

Tentativa - Desistência Voluntária e Arrependimento Eficaz (1)

EDUARDO RIBEIRO DE OLIVEIRA
Juiz de Direito no Distrito Federal

O objetivo do trabalho que pretendemos expor aos eminentes cultores de Direito Penal aqui reunidos é o conceito de tentativa, em vista da nova codificação que se anuncia para o nosso Direito Penal. O anteprojeto de autoria do mestre Nelson Hungria introduziu algumas modificações no tratamento do tema em relação ao modo por que é versado no Código vigente. Verifica-se, em primeiro lugar, que se limitou o anteprojeto a tratar da tentativa, abstendo-se de, a exemplo do Código de 40, definir também o crime consumado.

É o seguinte o conceito do anteprojeto, em seu art. 15 :

“Quem, com o fim de cometer um crime, começa a sua execução com atos idôneos e inequívocos, mas não vem a consumá-lo por circunstâncias independentes da sua vontade, será punido pela tentativa, com a pena correspondente ao crime, diminuída de 1/3 até metade”.

O parágrafo primeiro trata da desistência voluntária e do arrependimento eficaz:

“O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados”.

Bem examinado o conceito, conclui-se que não houve maiores alterações em relação ao direito vigente, salvo no que diz com a pena, em que a diminuição admitida, que é atualmente de um a dois terços, passou a ser de um terço até metade. Introduziu o anteprojeto, além disso, a referência a que o começo da execução há de ser com atos

1) Trabalho apresentado ao II Congresso de Direito Penal e Ciências Afins, realizado em Brasília em outubro de 1967, na sessão dedicada a debates sobre o Anteprojeto de Código Penal.

idôneos e inequívocos. Esta referência, entretanto, é antes explicativa e aclaradora do conceito, pois que o início de execução, no Código vigente, também não prescinde de univoçidade e idoneidade dos atos.

Com efeito, ao leitor mais desavisado não passa despercebido que, embora tenha empregado palavras semelhantes às usadas no Código Italiano, manteve a diferença essencial que já existe entre o vigente Código e o Código Rocco.

Aquêlê Digesto, ao tratar da tentativa, estabelece:

"Quem pratica atos idôneos, dirigidos de modo inequívoco a cometer o delito, responde por delito tentado se a ação não se completa ou se o evento não se realiza".

No anteprojeto do Ministro Nelson Hungria e no Código Italiano se faz referência a atos idôneos e inequívocos. Manteve-se, entretanto, nossa tradição de se exigir expressamente começo de execução para que haja tentativa. No Direito italiano a isto não se alude. Terá procurado o legislador peninsular fugir deliberadamente à questão mais dificultosa na prática, quando se cogita de tentativa, que é a de se distinguir atos preparatórios de atos de execução. É sabido, contudo, que a solução não apagou as controvérsias e a referência a atos preparatórios e de execução ainda tem surgido na doutrina daquele país.

Entendemos que não há razão para neste ponto se substituir a fórmula tradicional em nosso Direito. A inclusão da referência a que o começo de execução se deva fazer através de atos idôneos e inequívocos não nos parece inovação digna de reparos. Deixou-se expresso que os atos, encarados objetivamente, hão de reunir os requisitos de idoneidade e univoçidade, independentemente da cogitação sobre o propósito do agente. Ao lado desse elemento subjetivo, isto é, que os atos em si mesmos considerados sejam idôneos e inequívocos, se fará a pesquisa do elemento subjetivo, que ficou também expresso ao se estatuir a intercalada "com o fim de cometer um crime". (2)

Não se ignora que o conceito de idoneidade tenha ensejado discussão na doutrina. Mas tais discussões já existiam e são mesmo inarredáveis. Não é nosso objetivo discutir o problema sob esse ângulo. Tal discussão mais se adequaria ao exame da tentativa de crime

2) Quando da apresentação deste trabalho no II Congresso de Direito Penal e Ciências Afins foi observado, nos debates, que com a inclusão deste elemento subjetivo fica excluída a possibilidade de tentativa com dolo eventual. A observação tem inteira procedência.

impossível, contemplada no § 2º do mesmo art. 15. Limitamos o nosso trabalho, como se verifica do título constante do programa do Congresso, ao problema da tentativa em face da desistência voluntária e do arrependimento eficaz.

