

A desistência da tentativa de homicídio: uma análise sob o enfoque da teoria da ingerência

VITASSIR EDGAR FERRAREZE

Promotor de Justiça no RS.

INTRODUÇÃO

Este trabalho consiste em sinopse de monografia apresentada em conclusão ao curso de pós-graduação em ciências criminais, junto à Universidade de Passo Fundo. Foi extraído o máximo possível de referências bibliográficas e doutrinárias, a fim de privilegiar a concisão do texto.

A idéia foi proceder a um estudo conjugado da parte geral com a parte especial do Código Penal, especificamente no que se refere aos institutos da desistência da tentativa (desistência voluntária e arrependimento eficaz) e da teoria da ingerência, frente ao delito de homicídio.

A desistência voluntária tem sido tratada como desistência da tentativa inacabada e o arrependimento eficaz como desistência da tentativa acabada. Nos delitos de homicídio, referida vinculação mais complicada do que realmente ajuda a precisar os conceitos e a distinção dos institutos da desistência voluntária e do arrependimento eficaz. E tal se torna muito sensível quando se atenta para a teoria da ingerência ou da conduta precedente, prevista no art. 13, § 2º, alínea c, do Código Penal. A conjugação desse dispositivo com o art. 15 também do Código Penal enseja a conclusão de que, na desistência da tentativa de homicídio, o ponto de toque para a distinção entre desistência voluntária e o arrependimento eficaz não é o esgotamento dos meios executivos, nem o plano de fato do autor, mas a intromissão na esfera jurídica alheia, mediante um desdobramento causal posto em marcha, o qual, se não interrompido, conduzirá à morte da vítima.

Ocorre que, como é cediço, o julgamento dos crimes dolosos contra a vida está afeto ao Tribunal do Júri, atendendo expressa determinação constitucional (art. 5º, inciso XXXVIII, CF).

Lembra Trein¹ que a Instituição do Júri “tem uma legião de admiradores, assim como outra de detratores.” Assim o é, talvez, porque o Júri possui uma *ciência* própria, nem sempre compreendida.

É na tribuna que pormenores – nem sempre percebidos ao olhar tecnicista dos doutos! – ganham importância.

Bonfim, por exemplo, demonstra, com a inteligência e a perspicácia que lhe são peculiares, a importância que mesmo dados periféricos de um mero boletim de ocorrência policial podem trazer para o julgamento num plenário do Júri².

Se assim o é com um mero BO, imagine-se a confusão que se pode gerar na cabeça de um jurado: 1) questões de alta indagação dogmática; 2) questões de alta indagação dogmática, sem o devido equacionamento doutrinário; 3) e conclusões doutrinárias parciais, mas absorvidas pela jurisprudência sem a crítica e a pertinência fática devidas.

Tais confusões têm sido fonte de muita impunidade, decretada pelo Tribunal do Júri e chancelada pelo Tribunal de Justiça. Não por má-fé, mas porque o instituto da desistência da tentativa não tem recebido o devido enfrentamento. E para quem atua no Plenário isso acarreta problemas consideráveis...!

É atento a essa perspectiva teórico-prática que o presente estudo busca situar-se, objetivando o equacionamento de temas de alta indagação teórica, pertinentes à tríade tentativa abandonada, teoria da ingerência e tipo legal de homicídio, os quais não têm recebido a devida importância por parte da doutrina especializada.

Observem-se os seguintes exemplos:

- 1) Tício, dispondo de cinco cartuchos, efetua três disparos contra Caio, sem, no entanto, acertá-lo, momento em que interrompe a execução do delito voluntariamente, empreendendo fuga;
- 2) Tício, dispondo de cinco cartuchos, efetua cinco disparos contra Caio, atingindo-o gravemente;
- 3) Tício, dispondo de cinco cartuchos, efetua apenas três disparos contra Caio, atingindo-o gravemente, momento em que interrompe a execução do delito voluntariamente, empreendendo fuga.

¹ TREIN, Thales Nilo. Júri. Rio de Janeiro: Aide, 1996, p. 137.

