníveis fatos que seriam atípicos. É uma regra secundária que se conjuga com a regra principal, a norma incriminadora”*.²³⁴

Pela aplicação do art. 14, II, do Código Penal, incorremos na ampliação da figura típica, abrangendo *“situações não previstas expressamente pelo tipo penal”*.²³⁵ Ressalte-se que a adequação típica de subordinação medita ou indireta necessita de uma norma de extensão, a qual será aplicada em conjunto com o artigo da parte

²²⁹ Jesus, Damásio E. de. Direito penal, volume 1 : parte geral - 28. ed. rev. - São Paulo : Saraiva, 2005, p. 338 e 339

²³⁰ Fragoso, Heleno Claudio. Lições de direito penal: parte geral. 15.ed.rev. e atual. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 242.

²³¹ Martins, José Salgado. Direito penal: introdução e parte geral. São Paulo, Saraiva, 1974, p. 252.

²³² Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de direito penal. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 496 e 497.

²³³ Bitencourt, Cezar Roberto. Op. cit. 497.

²³⁴ Bitencourt, Cezar Roberto. Op. cit. 497.

²³⁵ Greco, Rogério. Curso de direito penal: parte geral. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. p. 275

especial do Código Penal.²³⁶ Se não houvesse a previsão legal referida, a punição da tentativa violaria o princípio da legalidade.²³⁷

²³⁶ Jesus, Damásio E. de. Direito penal, volume 1 : parte geral - 28. ed. rev. - São Paulo : Saraiva, 2005.

²³⁷ Greco, Rogério. Op. cit., p. 276.

4. PARTE III: RESULTADO, CRIMES MATERIAIS E CRIMES FORMAIS

4.1 Resultado ou Evento

A primeira consideração acerca do tema deve se voltar para o modo como é encarado o evento ou resultado pelo Direito Criminal.²³⁸ Há que se ter bem claro que o evento não é trabalhado como sinônimo de acontecimento, apesar de, atualmente, a doutrina analisar equivocadamente desta maneira. Alguns dos autores clássicos faziam esta mesma confusão.²³⁹

O resultado precisa ser minuciosamente estudado, pois pode ser: a) elemento constitutivo do tipo, ou b) revelar-se como agravante. em cada uma das situações as consequências decorrentes são distintas.²⁴⁰

PAULO JOSÉ DA COSTA JUNIOR aventa a tese de que é relevante para o Direito Penal parcela do resultado referente ao evento. No entanto conclui que tal posicionamento não subsistiria, em virtude do nosso direito positivo que “*emprega indistintamente ambas as expressões*”.²⁴¹ Queda-se, então, insubsistente essa classificação teórica.²⁴²

De modo diverso, a diferenciação entre evento e conduta é de enorme importância e imprescindível para a devida compreensão do assunto. O fundamento da distinção se pauta na noção de que o evento é a modificação produzida pela conduta no mundo exterior.²⁴³ Além disso, é necessário levar em consideração que “*o querer interno, que se exterioriza na ação, altera o mundo exterior. Todavia, não é a mudança contida na ação que caracteriza o evento ou resultado*”.²⁴⁴

²³⁸ Marques, José Frederico Marques. Tratado de direito penal - Campinas: Bookseller, 1997. p. 85.

²³⁹ Costa, Álvaro Mayrink da. Direito penal: volume 1, tomo I - parte geral. 3ª ed. atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 620.

²⁴⁰ Costa, Álvaro Mayrink da. Op. cit. p. 620.

²⁴¹ Costa Júnior, Paulo José da. Direito penal : curso completo - 7. ed. rev. e consolidada em um único volume - São Paulo : Saraiva, 2000. p. 51.

²⁴² Costa Júnior, Paulo José da. Op. cit. p. 51

²⁴³ Marques, José Frederico Marques. Tratado de direito penal - Campinas: Bookseller, 1997, p. 86.

²⁴⁴ Marques, José Frederico Marques. Op. cit., p. 85.

Outrossim, JOSÉ FREDERICO MARQUES, assevera, veementemente, que o evento ou resultado não está incluído no conceito de ação.²⁴⁵

E, ainda, PAULO JOSÉ DA COSTA JUNIOR explana sobre a relação da conduta com o evento na estrutura do crime, explicando que *“não há crime sem conduta. A conduta, portanto, constitui elemento estrutural do aspecto objetivo do crime. (...) Faz-se mister, na maioria dos delitos a complementação do aspecto material, um resultado do comportamento humano. Resultado que se reporta à conduta, através de um liame causal”*.

Finalizando, a distinção entre ação e resultado baseada nos estudos de FRANCESCO CARRARA, é perfeitamente detalhado por JOSÉ FREDERICO MARQUES, no trecho que segue:

CARRARA, com seu inigualável engenho, expôs a questão ao falar da força física do delito, mostrando como esta se decompõe em dois momentos que são respectivamente a ação e o resultado: enquanto a força física 'subjéctiva' provém do movimento que 'o espírito imprime aos membros' do corpo, - a força física objectiva 'consiste no dano causado a outrem pela ação' (§§95 e 96, do Programa). - 'Daí se depreende, como disse LIMA DRUMMOND, que no organismo do crime, CARRARA descobre sua causa e seu resultado; a causa reside na subjéctividade e o resultado na objectividade'. Isto quer dizer que no plano físico, dois momentos materiais se apresentam de maneira distinta: o da ação (força física subjéctiva) e o do resultado (força física objectiva). A 'primeira é externa ao sujeito, a segunda é externa à ação' (PETROCELLI).²⁴⁶

A partir destas primeiras noções de resultado fica mais facilmente compreensível as teorias do evento – a doutrina naturalística e a doutrina jurídica ou normativa – que serão detalhadas nos próximos tópicos.