Isto pôsto, podemos adiantar que nosso propósito é examinar o problema exatamente na parte em que não houve modificação sensível entre o Direito vigente e o anteprojeto. E fazemo-lo por entender que esta modificação seria de inteira conveniência. O Código de 40 inclui, na definição de tentativa, que a não consumação de crime seja devida a circunstâncias alheias à vontade do agente. No artigo seguinte, trata da desistência voluntária e do arrependimento eficaz, estabelecendo que, em casos tais, só responde o agente pelos atos já praticados.

Neste passo, não houve modificação no Anteprojeto. Está ali estatuído, no art. 15, *caput*, que haverá tentativa quando, começada a execução, o agente não consuma o crime por circunstâncias independentes de sua vontade. No parágrafo primeiro, repete o constante do art. 13 do atual Código, com a só diferença de colocar "desiste de prosseguir na execução" onde atualmente se lê "desiste da consumação do crime".

O tema em exame é o tratamento dado à matéria no Anteprojeto, nesta parte igual ao Código vigente, ambos se referindo, ao conceituar a tentativa, à circunstância independente da vontade do agente que motivou a não consumação. E ao lado disto contemplam ainda, em artigo à parte um, em parágrafo outro, regra concernente à desistência e ao arrependimento.

O sistema brasileiro é algo peculiar. De fato, da consulta que nos foi dado fazer a várias codificações estrangeiras, só encontramos simile no Direito argentino. Ressalvamos obviamente a possibilidade de haver de igual modo sido tratada a matéria em outros Códigos, cujo manuseio não nos foi facultado.

Podemos dividir os sistemas legislativos em várias categorias.

Na primeira, mencionaríamos aquêles em que, no conceito de tentativa, se alude à causa estranha à vontade do agente que determinou a não consumação. Nestes, feita a referência àquela causa, inexistente outro dispositivo que trate da desistência voluntária e do arrependimento eficaz. Entre os que assim trataram a matéria podemos incluir os Códigos da Áustria, de 1852 (§ 8º), Bélgica, de 1867 (art. 51), Espanha, de 1870 (art. 3º), Holanda, de 1881 (art. 45), Portugal, de 1886, (art. 11), França, de 1810 (art. 2º), México (art. 12). E ainda os Códigos de Liechtenstein de 1859, neste ponto idêntico ao da Áustria, de Luxemburgo, idêntico ao da Bélgica, e o de Mônaco de 1874, idêntico ao da França.

Outro sistema é o daquelas legislações que, ao tratarem da tentativa, não mencionam a razão por que o crime não se consumou e tratam separadamente, em parágrafos ou artigos, da desistência voluntária e do arrependimento eficaz, para lhes dar a consequência de tornar impune a tentativa. Assim, o Código Alemão de 1870 estabelece:

Art. 43: Todo aquêlê que tiver manifestado a intenção de cometer um crime ou delito por atos que constituam começo de execução será punido por tentativa, se o crime ou delito não se consumar.

E no art. 46: A tentativa não será punível se o autor abandonou a execução do ato projetado, sem que esta execução tenha sido impedida por circunstâncias independentes de sua vontade e se, de sua própria iniciativa, e antes de descoberto seu ato, tiver impedido os efeitos necessários à consumação do crime ou do delito.

Vê-se que, quando tratou da definição de tentativa, não mencionou a causa por que o delito não se consumou. Referência a esta causa se vai encontrar em dispositivo distinto. No mesmo grupo se podem incluir os Códigos da Bulgária de 1951 (art. 16), Dinamarca, de 1930 (arts. 21 e 22), Islândia, de 1940 (arts. 20 e 21), Noruega, de 1902 (arts. 49 e 50), Polônia, de 1932 (arts. 23 e 25).

Outro sistema, semelhante ao anterior, é o daqueles Códigos que não inserem no conceito de tentativa a referência à causa por que não se consumou o crime, mas contemplam separadamente a desistência e o arrependimento, dando ao arrependimento tão-só a consequência de atenuar a pena. Assim, o Código grego de 1950 (arts. 42 e 44) e o Código italiano de 1930 (art. 56). O Código húngaro de 1950 destes se distingue apenas por estabelecer para a desistência e o arrependimento, além da possibilidade de absolvição, a de uma atenuação sem limites da pena (arts. 17 e 18).