² BONFIM, Edílson Mougenot. Júri, Do Inquérito ao Plenário, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, pp. 13-7.

Na hipótese de a morte não ocorrer, surge a figura da tentativa e de seu reverso: a desistência da tentativa.

Para a configuração da tentativa, é preciso averiguar se houve início de execução. Em caso positivo, por que não ocorreu o resultado?

Caso se cogite de desistência, a doutrina e a jurisprudência majoritárias indagam se os meios executivos de que dispunha o agente foram, ou não, esgotados – para então responder se é de arrependimento eficaz ou de desistência voluntária de que se trata. Aqui, exatamente aqui está o equívoco dos doutos: tentativa inacabada = desistência voluntária; desistência acabada = arrependimento eficaz.

Mas será que o sinalagma é mesmo perfeito? A indagação não deve ir além? Será que o esgotamento, ou não, dos meios executivos é critério suficiente para a definição de qual instituto deva incidir – se desistência voluntária ou arrependimento eficaz? Será que, primeiramente, não é preciso averiguar se ocorreram, ou não, lesões (graves: perigo de vida) na vítima? Caso produzidas lesões, não será necessário averiguar se o seu responsável não tem o dever de evitar que elas conduzam a vítima à morte? Esse dever jurídico, por acaso, estaria de alguma forma vinculado ou dependente do esgotamento dos meios executivos à disposição do agente?

As respostas viram a seguir. Primeiro, algumas palavras sobre o princípio da ingerência.

A TEORIA DA INGERÊNCIA

A localização da ingerência no sistema penal.
Problemática. Vigência. Conceito. Importância

A teoria da ingerência ou da conduta precedente foi desenvolvida pela doutrina germânica, remontando às formulações de Nagler acerca da intromissão na esfera jurídica alheia.³

A questão do atuar precedente insere-se dentro da problemática dos crimes omissivos impróprios ou, mais especificamente, na causalidade dos delitos omissivos impróprios e na posição de garante.

Como se sabe, os delitos comissivos por omissão, ao contrário dos omissos próprios, vinculam-se a uma resultado naturalístico, motivo pelo qual se impõe a necessidade de ser resolvida a questão da causalidade em tais condutas.

³ BIERRENBACH, Sheila de Albuquerque. Crimes Omissivos Impróprios, uma análise à luz do Código Penal Brasileiro. Belo Horizonte, 1996, p. 80.

De acordo com Santos:

A dogmática penal desenvolveu dois critérios para definir a posição de garante, nos tipos de omissão de ação imprópria: a) o critério formal ou clássico considera a lei, o contrato e a ação precedente perigosa como fontes do dever de garantia; b) o critério material ou moderno trabalha com duas fontes do dever de garantia: a proteção de um bem jurídico determinado (em face de situações de perigo indeterminadas) e a vigilância de uma fonte de perigo determinada (em face de bens jurídicos indeterminados).⁴

No Direito Penal brasileiro, a questão da posição de garante e da relevância causal da omissão está disciplinada de forma expressa, tendo o Código Penal adotado o critério formal.

Como refere Toledo:

O problema da causalidade nesses delitos comissivos por omissão tem ensejado inúmeras disputas doutrinárias que, entre nós, com a reforma penal, perde relevância. Com efeito, o legislador pátrio estabeleceu um nexo de causalidade normativo entre omissão e o resultado, no art. 13 e parágrafos do Código Penal, especificando as hipóteses em que esse nexo deva ser reputado presente⁵.

Com efeito, dispõe o art. 13, § 2º do Código Penal:

A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei a obrigação de cuidado, proteção e vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Por conta desse dispositivo, a omissão resta equiparada à ação, quando o omitente se colocar, por força de um dever jurídico (art. 13, § 2º), na posição de garantidor da não ocorrência do resultado⁶, sendo que nos delitos omissivos, a causalidade (normativa) decorre da *não-avoidance*, enquanto nos comissivos exsurge da *causação* do resultado.