4.2 Resultado e Dano

Nosso Código Penal adota a noção de que não existe crime sem resultado. Esta é a conclusão tirada da interpretação dos termos do art. 13 do Decreto-Lei

²⁴⁵ “Deve-se, portanto, excluir o evento ou resultado, do conceito de ação. No plano físico em que se projetam, nítida e perfeita é a distinção entre ambos”. (Marques, José Frederico Marques. Tratado de direito penal - Campinas: Bookseller, 1997, p. 86.)

²⁴⁶ Marques, José Frederico Marques. Op. cit. p. 86

2.848/40, que abre o Título “*Do Crime*” tratando da relação de causalidade entre o delito e o resultado: “*art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido*”.²⁴⁷

JOSÉ FREDERICO MARQUES, utilizando-se da base doutrinária de NÉLSON HUNGRIA, discorre que as ações penalmente relevantes geram um *eventus damni* ou um *eventus periculi*. E continua o desenvolvimento da questão da relação mantida entre o resultado e o dano com a afirmação de que os crimes de mera conduta são crimes sem resultado, então rejeita a posição de que não há crime sem resultado para o no nosso sistema jurídico criminal.²⁴⁸

Para esclarecermos a questão posta, é valorosa a definição de dano que é conceito normativo do plano da antijuridicidade e o resultado é acontecimento exterior localizado no plano da tipicidade, como se depreende dos ensinamentos de JOSÉ FREDERICO MARQUES:

O dano como conceito normativo decorrente do juízo de valor sobre a licitude do fato típico, tem o seu suporte natural no resultado. Se o evento, ou resultado propriamente dito, se situa no plano do fato típico, como acontecimento do mundo exterior, - o dano é conceito normativo que está colocado no plano da antijuridicidade.²⁴⁹

Passamos, então, ao desenvolvimento das teorias do evento naturalístico e do evento jurídico.

²⁴⁷ Marques, José Frederico Marques. Tratado de direito penal - Campinas: Bookseller, 1997, p. 83.

²⁴⁸ “*E se a infração penal tem sua existência legal sujeita à verificação de um resultado, a ilação a tirar-se é que inexistente, no direito brasileiro, crime sem resultado, consoante categórico pronunciamento da ‘exposição de motivos’ in verbis: - ‘com o vocábulo, o citado artigo (o art. 18) designa o efeito da ação ou omissão criminosa, isto é, o dano efetivo ou potencial, a lesão ou o perigo de lesão de um bem ou interesse penalmente tutelado. O projeto acolhe o conceito de que não há crime sem resultado. Não existe crime sem que ocorra, pelo menos um perigo de dano; e sendo o perigo um trecho da realidade (um estado de fato que contém as condições de superveniência de um efeito lesivo), não pode deixar de ser considerado, objetivamente, como resultado, pouco importando que, em tal caso, o resultado coincida ou se confunda, cronologicamente, com a ação ou omissão’ (nº 13).*” (Marques, José Frederico Marques. Op. cit., p. 83 e 84.)

²⁴⁹ Marques, José Frederico Marques. Op. cit., p. 85.

4.3 Evento Naturalístico

Para a doutrina naturalística o evento é o efeito natural da conduta,²⁵⁰ e gera mudança no âmbito fenomênico, ou seja, encara a alteração do mundo exterior como um fato definidor do resultado.²⁵¹ Os defensores desta teoria aduzem basicamente que o resultado é “o efeito natural de uma conduta humana, relevante para o Direito”.²⁵²

No entanto, a ação tem de ser relevante para o Direito Criminal, pois nem toda ação física é considerada evento. O resultado jurídico sempre está ligado a um acontecimento naturalístico (mutação do mundo fenomênico).²⁵³

Nesta teoria há crime sem resultado, o que não quer dizer que seja rejeitada a exigência de que o delito gere perigo ou dano ao interesse jurídico tutelado. Então, pode não haver resultado, mas o perigo ou lesão ao bem jurídico tutela mantém-se como requisito inafastável. Apenas é refutada a necessidade de um resultado deslocado da conduta do agente (seja ela omissiva ou comissiva).²⁵⁴

Neste sentido, PAULO JOSÉ DA COSTA JUNIOR alerta acerca do corolário da doutrina naturalística de que “há crimes sem evento”.²⁵⁵ Disto retiramos que “como nem sempre da conduta resulta uma conseqüência de ordem naturalística, o evento não chega a ser elemento constitutivo do crime. Existem, pois, crimes de mera conduta, que se consumam independentemente da verificação de qualquer resultado.”²⁵⁶

Um aspecto a ser ressaltado é o de que o evento encontra-se separado da conduta. O interstício temporal entre eles é irrelevante para o Direito Criminal.

²⁵⁰ Jesus, Damásio E. de. Direito penal, volume 1 : parte geral - 28. ed. rev. - São Paulo : Saraiva, 2005. p. 190.