Os Códigos brasileiro e argentino são peculiares, uma vez que, além de incluírem na definição de tentativa a referência a circunstâncias alheias à vontade do agente, trata ainda do arrependimento e da desistência o brasileiro, e da desistência, o argentino. Em todos os demais exemplos mencionados, ou se coloca na definição de tentativa a menção à circunstância impeditiva, ou se trata do arrependimento e da desistência.

Nosso direito anterior obedecia à orientação seguida pelo primeiro grupo citado.

O Código do Império estabelecia, no art. 2º:

“Julgar-se-á crime ou delito a tentativa de crime quando manifestada por atos externos e princípio de execução que não teve efeito por circunstâncias independentes da vontade do delinqüente”.

Não tratava, em outro dispositivo, da desistência ou do arrependimento.

O Código de 1890, definindo a tentativa no art. 13, consignava que a execução haveria de não se ter dado por circunstâncias independentes da vontade do criminoso. A desistência e o arrependimento, todavia, não eram previstos em qualquer outro artigo.

A Consolidação Piragibe também não registrou modificação.

Passemos agora ao exame do assunto em uma perspectiva crítica. Para isto, necessário se torna a colocação de certos dados que nos excusamos de repetir a tão eminente corpo de juristas, mas de que não podemos prescindir para tornar claro o nosso pensamento.

De acôrdo com o conceito analítico clássico do crime, a primeira condição para que se cogite da existência de ato criminoso é que haja um procedimento típico. Não há porque cogitar de outros elementos do crime, sem a possibilidade de enquadramento de uma ação em um tipo penal. Para haver crime é necessário que a conduta humana se ajuste a um tipo que seja um caso peculiar da hipótese normativa, cuja característica é exatamente a generalidade.

Há casos, entretanto, em que a ação não realiza o tipo, se o considerarmos isoladamente, e se tem, não obstante, uma conduta criminosa. Se nos socorrermos tão-só da Parte Especial do Código, não encontraremos, em qualquer de seus dispositivos, uma norma que preveja a ação de instigar outrem a cometer um homicídio. Igualmente, não se descobrirá a descrição da conduta de quem, por exemplo, realizou manobras abortivas sem que tenha havido a morte do feto. Tem-se, nestes casos, o que se costuma chamar de formas ampliadas de adequação típica. De ordinário, o fato externo se adequa imediatamente à figura delituosa, sem necessidade de recurso a outra disposição legal. A aplicação da pena dependerá, antes de tudo, da integral realização de todos os elementos que compõem o tipo. Entretanto, sem que isto ocorra, pode haver o crime em duas hipóteses: tentativa e co-autoria. “Los tipos penales”, como diz SOLER, “son así extendidos, ampliados, para abarcar hechos que solamente están dirigidos hacia el tipo; pero que no importan su realiza-

ción perfecta" (3). Nestes dois casos, é mister a conjugação do dispositivo que descreve o tipo com o preceito da Parte Geral definidor da co-autoria ou do crime tentado. Há uma adequação típica indireta, mediata. Ora, seja em uma, seja em outra hipótese, para que se faça tal adequação, é indispensável, por certo, levar-se em conta integralmente os elementos que compõem a definição da tentativa ou da co-autoria. Se a lei fornece vários elementos para compor a norma que propiciará a extensão, todos eles não de ser considerados, sob pena de não se verificar aquela adequação.

Vimo-nos servindo do conceito de tipicidade por facilitar extraordinariamente a compreensão e emprêgo de expressões que são de uso diário dos penalistas. Para as conclusões que nos interessam, entretanto, não seria preciso nos valermos do conceito analítico tripartido do crime. Bastaria considerarmos a norma jurídica de um modo geral. Nesta se distingue uma hipótese — suposto normativo — que, realizada, acarreta determinadas conseqüências. Esta hipótese é a descrição de uma conduta humana. Sem que se integrem, factualmente, todos os elementos daquela hipótese, não haverá a conseqüência jurídica. No que nos interessa, podemos então dizer que se abstrairmos dos elementos do dispositivo legal que define a tentativa, a ação humana não estará contida em qualquer norma jurídica. Sem dêles nos socorrermos, a ação seria lícita por não realizar qualquer suposto normativo. A crítica que se possa fazer ao conceito de tipicidade em nada afeta as conclusões vez que a estas se chegaria também pelo simples exame lógico da norma jurídica.