Por todos, a lição de Pierangelli:

Sempre a nível de tipicidade, o nexo causal pode ser considerado como decorrente de uma *causação* ou de uma *evitação*. Como *causação*, uma vez abstraída, hipoteticamente, a conduta proibida, o resultado não teria sido produzido, conclui-se pela existência do nexo causal. Como *evitação*, se mentalmente interpusermos a

⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Moderna Teoria do Fato Punível*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p. 139.

⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Pena*, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 116.

⁶ TOLEDO, *op. cit.*, p. 116.

prática da conduta devida, o resultado não teria se produzido, também se conclui pela existência do nexo de causalidade.⁷

Nos delitos omissivos impróprios, consoante advertência de Conde: “o comportamento omissivo não é mencionado expressamente no tipo, que só descreve e proíbe um determinado comportamento ativo”⁸. Por conta disso, a adequação típica nos delitos omissivos impróprios se faz de forma indireta, tal qual ocorre com a tentativa (art. 14, inciso II, CP) e a participação (art. 29, CP). “A verificação da tipicidade nestes delitos exige a combinação do artigo que contém o tipo que descreve o resultado vedado pela norma (art. 121, por exemplo), com uma das alíneas do § 2º do art. 13 do Código Penal.”⁹

Da mesma forma, o comando para agir não é dirigido genericamente, mas somente para aquelas pessoas que se colocam na posição de garante de acordo com um dos critérios legais estabelecidos no art. 13, § 2º do Código Penal.

Para o estudo da ingerência, interessa o disposto na alínea *c* de referido dispositivo: “O dever jurídico incumbe a quem: “...*c*) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.”

Eis a dicção legal da teoria da ingerência no Direito Penal Brasileiro.

Em que pese a definição, a problemática da ingerência está longe da unanimidade.

Refere Welzel: “El problema de la injerencia sigue siendo aun hoy um problema insoluble.”¹⁰ O que levou Bierrenbach a escrever que “o atuar precedente com os deveres que dele decorrem é, sem dúvida, a questão mais intrincada e controvertida de toda a doutrina da garantia”.¹¹

A doutrina e a práxis não se entendem sequer acerca dos requisitos que se deve revestir o atuar prévio para transformar o ingerente em garante. ‘Imprudente’, ‘antijurídico’, ‘despido de culpa’, ‘objetivamente injusto’, ‘ainda que se culpa’, ‘objetivamente contrário ao dever’, ‘culposo ou mesmo não culposo e inconsciente’ são apenas alguns dos atributos que juristas de renome apontam no atuar precedente, que dá origem à posição de garante sob exame.¹²

⁷ *Op. cit.*, p. 38.

⁸ CONDE, Francisco Muñoz. Teoria Geral do Delito. Tradução e notas de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 33.

⁹ BIERRENBACH, *op. cit.*, p. 91.

¹⁰ WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán,^{4ª} ed., Traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Perez. Santiago: Editoria Jurídica del Chile, 1993, p. 256.

¹¹ *Op. cit.*, p. 81.

¹² BIERRENBACH, *op. cit.*, p. 81.

Para Mirabete: "...a questão ainda está em estudo e a sedimentação dos critérios para a delimitação da situação de garante nas hipóteses de ingerência é tarefa afeita agora à jurisprudência e à doutrina."¹³

Analisando a questão da ingerência, destacam Zaffaroni e Pierangelli: "Esta reflexão...demonstra, uma vez mais, que o problema da tipicidade omissiva permanece sem uma resposta correta, e que a criação das fontes da posição de garantidor pela lei não resolve os problemas que a tipicidade omissiva cria para o princípio da legalidade."¹⁴

Por conta da insegurança doutrinária que rege a matéria, destaca-se a tendência limitadora e restritiva da posição de garante, decorrente da ingerência.

Bierrenbach, embora sustentando a importância e a necessidade de ser desenvolvido o princípio da ingerência, acaba concluindo que a posição de garante, decorrente da conduta precedente perigosa, é praticamente letra morta no direito pátrio.