²⁵¹ Marques, José Frederico Marques. Tratado de direito penal - Campinas: Bookseller, 1997, p. 87.

²⁵² Marques, José Frederico Marques. Op. cit. p. 87.

²⁵³ Costa, Álvaro Mayrink da. Direito penal: volume 1, tomo I - parte geral. 3ª ed. atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 620.

²⁵⁴ Jesus, Damásio E. de. Op. cit. p. 190

²⁵⁵ Costa Júnior, Paulo José da. Direito penal : curso completo - 7. ed. rev. e consolidada em um único volume - São Paulo : Saraiva, 2000, p. 52.

²⁵⁶ Costa Júnior, Paulo José da. Op. cit., p. 52.

Porém, é necessário o nexa causal objetivo, já que o evento não faz parte da conduta.²⁵⁷

Alguns crimes dependem do resultado material (concreto) – homicídio – e outros não o exigem – tráfico de drogas.²⁵⁸

A concepção naturalística é defendida por GIUSEPPE BETTIOL, ALBERTO DALL'ORA, RANIERI, SANTORO, GIULIANO VASSALLI, EUGENIO FLORIAN, ERNST LUDWIG VON BELING, FRANK, VON HIPPEL, GUSTAV RADBRUCH, PETROCELLI, FILIPO GRISPIGNI, FRANCESCO ANTOLISEI.²⁵⁹ No mesmo parecer, JOSÉ FREDERICO MARQUES²⁶⁰ afirma que a corrente naturalista é a mais adequada na definição do evento ou resultado.²⁶¹

4.4 Evento Jurídico

De modo bem diferente, para a concepção jurídica ou normativa o evento ou resultado está ligado à conduta do sujeito ativo do delito e é a efetiva lesão ou ameaça ao bem jurídico ou interesse tutelado pelo Direito Criminal por meio das normas.²⁶² Nota-se, então, que a ofensa ao bem jurídico ou interesse é o elemento fundamental do evento jurídico, sendo imprescindível a sua análise.²⁶³

Os normativistas argüem que o evento naturalístico é acidental. Com base nisso, alegam ser possível a ocorrência de evento físico diverso do evento jurídico, uma vez que, em alguns tipos penais, o evento físico se confunde com o evento jurídico, mas o evento naturalístico é prescindível em outros tipos penais.²⁶⁴

O evento, na concepção jurídica, não coincide com o resultado naturalístico da conduta, na verdade, é encarado como o resultado jurídico, que pode ser a efetiva lesão a um bem jurídico tutelado ou a simples exposição ao perigo suficiente

²⁵⁷ Costa Júnior, Paulo José da. Direito penal : curso completo - 7. ed. rev. e consolidada em um único volume - São Paulo : Saraiva, 2000, p. 52.

²⁵⁸ Leal, João José. Curso de direito penal. Porto Alegre; Blumenau: Sergio Antonio Fabris: FURB, 1991, p.155

²⁵⁹ Marques, José Frederico Marques. Tratado de direito penal - Campinas: Bookseller, 1997, p. 87.

²⁶⁰ Marques, José Frederico Marques. Op. cit. p. 87.

²⁶¹ Marques, José Frederico Marques. Op. cit. p. 87.

²⁶² Costa, Álvaro Mayrink da. Op. cit., p. 621.

²⁶³ Marques, José Frederico Marques. Tratado de direito penal - Campinas: Bookseller, 1997, p. 87.

²⁶⁴ "Nem todo evento se reverte de materialidade, o essencial é que se produza a ofensa jurídica de um bem ou interesse tutelado. Todo crime produz uma agressão ao ordenamento jurídico-penal dos valores abstratos tutelados" (Costa, Álvaro Mayrink da. Op. cit., p. 622)

para ofender um bem ou interesse resguardado pelo Direito Criminal. Resumindo, todos os crimes têm evento em sentido jurídico por constituir elemento essencial do tipo, mas é aceitável a existência de evento sem materialidade.²⁶⁵

Ao contrário da concepção naturalística do evento, que se prende ao corolário da existência de crimes sem evento, os normativistas refutam totalmente este entendimento. Deste modo, a concepção jurídica do evento elabora sua conclusão após todos os fundamentos averiguados diametralmente oposta à dos defensores da corrente naturalística: não há crime sem evento.²⁶⁶

Destaque-se também a questão da confusão feita pela teoria normativista quanto à consideração do evento jurídico como dano. A partir do momento em que estes teóricos definem o evento jurídico como lesão, há certo equívoco, pois a lesão está intimamente ligada ao dano.²⁶⁷

Em uma posição intermediária, PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR defende a ideia de que as duas concepções (do evento naturalístico e do evento jurídico) podem subsistir harmonicamente, tendo em vista que não há crime sem evento jurídico, mas é possível a ausência de evento naturalístico. Defende que o evento jurídico é elemento essencial do crime, porque sem ofensa jurídica não há crime. Pelo contrário, o evento naturalístico é elemento accidental do delito. Via de regra, o evento físico e o jurídico confundem-se. Conclui que, conforme o art. 13 do Código Penal,²⁶⁸ não há crime sem resultado, mas observa que seria necessária a adição do termo “jurídico” após “resultado”. Afirma, por fim, que os crimes de simples atividade não têm evento físico.²⁶⁹

²⁶⁵ Costa Júnior, Paulo José da. Direito penal : curso completo - 7. ed. rev. e consolidada em um único volume - São Paulo : Saraiva, 2000, p. 52.