A leitura do art. 15 do Anteprojeto enseja a identificação de diversos elementos componentes da norma que permite incriminar ações que, não realizando as hipóteses descritivas na Parte Especial, estariam fora da cogitação penal. Há que haver: 1 — o propósito de cometer o crime; 2 — um começo de execução; 3 — que este começo de execução se faça através de atos idôneos e inequívocos; 4 — que a consumação não se verifique por circunstâncias independentes da vontade do agente.

Importa, para o fim em exame, o requisito nº 4. Não podemos, ao apreciar a tentativa, prescindir dêste elemento. O legislador o inseriu na norma definidora. Não nos é dado servir-nos apenas em parte do conceito por que optou a lei. Dêste modo, faltando êste elemento, isto é, devendo-se a não consumação a circunstâncias de-

(3) SEBASTIÁN SOLER — *Derecho Penal Argentino* — Editorial La Ley Buenos Aires — 1945 — Tomo II — págs. 172/173.

pendentes da vontade do agente, conclui-se forçosamente não ser possível aplicar-se a norma extensiva: — não se poderá fazer a adequação típica indireta e a ação será conseqüentemente atípica. Faltarão ao atuar do agente aquêles primeiros elementos que se reputa fundamental para a existência do crime: a tipicidade. Ou, em termos mais gerais, sua atividade não realizará qualquer hipótese normativa.

Se assim é, supérfluo será o § 1º do art. 15 do Anteprojeto, quando estabelece que só responderá pelos atos já praticados o agente que voluntariamente desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza. Com efeito, se o agente desistiu de prosseguir ou impediu a produção do resultado, a não consumação se terá devido a circunstâncias *dependentes* de sua vontade. Foi pelo fato de, por sua vontade, haver desistido de prosseguir na execução, ou de, por sua vontade, haver impedido a produção do resultado que o crime não se consumou. Ora, assim sendo, a punibilidade da ação já estará excluída pelo simples motivo de não ser ela criminosa. Não está contemplada em nenhum dispositivo da Parte Especial, e a norma extensiva do *caput* do art. 15 não será aplicável, por faltar um de seus elementos integrantes.

Conclui-se, pois, que o art. 13 do atual Código ou o § 1º do art. 15 do Anteprojeto poderiam ser suprimidos. Nem a ressalva da responsabilidade pelos atos já praticados seria necessária. A esta conclusão se chegaria sem que fôsse preciso recorrer ao mencionado parágrafo primeiro do art. 15 ou no citado art. 13.

Com efeito. Ninguém nega que uma mesma ação pode realizar, simultaneamente, todos os elementos constitutivos de mais de um crime. Exatamente em vista de tal possibilidade é que se estabeleceram as regras atinentes ao concurso aparente de normas que o Anteprojeto entendeu oportuno consagrar legislativamente. Tais regras supõem, obviamente, a presença dos elementos subjetivos necessários à integração dos diversos delitos. Para praticar um determinado crime o agente quer certo resultado, mas quer também outros resultados intermediários necessários a atingir o objetivo final colimado. Se o crime-fim se consuma, não sofrerá o agente as penas cominadas aos crimes queridos como meio, na medida em que tenha lugar a aplicação das regras relativas ao concurso aparente.

Vejamos um exemplo: visando subtrair para si coisa alheia móvel, alguém pratica violência contra terceiro, causando-lhe lesão corporal leve. Consumada a subtração, responderá pelo crime de roubo (Código Penal, art. 157 — Anteprojeto — art. 167). Não se lhe aplicarão as penas correspondentes ao crime de lesões corporais leves. Entretanto, não há nenhuma dúvida de que todos os elementos