Para tanto, a autora conjuga o art. 13, § 2º, alínea c, com os arts. 121, § 4º e 129, § 7º, todos do Código Penal, cuja transcrição se apresenta, *in verbis*:

Art. 121, § 4º: No homicídio culposo, a pena é aumentada de um terço, se crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as conseqüências do seu ato, ou foge para evitar o flagrante

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem. (...).

Aumenta-se a pena de um terço, se ocorrer qualquer das hipóteses do art. 121, § 4º.

O pensamento de Bierrenbach é o seguinte:

De acordo com os dispositivos legais, o *sujeito* que, deixando de observar o cuidado objetivo imposto pelo direito – culposamente, portanto – *criar perigo para a vida, a saúde ou a integridade física da vítima, não se converterá em garante daqueles bens*, do que não advirá o dever de agir em sua defesa. Não responderá, portanto, por omissão imprópria.

Adiante prossegue:

... à luz do direito positivo brasileiro, aquele que, através de conduta anterior negligente, expõe a perigo bens jurídicos tutelados de importância maior – vida, saúde ou integridade física – não se transforma em garante do bem, não lhe cabendo o dever legal de agir em sua defesa, não respondendo, via de conseqüência, a título de omissão

¹³ MIRABETE. Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal, Vol. 1. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 103.

¹⁴ *Op. cit.*, p. 543.

imprópria. Tais dispositivos tornam praticamente inviável conduzir a ingerência como fonte de garantia e do conseqüente dever de agir em prol de bens outros de menor hierarquia, o que sepulta, praticamente, esta fonte da posição de garante em nosso direito... Os arts. 121, § 4º, e 129, § 7º, do Código Penal brasileiro limitam de tal forma a ingerência, a ponto de ser considerada por muitos como banida do direito posto. Não vislumbramos solução *de lege lata*. *De lege ferenda* deverão ser revogados os mencionados parágrafos.¹⁵

Deveras, existe a necessidade de serem analisados conjuntamente o art. 13, § 2º, alínea c, e os arts. 121, § 4º e 129, § 7º, do Código Penal. O primeiro dispositivo pertencente à Parte Geral do Código Penal, editada em 1984 e os dois últimos, oriundos, ainda, da Parte Especial de 1940 (não reformada).

A antinomia – aparente – resolve-se pelo princípio da especialidade – *lex specialis derogat generali*: “...de duas normas incompatíveis, uma geral e uma especial (ou excepcional), prevalece a segunda”.¹⁶ O Código Penal possui norma expressa nesse sentido (art. 12).

Assim, com razão Bierrenbach quando afirma que nas hipóteses previstas nos 121, § 4º e 129, § 7º, não se aplica o disposto no 13, § 2º, alínea c, do Código Penal – não advindo daí a posição de garante.

Logo, nas hipóteses de homicídio e lesões culposas, em que o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as conseqüências do seu ato ou foge para evitar o flagrante ele terá um aumento de pena, mas não a assunção da posição de garante.

Observe-se, porém: a *lex specialis* fala apenas em **crime culposo**. Por via de conseqüência, em sede de **delito doloso**, a posição de garante decorrente da ingerência resta íntegra – sem nenhuma restrição.

Conforme ensina Bobbio:

A situação antinômica, criada pelo relacionamento entre uma lei geral e uma especial, é aquela que corresponde ao tipo de antinomia total-parcial. Isso significa que quando se aplica o critério da *lex specialis* não acontece a eliminação de uma das suas normas incompatíveis mas somente daquela parte da lei geral que é incompatível com a especial.¹⁷

¹⁵ *Op. cit.*, p. 87-8.

¹⁶ BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico, tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, 9ª ed. Brasília: UNB, 1997, p. 96.

¹⁷ *Op. cit.*, pp. 96-7.

Em outras palavras, sendo a conduta precedente dolosa não se aplica a restrição ao princípio da ingerência indicada por Bierrenbach. Ao contrário: ele vige com todo vigor.

Essa conclusão é de máxima importância, porquanto não há pensar em **tentativa** (e sua desistência), senão em sede de tipos legais de **crime doloso**.