²⁶⁶ Leal, João José. Curso de direito penal. Porto Alegre; Blumenau: Sergio Antonio Fabris: FURB, 1991, p. 155.

²⁶⁷ “Enquanto a doutrina naturalista concebe o evento como alteração do mundo exterior, os normativistas o confundem com o dano e o definem como lesão do interesse jurídico produzida pelo crime”. (Marques, José Frederico Marques. Tratado de direito penal - Campinas: Bookseller, 1997, p. 87)

²⁶⁸ Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

²⁶⁹ Costa Júnior, Paulo José da. Direito penal : curso completo - 7. ed. rev. e consolidada em um único volume - São Paulo : Saraiva, 2000, p. 53.

4.5 Crimes Materiais

Os crimes materiais – também chamados de crimes de dano,²⁷⁰ com evento²⁷¹ ou de resultado²⁷² – possuem a previsão da ação e do resultado elaborada previamente pelo legislador no próprio tipo.²⁷³ Então, no elemento objetivo destes crimes está descrita a conduta e o resultado dela decorrente. Ressalte-se que conduta e resultado estão devidamente distinguidos nos crimes materiais.²⁷⁴

Portanto, a modificação do mundo exterior está especificada no tipo penal. Tendo em vista esta característica dos crimes materiais a consumação está intimamente ligada à ocorrência do referido resultado material, sem o qual se torna impossível a configuração total do tipo objetivo.²⁷⁵

Levando tudo isso em consideração, podemos afirmar sem sombra de dúvidas que o tipo penal do crime material “*descreve a conduta cujo resultado integra o próprio tipo penal*”.²⁷⁶ Posto isto, a lei identifica um resultado que deve ser atingido e querido pelo agente, qual seja a lesão efetiva ao bem jurídico tutelado.²⁷⁷

Ademais, verifica-se a exigência de resultado diferente ao da *atividade do agente*,²⁷⁸ no entanto, mesmo assim, é imprescindível a existência de uma relação causal entre atividade e resultado. A causalidade é necessária, porque o evento gerado pela consumação desta espécie de crime é externo à conduta, desligado dela.²⁷⁹

Segundo RENÉ ARIEL DOTTI crime material “*É o crime de dano por excelência, no qual o evento lesivo se concretiza em um acontecimento destacado da ação (homicídio, lesões corporais, dano, etc.). Há nesses ilícitos um evento externo à*

²⁷⁰ Martins, José Salgado. Direito penal: introdução e parte geral. São Paulo, Saraiva, 1974. p. 284.

²⁷¹ Costa Júnior, Paulo José da. Direito penal : curso completo - 7. ed. rev. e consolidada em um único volume - São Paulo : Saraiva, 2000, p. 54.

²⁷² Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: Cezar Roberto Bitencourt. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 266.

²⁷³ “Delito material é aquele em cujo tipo se descrevem a ação e o resultado.” (Noronha, E. Magalhães. Direito penal. 33.ed. atualizado por Adalberto Jose Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 110)

²⁷⁴ Costa Júnior, Paulo José da. Op. cit., p. 54

²⁷⁵ Jesus, Damásio E. de. Direito penal, volume 1 : parte geral - 28. ed. rev. - São Paulo : Saraiva, 2005, p. 190 e 191.

²⁷⁶ Bitencourt, Cezar Roberto. Op. cit., p. 266.

²⁷⁷ Jesus, Damásio E. de. Op. cit., p. 330.

²⁷⁸ Dotti, René Ariel. Curso de direito penal : parte geral - Rio de Janeiro : Forense, 2003. p. 376.

²⁷⁹ Dotti, René Ariel. Op. cit., p. 376.

conduta para a sua consumação. Os crimes materiais formam uma categoria oposta aos crimes formais e constituem a maior parte das infrações previstas no CP e nas leis especiais".²⁸⁰

E. MAGALHÃES NORONHA destaca o caráter externo do resultado em relação à ação do agente ativo do crime, ressaltando que "*no crime material há necessidade de um resultado externo à ação, descrito na lei, e que se destaca lógica e cronologicamente da conduta*".²⁸¹

Passemos à análise da consumação e da tentativa nos crimes materiais.

Os crimes materiais são classificados na categoria de crimes de consumação normal, conforme os ensinamentos de ÁLVARO MAYRINK. Deste modo, na consumação há, invariavelmente, efetiva lesão ou a exposição ao perigo do bem jurídico tutelado.²⁸²

Observa-se total dependência com relação ao resultado material previsto no tipo penal, caso contrário não haverá consumação.²⁸³ A produção do resultado naturalístico é o marco para a determinação da consumação do crime.²⁸⁴

Então, como o momento consumativo dos crimes materiais conecta-se ao instante em que a ação produziu o resultado previsto no tipo penal.²⁸⁵ A modificação do mundo exterior é fundamental para que possamos aferir a consumação do crime.²⁸⁶

²⁸⁰ Dotti, René Ariel. Curso de direito penal : parte geral - Rio de Janeiro : Forense, 2003, p. 376

²⁸¹ Noronha, E. Magalhães. Direito penal. 33.ed. atualizado por Adalberto Jose Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 134.

²⁸² Costa, Álvaro Mayrink da. Direito penal: volume 1, tomo I - parte geral. 3ª ed. atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 622.