dêste crime foram integralmente realizados. As regras do concurso aparente existem exatamente para impedir, em tais casos, a dupla apenação. Mas pode a subtração deixar de se consumar por vontade do agente. Desistiu êle voluntariamente de completá-la. Nesta hipótese, inexistirá tentativa de roubo, porque esta só haveria se a não consumação se devesse a circunstâncias alheias à vontade do agente. Afasta-se a aplicação do art. 157 do Código vigente (ou 167 do Anteprojeto), vez que a ação não realizou todos os elementos do tipo. A norma de extensão concernente à tentativa igualmente é inaplicável porque também um de seus elementos não se verificou. Não haverá mais falar em concurso de normas e a pena relativa ao crime de lesões corporais, que seria absorvida pelo roubo, será então aplicada. Vale insistir: o crime de lesões corporais estava integralmente realizado. A pena não se applicou em virtude das regras do concurso aparente. Inexistindo êste, a pena terá de ser aplicada. A conclusão se impõe naturalmente, exista ou não a ressalva de que havendo desistência ou arrependimento o agente responderá pelos atos praticados. Alguém quer praticar homicídio. Para tanto quer, como meio, causar lesões corporais necessárias a atingir o resultado morte. Não havendo a tentativa de homicídio em virtude da desistência, sua ação se enquadrará diretamente no art. 129 do Código Penal (ou do Anteprojeto), sem necessidade de recurso a qualquer outra norma. Responderá pelas lesões corporais pois quis causá-las, ainda que como meio, e efetivamente atingiu êste resultado.

Cumpra reconhecer que a opinião dominante na doutrina brasileira não se ajusta às teses que vimos expondo. Numerosos são os autores que entendem consistirem o arrependimento e a desistência causas que têm a virtude de extinguir ou excluir a punibilidade e não a de fazer com que inexista a tentativa.

Não se pode admitir, afirma-se, sejam desfeitos os atos de tentativa já executados. E cita-se, a propósito, a célebre imagem de VON LISZT. Transposta a linha divisória, diz aquêlê mestre, entre os atos preparatórios e os de execução, o agente incorre na pena prevista para a tentativa. Isto não se poderá suprimir ou anular retroativamente. O Estado, entretanto, fornece ao criminoso uma "ponte de ouro" para que possa retirar-se sem ficar sujeito a pena (4).

(4) Von Liszt, Franz — Tratado de Direito Penal Alemão — trad. José Hygino Duarte Pereira — Ed. F. Briguet & C. — Rio — 1899 — tomo I — pág. 342.

Neste sentido, NELSON HUNGRIA (5), MAGALHÃES NORONHA (6), GALDINO SIQUEIRA (7), inclusive no regime de 90, TELLES BARBOSA (8), BENTO DE FARIA (9).

Merece mencionada à parte a posição de COSTA E SILVA.

Comentando o Código de 90, diz que "a suspensão da execução por circunstâncias independentes da vontade do criminoso" se insere entre os elementos constitutivos da tentativa e, coerentemente, afirma que "se a execução deixa de ser levada a cabo por vontade do agente, desaparece a tentativa" (10).

Em sua obra póstuma, que teve por base a lei penal vigente, faz notar que, a propósito do tema, em duas categorias se podem grupar as várias legislações.

Uma se constitui daquelas que deixaram de incluir, no conceito de tentativa, a cláusula de que a não consumação se tenha devido a circunstâncias alheias à vontade do agente. A outra, seguindo o modelo francês, reúne as que fizeram esta inclusão. Neste sistema, observa, "não sendo a suspensão resultante de circunstância alheia à vontade do autor não existe tentativa". E acrescenta: "Os comparicipantes do fato não poderão ser responsabilizados criminalmente, pois o crime não se verificou".

Não obstante estas afirmativas, e contraditóriamente a nosso ver, ao comentar o art. 13 do vigente Código, diz que aí se cogita de caso de isenção de pena (11).

Ao lado dessas opiniões não faltam, entretanto, aquêles que, em nosso entender com muito melhores razões, sustentam, em face do direito brasileiro, que a não consumação por circunstâncias alheias à vontade do agente integra a figura da tentativa e, por conseguinte, a desistência voluntária e o arrependimento eficaz não podem ser considerados como causas de exclusão ou extinção de pena. Acar-

(5) Comentários ao Código Penal — Forense — Rio — 4ª edição — 1958 — vol. I — tomo 2º — pág. 93.

(6) Direito Penal — Saraiva — São Paulo — 2ª edição — 1963 — 1º volume — págs. 160/161.

(7) Direito Penal Brasileiro — Jacintho Ribeiro dos Santos — ed. Rio — 1921 — pág. 178.

(8) A Tentativa em face do Novo Código Penal — Saraiva — São Paulo — 2ª edição — 1946 — pág. 131.

(9) Cód. Penal Brasileiro, 3ª ed., volume II — pág. 135.

(10) Código Penal dos Estados Unidos do Brasil — Ed. Nacional — São Paulo — 1930 — págs. 69/70.

(11) Código Penal — Ed. Nacional — São Paulo — 1943 — vol. I — págs. 86/87.

retam a inexistência do crime tentado. A conduta será, então, atípica, salvo se os atos iniciais houverem realizado outro tipo penal.

Dentre os antigos, já assinalava CASTRO RODRIGUES a impropriedade de se dizer impunível a tentativa se interrompida a execução pela vontade do agente vez que, se tal se der, esta desaparecerá. Diríamos nós: não chega a aparecer. (12)

No regime atual, pronuncia-se no mesmo sentido BASILEU GARCIA (13), como também FREDERICO MARQUES (14), que procedeu a cuidadoso exame do tema.

Exaustivamente foi ainda examinada a questão, em tese de concurso, pelo professor pernambucano ROQUE DE BRITO ALVES, que sustenta o mesmo ponto-de-vista (15).

Razão existe, sem dúvida alguma, a êstes últimos.

Cumpra relembrar que a matéria há de ser analisada em face de nosso direito positivo, pois a natureza do arrependimento ou da desistência irá variar de acôrdo com o tratamento legislativo que lhes fôr dispensado.

Assim sendo, não tem cabida invocar-se, nesta matéria, opiniões de tratadistas italianos e alemães. Já vimos que a legislação dêstes países não cogita, na definição de tentativa, do motivo que determinou não se verificasse o resultado inicialmente querido pelo agente.

No direito italiano, por exemplo, executados atos idôneos dirigidos de modo inequívoco à prática de um delito, tem-se uma ação típica. Seja qual fôr o motivo de interrupção, há um crime tentado, passível, em princípio, de pena. Isto determinado, é que se cogitará, de verificar se ocorreu a desistência voluntária, que eximirá de pena, ou o arrependimento eficaz, que a diminuirá de modo especial.

No direito alemão também se trata em separado, depois de consumada a tentativa, das causas que levaram à não consumação do crime. A famosa comparação de VON LISZT está bem usada no direito alemão, para o qual escrevia. Dela diz FREDERICO MARQUES que não passa de figura de retórica. Permitimo-nos insistir em que, como figura de retórica, é válida para o direito alemão, não para o nosso.

(12) A Tentativa — Vieira Pontes & Cia. — S. Paulo — 1932 — 2ª edição — págs. 64/65.

(13) Instituições de Direito Penal — Max Limonad — São Paulo — 4ª ed. vol. I — tomo I — pág. 237.

(14) Tratado de Direito Penal — Ed. Saraiva — São Paulo — 1965 — 2ª edição — vol. II — pág. 296.

(15) Desistência Voluntária e Arrependimento Eficaz — Recife — Imprensa Industrial — 1959.

No direito brasileiro a questão é bem outra. Está clara e indiscutivelmente inserida na definição de tentativa a cláusula de que o resultado não se tenha verificado por circunstâncias alheias à vontade do autor. Para se fazer a adequação típica mediata a que já nos referimos, teremos de nos utilizar do conceito de tentativa fornecido pela lei. E dêle não nos podemos servir pela metade. Se a lei dá determinado conceito em que se compreendem quatro elementos, verificados apenas três, é evidente que não se podem reputar realizados os pressupostos legais.

Mencionamos que nas legislações consultadas só na Argentina encontramos exemplo semelhante ao nosso. Mas ali já surgiram vozes de protesto. Conseguimos ter em mãos monografia do Doutor Mário Molmenti, intitulada "El desistimiento voluntario en la tentativa", em que o autor conclui pela desnecessidade do art. 43 do Código Argentino, por resultar, a *contrario sensu*, do contido no art. 42.