²⁸³ Leal, João José. Curso de direito penal. Porto Alegre; Blumenau: Sergio Antonio Fabris: FURB, 1991. p. 155.

²⁸⁴ Capez, Fernando. Curso de direito penal: parte geral : volume 1. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 232.

²⁸⁵ "*Nos crimes materiais, de ação e resultado, o momento consumativo é o da produção deste*". (Jesus, Damásio E. de. Direito penal, volume 1 : parte geral - 28. ed. rev. - São Paulo : Saraiva, 2005. p. 330). Da mesma maneira, E. MAGALHÃES NORONHA firma que o momento consumativo é o da ocorrência do evento, como se percebe no seguinte trecho: "*Nos crimes materiais em que há ação e resultado, o instante consumativo é o do evento*". (Noronha, E. Magalhães. Direito penal. 33.ed. atualizado por Adalberto Jose Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 124)

²⁸⁶ Greco, Rogério. Curso de direito penal: parte geral. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. p. 270.

Outrossim, é possível aduzir, quanto à consumação, que os crimes materiais “são aqueles crimes que só se completam com a apresentação do resultado”.²⁸⁷

ANTÔNIO JOSÉ MIGUEL FEU ROSA ainda acrescenta que, com o resultado ou evento, a consumação causa a violação do objeto jurídico tutelado.²⁸⁸ Deste modo, deve haver o dano efetivo, exigindo a constituição de dois elementos, especificamente: a) *conduta humana* e b) *modificação do mundo exterior*.²⁸⁹ No mesmo sentido é o posicionamento do doutrinador JOSÉ SALGADO MARTINS.²⁹⁰

Exemplificando a consumação dos crimes materiais, CEZAR ROBERTO BITENCOURT²⁹¹ discorre acerca do crime de homicídio, no qual se verifica a exigência da morte da vítima para que o delito se consuma. A ação do agente ativo, *in casu*, deve se ligar ao resultado morte do sujeito passivo em uma relação de causalidade, sem isso o crime não se consuma.

VICENTE DE PAULA RODRIGUES MAGGIO, ao explicar de como ocorre a consumação nos crimes materiais, salienta a independência da conduta. Se o resultado descrito pelo tipo ocorrer, temos a consumação do crime. O autor também usa como exemplo o crime de homicídio, ligando a consumação à morte, bem como cita outros casos, dentre eles o do furto que exige a subtração.²⁹²

Por fim, no que tange à tentativa criminoso, os crimes materiais admitem essa modalidade delituosa, nas situações em que não se atinge o resultado previsto no tipo. A falta do alcance ao resultado visado implica na configuração da tentativa delituosa.²⁹³ Destarte, nas palavras de JOÃO JOSÉ LEAL: “se a conduta não conseguir

²⁸⁷ Rosa, Antonio Jose Miguel Feu. Direito penal: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 266.

²⁸⁸ “Materiais são aqueles crimes que só se completam com a apresentação do resultado. [...] Em resumo: para a consumação dos crimes materiais há necessidade de violação ao objeto jurídico tutelado [...]”. (Rosa, Antonio Jose Miguel Feu. Op. cit., p. 266)

²⁸⁹ Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de direito penal. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 266.

²⁹⁰ “Crimes materiais ou de dano são aqueles que só se consumam quando o resultado apresenta um dano efetivo ao bem jurídico protegido pela norma penal”. (Martins, José Salgado. Direito penal: introdução e parte geral. São Paulo, Saraiva, 1974. P. 284)

²⁹¹ Bitencourt, Cezar Roberto. Op. cit., p. 492.

²⁹² “São aqueles que só se consumam com a produção de um determinado resultado descrito no tipo penal, independentemente da conduta, com é o caso do homicídio que só se consuma com a morte; o furto com a subtração; o dano com a destruição; o estupro com a conjunção carnal, etc”. (Maggio, Vicente de Paula Rodrigues. Direito penal : parte geral - 5. ed. - Campinas, SP: Millenium, 2005. p. 104)

²⁹³ Bitencourt, Cezar Roberto. Op. cit., p. 266.

realizar o resultado material previsto no tipo penal respectivo, não há crime consumado”.²⁹⁴

4.6 Crimes Formais

Os crimes formais são denominados de maneiras diversas na doutrina. PAULO JOSÉ DA COSTA JUNIOR²⁹⁵, ANTONIO JOSÉ MIGUEL FEU ROSA²⁹⁶ e E. MAGALHÃES NORONHA²⁹⁷ consideram os crimes formais e crimes de simples atividade equivalentes. De outro modo, JOÃO JOSÉ LEAL²⁹⁸ afirma que os crimes formais podem ser chamados de crimes de mera conduta. E, ainda, temos a classificação de ALVARO MAYRINK²⁹⁹ que trata equitativamente os crimes formais e de mera conduta, quando fala da consumação, acrescentando a denominação de tipos de empreendimento.

Segundo ÁLVARO MAYRINK DA COSTA, os crimes formais por excelência são aqueles em que não há resultado definido e exigido no tipo penal,³⁰⁰ ao contrário do que ocorre nos crimes materiais, como já foi anteriormente exposto. PAULO JOSÉ COSTA JÚNIOR acrescenta que o resultado naturalístico não é necessário, posto isto, basta a execução da conduta comissiva ou omissiva.³⁰¹

Em contraposição, JOÃO JOSÉ LEAL nos alerta que, para alguns doutrinadores defensores da concepção jurídica, há resultado nos crimes formais, sim; senão inexistiria o próprio crime. Este impasse ocorre em razão de o resultado ocorrer no mesmo momento da conduta perpetrada.³⁰²

²⁹⁴ Leal, João José. Curso de direito penal. Porto Alegre; Blumenau: Sergio Antonio Fabris: FURB, 1991. p. 156.

²⁹⁵ Costa Júnior, Paulo José da. Direito penal : curso completo - 7. ed. rev. e consolidada em um único volume - São Paulo : Saraiva, 2000. p. 54.

²⁹⁶ Rosa, Antonio Jose Miguel Feu. Direito penal: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 265.

²⁹⁷ Noronha, E. Magalhães. Direito penal. 33. ed. atualizado por Adalberto Jose Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 110.

²⁹⁸ Leal, João José. Curso de direito penal. Porto Alegre; Blumenau: Sergio Antonio Fabris: FURB, 1991. p. 213.

²⁹⁹ Costa, Álvaro Mayrink da. Direito penal: volume 1, tomo I - parte geral. 3ª ed. atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 607 e 624

³⁰⁰ Costa, Álvaro Mayrink da. Op. cit., p. 624.

³⁰¹ Costa Júnior, Paulo José da. Op. cit., p. 54.

³⁰² Leal, João José. Op. cit., p. 156.

JOSÉ FREDERICO MARQUES expõe que na descrição típica dos crimes formais inexistente qualquer referência ao resultado que a conduta do agente causará. A descrição legal limita-se a delimitar a conduta do agente a ser repreendida. Por conseguinte, conclui que os resultados que eventualmente são gerados pela ação ou omissão do sujeito não influem na averiguação da tipicidade da conduta.³⁰³

Comunga do mesmo entendimento E. MAGALHÃES NORONHA, afirmando que os “*crimes formais ou de simples atividade são os que não exigem a produção de um resultado estranho ou externo à própria ação do delinqüente. [...] Nos delitos de mera atividade a realização desta marca a consumação*”.³⁰⁴

No que concerne à consumação, JULIO FABBRINI MIRABETE, com base nos ensinamentos de MANOEL PEDRO PIMENTEL, destaca que nos crimes formais há conduta e resultado – sendo este resultado jurídico (não naturalístico, como aduz ÁLVARO MAYRINK DA COSTA).³⁰⁵ Porém, na relação de causalidade entre eles, há separação apenas lógica, já que na perspectiva cronológica a conduta dá origem ao resultado imediatamente no momento em que esta se compõe.³⁰⁶ Assim, o fim a que o agente se propôs não tem relevância, uma vez que, se a ação configurar todos os aspectos que o tipo descreve, haverá a consumação. E para embasar a tese, cita os crimes de ameaça e injúria, previstos, respectivamente, no art. 147 e 140 do Código Penal.³⁰⁷

³⁰³ “*Nos delitos em que a figura típica não contém mais que a descrição da conduta, por não existir explicitamente qualquer referência ao resultado da ação ou omissão, o supedâneo natural do dano ou lesão ao interesse que a norma tutela é a própria conduta do agente como realidade espacial e temporal em que seu querer interno se exterioriza. Os múltiplos resultados que daí promanam, na esfera do mundo natural, deixam de ser apreciados e verificados no campo da tipicidade porque a norma penal não os prevê*”. (Marques, José Frederico Marques. Tratado de direito penal - Campinas: Bookseller, 1997. p. 88 e 89)

³⁰⁴ Noronha, E. Magalhães. Direito penal. 33.ed. atualizado por Adalberto Jose Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 110 e 124.

³⁰⁵ Costa, Álvaro Mayrink da. Direito penal: volume 1, tomo I - parte geral. 3ª ed. atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 622.

³⁰⁶ Neste mesmo entendimento temos a manifestação de JOSÉ SALGADO MARTINS: “*Diz-se o crime formal, quando o resultado se realiza no próprio momento da ação*”. (Martins, José Salgado. Direito penal: introdução e parte geral. São Paulo, Saraiva, 1974. p. 284); “*a consumação se confunde com a própria ação delituosa*”. (Leal, João José. Curso de direito penal. Porto Alegre; Blumenau: Sergio Antonio Fabris: FURB, 1991. p. 213)

³⁰⁷ “*No crime formal não há necessidade de realização daquilo que é pretendido pelo agente, e o resultado jurídico previsto no tipo ocorre ao mesmo tempo em que se desenrola a conduta, 'havendo separação lógica e não cronológica entre a conduta e o resultado'. No delito de ameaça (art. 147), a consumação dá-se com a prática do fato, não se exigindo que a vítima realmente fique intimidada; no de injúria (art. 140) é suficiente que ela exista, independentemente da reação psicológica do ofendido etc*”. (Mirabete, Julio Fabbrini. Manual de direito penal. 21. ed. rev. e atual. por Renato N. Fabbrini. São Paulo: Atlas, 2004, p. 134.)