Admitida a conclusão, se esta se admitir, de que há, tanto no vigente Código Penal, quanto no Anteprojeto, uma redundância, para não dizer mesmo uma incongruência que deve ser evitada, cumpre fazer-se uma opção. Deve-se escolher um dos dois sistemas principais em que se grupam as legislações. Ou se inclui no conceito de tentativa referência à causa por que o resultado não se verificou, ou esta inclusão não se faz e se cogita da desistência e do arrependimento.

Inclinamo-nos por esta última. E a seu favor temos um argumento de ordem prática, de natureza processual. Isto não exclui que outros argumentos possam existir ou aconselhar diverso tratamento. Entretanto, abalançamo-nos a apresentar um que nos parece relevante e não vimos ainda suscitado. E o fazemos, não pelo amor à novidade, mas por entendermos válido transmitir aquilo que pode ser, pelo menos, motivo de inquietação.

Exige o Direito Processual, basicamente, que o processo se inicie através da imputação de um fato típico. Se tal não ocorrer, o fato não constituirá crime e a denúncia deverá ser rejeitada. Em se tratando de tentativa, acentuamos ser imprescindível considerar os elementos do tipo da Parte Especial e a norma extensiva que enseja se tenha como típica determinada ação, que diretamente não se ajusta ao modelo legal. Se a norma de extensão inclui o requisito de que o resultado não tenha sobrevindo por causa independente da vontade do agente, será necessário, logicamente, que a imputação contenha referência a êste elemento, sob pena, insistimos, de não descrever uma ação típica.

Ora, sucede frequentes vezes que os precários elementos de informação constantes do inquérito, ou de outras peças capazes de

alicerçar a ação penal, são desmentidos pela prova recolhida sob o crivo do contraditório. Se o Juiz pudesse considerar êstes outros fatos para, com base nêles, proferir condenação, estaria frustrado o próprio princípio do contraditório. Essas regras fundamentais foram acolhidas nos arts. 383 e 384 do Código de Processo Penal, onde se admite, sem restrições, dê o Juiz nova qualificação jurídica aos mesmos fatos, mas se exige seja reaberta a possibilidade de defesa se fatos diversos devam ser levados em conta. Tais observações são inteiramente válidas se considerarmos, não o vigente Código de Processo, mas o Anteprojeto Tornaghi. Neste, o tratamento do tema é ainda mais rigoroso, porque se exige sempre o aditamento da inicial, para inclusão de novos fatos, mesmo que a pena a aplicar seja mais leve. Ora, não é incomum, ao contrário muitas vêzes ocorre, que na denúncia ou na queixa se tenha descrito um crime consumado e a instrução venha a demonstrar que aquela consumação não se verificou. Poderá o Juiz proferir sentença condenatória sem reabrir a possibilidade de defesa? Em outras palavras: a acusação de um crime consumado compreende a da tentativa do mesmo crime?

Se o sistema é o de se incluir no conceito de tentativa referência à causa determinante da suspensão, a resposta há de ser negativa. Não se pode contestar que está implícito, ao se dizer que o crime se consumou, ter havido início de execução. Mas início de execução em tal sistema é apenas um dos elementos da tentativa. Não se pode descobrir implícita ou explícita na acusação por crime consumado a causa determinante da suspensão. Se alguém é acusado de um homicídio, esta acusação compreende a afirmação de que praticou os atos que representam o início da execução dêsse crime. Mas, se se verifica que a vítima não morreu, onde a referência à causa que impediu a consumação? O simples início de execução de um crime não será tentativa. O Juiz terá de mencionar também, para que o seja, os motivos alheios à vontade do agente que impediram se consumasse o delito. Se isto não está contido na peça inicial, o pronunciamento do Juiz fica condicionado à prévia obediência ao art. 384 do Código de Processo Penal, ensejando defesa sôbre o fato de que não houve acusação. Não se trata, em suma, de dar nova definição jurídica ao fato descrito pelo acusador. Há que se considerar elemento novo. Assim, não é lícito invocar o art. 383 do Código de Processo Penal. A nova definição jurídica irá depender da existência de circunstância elementar da tentativa, não contida sequer implicitamente na denúncia ou na queixa. Caso será, então, de se aplicar o art. 384, *caput*, pôsto que menos grave a pena cominada. De acôrdo com o Anteprojeto Tornaghi, como dito, será sempre necessário aditar-se a denúncia,

vez que ali não se fêz distinção, para êste fim, entre pena mais ou menos grave.