Encontramos no caso dos crimes formais apenas a exigência de o fato conter *ação do agente e vontade de concretizá-lo*.³⁰⁸ O tipo nos referidos crimes descreve um resultado, da mesma forma que no tipo dos crimes materiais, entretanto, deixa de tratá-lo como imprescindível a ocorrência para que haja a consumação do crime.³⁰⁹ Embora o resultado não seja exigido nos crimes formais para a configuração da consumação, pode ser que venha a ocorrer.³¹⁰

Recorde-se que nos crimes materiais havia a necessidade da *conduta humana* e da *modificação do mundo exterior*.³¹¹ Em contrapartida, temos que os crimes formais “*descrevem apenas o comportamento do sujeito, não fazendo referência a qualquer mudança no mundo externo produzida por ela*”.³¹²

Além disso, é importante salientar que o dano ou perigo constituem qualificação jurídica da ação dos crimes formais, de acordo com as explanações de ÁLVARO MAYRINK.³¹³

Os crimes em comento são chamados também de consumação antecipada, então “*nos crimes formais, a intenção do autor é a realização do evento, cuja consumação retroage para um momento anterior, dispensando a sua concretização*”.³¹⁴ já que com o início dos atos que tendem a colocar em perigo ou lesionar o bem jurídico percebe-se a consumação. A *linha de punibilidade* é adiantada,³¹⁵ com isso, a consumação do delito é antecipada por conta da “*impaciência do legislador*”,³¹⁶ rejeitando a necessidade da ocorrência do resultado,

³⁰⁸ Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de direito penal. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 266.

³⁰⁹ Bitencourt, Cezar Roberto. Op. cit., p. 266.

³¹⁰ Maggio, Vicente de Paula Rodrigues. Direito penal : parte geral - 5. ed. - Campinas, SP: Millenium, 2005. p. 104; é importante frisar o entendimento de ANTÔNIO JOSÉ MIGUEL FEU ROSA acerca da consumação nos crimes formais, *in verbis*: “(...) o momento da consumação deixa-se descrever legalmente apenas de modo formal como o do preenchimento de todas as características do tipo penal”. (Rosa, Antonio Jose Miguel Feu. Direito penal: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 300)

³¹¹ Bitencourt, Cezar Roberto. Op. cit., p. 266.

³¹² Jesus, Damásio E. de. Direito penal, volume 1 : parte geral - 28. ed. rev. - São Paulo : Saraiva, 2005. p. 190.

³¹³ “... nos crimes formais presume-se *juris et de jure* o dano ou perigo, que poderão concretizar-se ou não.(...) Realmente, há que ser considerado o acontecimento tipicamente relevante causado pelo atuar do autor do fato punível, pois o dano ou o perigo constituem qualificação jurídica da ação (tipos formais ou do resultado (tipos materiais)”. (Costa, Álvaro Mayrink da. Direito penal: volume 1, tomo I - parte geral. 3ª ed. atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 622.)

³¹⁴ Costa Júnior, Paulo José da. Op. cit., 623.

³¹⁵ Costa, Álvaro Mayrink da. Direito penal: volume 1, tomo I - parte geral. 3ª ed. atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 607.

³¹⁶ Jesus, Damásio E. de. Direito penal, volume 1 : parte geral - 28. ed. rev. - São Paulo : Saraiva, 2005. p. 190.

já que ocorre em um momento anterior, assim sendo “*antecipa-se o momento consumativo opere lege*”.³¹⁷ Por fim, não é de mais ressaltar que a lei exige a conduta do agente voltada ao resultado, mas não necessita da verificação dele para que ocorra a consumação.³¹⁸ Neste sentido, JOSÉ SALGADO MARTINS assevera que os crimes contra a honra são delitos que possuem a consumação antecipada.³¹⁹

RENÉ ARIEL DOTTI destaca que o crime é classificado como formal “*quando a sua consumação independe de um efetivo resultado externo*”. E, ao estabelecer um paralelo entre crimes formais e os crimes materiais (*ou que deixam vestígios*), alega que eles são opostos entre si.³²⁰

Na questão relativa à tentativa nos crimes formais, temos que é impossível esta modalidade.

JOÃO JOSÉ LEAL trata do assunto com muita propriedade, pois compara a tentativa nos crimes materiais e formais, como se denota do excerto que segue:

Do ponto de vista prático, cabe esclarecer que os crimes materiais admitem a tentativa (quem dispara uma arma de fogo contra seu contendor e apenas causa-lhe ferimentos, pode ser responsabilizado por tentativa de homicídio); já os crimes formais desconhecem a tentativa (quem profere uma calúnia, já está automaticamente consumando a infração: neste caso não se admite a possibilidade jurídica de se praticar a tentativa de calúnia).³²¹

Ademais, ANTÔNIO JOSÉ MIGUEL FEU ROSA nos mostra que “*não há tentativa nos crimes formais, porque se consideram consumados pela própria situação de 'perigo', independente de qualquer dano*”.³²²

Por fim, JOSÉ FREDERICO MARQUES também elabora distinção entre a consumação nos crimes materiais e nos crimes formais, e discorre acerca da existência de em ambas as espécies de crimes o *flagitium perfectum*. Deste modo,

³¹⁷ Costa, Álvaro Mayrink da. Direito penal: volume 1, tomo I - parte geral. 3ª ed. atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 622.

³¹⁸ “*Nos crimes formais, a consumação ocorre com a simples atividade, independentemente da produção do resultado descrito no tipo*”. (Jesus, Damásio E. de. Op. cit., p. 330.)

³¹⁹ Martins, José Salgado. Direito penal: introdução e parte geral. São Paulo, Saraiva, 1974. p. 284.