No Código de Processo Penal vigente, a questão se complica se a decisão fôr em grau de recurso. Consoante a Súmula nº 453 do Supremo Tribunal Federal, não é dado aos tribunais, nos julgamentos de segunda instância, aplicar o art. 384. Este instrumento é apenas utilizável quando a decisão fôr de primeiro grau. Assim sendo, se só em grau de recurso se verificou não ter havido o crime consumado descrito na inicial, a solução terá que ser a absolvição do réu. A condenação por tentativa iria depender de procedimento que não podem os tribunais adotar.

Este último problema relativo ao julgamento pelos tribunais não persistirá, é verdade, se adotado o Anteprojeto Tornaghi, vez que ali se faculta expressamente o uso, em segunda instância, de instrumento que no Código atual corresponde ao art. 384. Entretanto, se é possível legalmente tal solução no Anteprojeto, não se pode desconhecer que as dificuldades práticas subsistiriam. Teria o processo que voltar à instância de origem para que se fizesse o aditamento e se ensejasse defesa, tão-só para se incluir na acusação a referência à causa independente da vontade do agente que determinara a não consumação.

Tais dificuldades desaparecem se se optar pela fórmula de não se contemplar no conceito de tentativa referência à causa que impediu a consumação. Com efeito, aí se terá, com o início da execução do crime, uma ação típica, e nenhum procedimento especial se exigirá do Juiz para que profira sentença condenatória por tentativa, quando a acusação é de crime consumado. Todos os elementos integrantes da figura estarão presentes implicitamente na acusação. A desistência e o arrependimento serão causas simplesmente de extinção ou de isenção de punibilidade, não importa a diferença, e quanto à inexistência de causas desta natureza, nunca se exigiu constassem da peça acusatória, pois basta, na imputação, descrever-se um crime e não apontar também que não concorre nenhuma das hipóteses em que se renuncia à aplicação da pena.

Não podemos nos alongar ainda mais. Devemos, entretanto mencionar, apenas mencionar, que a questão se liga ainda a outra de grande importância — a da co-autoria.

Discute-se quanto à comunicabilidade ou não da desistência e do arrependimento para os fins do art. 26 do Código Penal. A maioria da doutrina sustenta tratar-se de circunstância pessoal e, pois, incomunicável. Entretanto, cumpre considerar que, em face das conclusões a que chegamos, esta solução nem sempre se poderá adotar. Havendo um autor principal e um co-participe, a conduta

dêste será atípica isoladamente considerada. Através da norma de extensão relativa à co-autoria é que se tornará típica. Faz-se a adequação indireta por se ligar seu procedimento ao atuar típico do autor principal.

Ora, se a referência à causa estranha ao querer do agente que determinou a não consumação está contida na definição da tentativa, havendo a desistência ou o arrependimento por parte do autor principal, sua conduta será atípica, como já ficou demonstrado. Neste caso, não há cogitar de comunicabilidade de circunstâncias para se resolver quanto à situação do co-autor. Basta considerar que seu procedimento não concorreu para a realização de um procedimento típico, cuja verificação era condição para que fôsse sua conduta inculpada.

Concluindo, entendemos que há na nossa lei e no Anteprojeto uma redundância, ao contemplar duplamente a causa por que não se deu a consumação do crime. Haverá mesmo uma incongruência se se entender, com a doutrina dominante, que a desistência e o arrependimento constituem causas de extinção ou de exclusão da punibilidade, porque seriam elas aplicáveis a ações não delituosas.

Há que se optar por um dos dois sistemas apontados. Em prol daquele que é do Código italiano e do alemão, isto é, a retirada da referência à causa porque o crime não se consumou da definição da tentativa milita o argumento da ordem prática apontado, de nenhum modo desprezível, vez que atende a reclamo da eficiência da persecução criminal, especialmente quando a desclassificação se deva operar em grau de recurso.

Permitiria, ainda, esta solução afastar-se a dificuldade apontada relativamente à co-autoria, ensejando a aplicação da regra do art. 26 do Código Penal (Anteprojeto — art. 33 — § 1º). Ai, sim, teria pertinência discutir se a desistência e o arrependimento são circunstâncias de caráter pessoal ou de caráter misto, como quer Hungria.