³²⁰ Dotti, René Ariel. Curso de direito penal : parte geral - Rio de Janeiro : Forense, 2003, p. 65.

³²¹ Leal, João José. Curso de direito penal. Porto Alegre; Blumenau: Sergio Antonio Fabris: FURB, 1991. p. 156.

³²² Rosa, Antonio Jose Miguel Feu. Direito penal: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 305.

afirma que *“se o agente pratica os atos de execução e a figura típica não prevê o resultado especial qua a conduta provoca no mundo exterior, está encerrado o iter criminis e consumado o delito, uma vez que se verifique a existência de todos os elementos que compõem o tipo. Se na figura delituosa vier previsto o evento, dar-se-á a consumação tão-só com a realização deste como conseqüência do processo executivo. Em ambos os casos, há o flagitium perfectum, ou crime consumado”*.³²³

³²³ Marques, José Frederico Marques. Tratado de direito penal - Campinas: Bookseller, 1997, p. 360.

5. CONCLUSÃO

Diante de toda a exposição anterior, averiguam-se algumas relações entre os temas explanados.

A primeira consiste na importância do estudo do *iter criminis*, pois possibilita a compreensão da lógica que é respeitada pelos crimes formais e pelos crimes materiais, delimitando, portanto, suas diferenças fundamentais no caminho percorrido. Nos crimes materiais, pelo que nos parece, fica bem evidente a passagem por todas as etapas do *iter criminis* (cogitação, preparação, execução, consumação). Contrariamente, como consta do desenvolvimento, os crimes formais têm seu início, como todo crime, na cogitação, entretanto, por meio de um salto, a ação prevista no tipo basta por si só para consumir o delito. Ou seja, da cogitação o agente passa à consumação, inexistindo qualquer forma de interromper o *iter criminis* nesse meio tempo nos crimes formais.

No que concerne ao resultado ou evento, levantamos a segunda consideração. A diferenciação entre resultado naturalístico e normativo ou jurídico nos ajuda a entender o motivo pelo qual o Código Penal brasileiro segue a regra de que não há crime sem resultado. Tendo em vista que o resultado naturalístico reflete uma modificação do mundo externo, ele está conectado intimamente aos crimes materiais por exigirem um dano exterior à conduta do agente. Já nos crimes formais ficaria a questão pendente quanto à elaboração de tipos penais sem resultado, pois nestes delitos a modificação externa à ação é facultativa. No entanto, percebemos que subsiste o resultado jurídico ou normativo do crime, que é aquele que ocorre ao mesmo tempo da ação e não necessita de alteração material.

Por fim, partimos para a terceira conclusão, nos crimes formais o caminho percorrido pelo crime não admite o fracionamento por circunstâncias alheias à vontade do sujeito ativo. Razão pela qual, nos delitos em questão é impossível a modalidade tentada. Em outra sistemática estão os crimes materiais, em que se encontram bem definidas as fases do *iter criminis*, com base nessa característica é possível o fracionamento do percurso delituoso e, conseqüentemente, a concretização da tentativa criminosa do agente.

6. REFERÊNCIAS

Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de direito penal. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

Bruno, Anibal. Direito penal: parte geral. 4a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

Capez, Fernando. Curso de direito penal: parte geral : volume 1. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

Costa, Álvaro Mayrink da. Direito penal: volume 1, tomo I - parte geral. 3ª ed. atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 1991.

Costa Júnior, Paulo José da. Direito penal : curso completo - 7. ed. rev. e consolidada em um único volume - São Paulo : Saraiva, 2000.

Dotti, René Ariel. Curso de direito penal : parte geral - Rio de Janeiro : Forense, 2003.

Fragoso, Heleno Claudio. Lições de direito penal: parte geral. 15.ed.rev. e atual. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

Greco, Rogério. Curso de direito penal: parte geral. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

Jacob, Elías Antonio. Direito penal : parte geral - 2.ed. - Porto Alegre : Síntese, 2001.

Jesus, Damásio E. de. Direito penal, volume 1 : parte geral - 28. ed. rev. - São Paulo : Saraiva, 2005.

Leal, João José. Curso de direito penal. Porto Alegre; Blumenau: Sergio Antonio Fabris: FURB, 1991.

Machado, Luiz Alberto. Direito criminal: (parte geral). São Paulo: R. dos Tribunais, 1987.

Maggio, Vicente de Paula Rodrigues. Direito penal : parte geral - 5. ed. - Campinas, SP: Millenium, 2005.

Marques, José Frederico Marques. Tratado de direito penal - Campinas: Bookseller, 1997.

Martins, José Salgado. Direito penal: introdução e parte geral. São Paulo, Saraiva, 1974.

Mirabete, Julio Fabbrini. Manual de direito penal. 21. ed. rev. e atual. por Renato N. Fabbrini. São Paulo: Atlas, 2004

Noronha, E. Magalhães. Direito penal. 33.ed. atualizado por Adalberto Jose Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1998.

Prado, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro. 5.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

Rosa, Antonio Jose Miguel Feu. Direito penal: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

Zaffaroni, Eugenio Raul; Pierangeli, Jose Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Noronha, E. Magalhães. Questões acêrca da tentativa em “Estudos de direito e processo penal em homenagem a Nelson Hungria”. Rio de Janeiro: Forense, 1962.