Por conseguinte, na análise da tentativa (e sua desistência), deve-se estar atento para a fonte de dever, decorrente do art. 13, § 2º, alínea c, do Código Penal, razão pela qual o art. 15 do Código Penal não pode ser interpretado isoladamente. É necessária a interpretação conjugada de ambos os dispositivos, sob pena de conclusões dissociadas do ordenamento jurídico.

REQUISITOS

Os requisitos da situação de ingerência devem ser buscados no art. 13, § 2º, alínea c, do Código Penal: “O dever de agir incumbe a quem:... c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.”

Assim é que, deixando-se as divergências doutrinárias à parte, com base em Bierrenbach¹⁸, podem-se estabelecer os seguintes requisitos à situação de ingerência:

1. **Conduta precedente perigosa objetivamente ilícita.** Por conseguinte, a conduta prévia ajustada ao direito não enseja a posição de garante. Assim por exemplo, a situação de quem se defende em legítima defesa. Conforme Welzel: El agredido que derriba al agresor em defensa legítima nos es garante de impedir consecuencias posteriores de la lesión. Pues el autor del actuar precedente no es el agredido, sino el agresor mismo”.¹⁹
2. **Previsibilidade do perigo.** A ser avaliado já no momento da conduta, mas também no momento da ocorrência do risco criado. Depende da situação concreta.
3. **Idoneidade do perigo criado para a produção do resultado.** Especificamente no que se refere ao tipo legal de homicídio, o perigo para o bem jurídico tutelado (que é a vida) tem um critério seguro: o médico-legal. O exame de corpo de delito indicará se o desdobramento causal, posto em marcha pelas lesões causadas na vítima, acarretou-lhe, não, perigo de morte. Em caso positivo, surge o dever de agir e só será permitido o reconhecimento da desistência da tentativa, se o agente

¹⁸ *Op. cit.*, p. 85.

¹⁹ *Op. cit.*, p. 255.

atuar satisfatoriamente na evitação do resultado. Logo, só pode haver arrependimento eficaz, jamais desistência voluntária.

DESISTÊNCIA DA TENTATIVA. TERMINOLOGIA

A desistência da tentativa está prevista no art. 15 do código Penal: “o agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados.”

Essa norma trata dos institutos da desistência voluntária e arrependimento eficaz.

Santos utiliza-se da expressão desistência da tentativa “como categoria geral compreensiva das espécies da desistência voluntária e do arrependimento eficaz.”²⁰

Capez, a seu turno, utiliza-se da denominação *tentativa abandonada*²¹ para englobar a desistência voluntária e do arrependimento eficaz.

Ambas as terminologias podem ser adotadas sem maiores restrições, desde que se tenha bem presente: 1) a abrangência tanto da desistência voluntária, quanto do arrependimento eficaz; 2) abrangência essa que em nada interfere na necessidade de distinção entre os institutos da desistência voluntária e o arrependimento eficaz.

TENTATIVA INACABADA E ACABADA

Importa se proceda à distinção entre tentativa acabada (também denominada de tentativa perfeita ou delito frustrado) e tentativa inacabada (imperfeita ou ‘propriamente dita’).

O Código Penal brasileiro, ao contrário de outros códigos penais estrangeiros, não estabelece referida distinção.

Conforme Conde, dispõe o art. 3º do Código Penal espanhol:

Há delito frustrado quando o culpado pratica todos os atos de execução que deveriam produzir como resultado o delito, que contudo, não se verifica por causas independentes de sua vontade. Há tentativa quando o culpado dá início à execução do delito diretamente por atos exteriores, mas não pratica todos os atos de execução que deveriam produzir o delito, por causa ou acidente que não seja sua própria e voluntária desistência (parágrafos 2º 3º).²²

²⁰ SANTOS, Juez Cirino dos. *A Moderna Teoria do Fato Punível*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p. 318.

²¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 222.

²² *Op. cit.*, p. 180.

O mesmo autor informa que existe uma tendência para se deixar à doutrina a distinção entre tentativa e crime frustrado, retirando-se dos ordenamentos jurídicos referida matéria²³.

O Código Penal brasileiro foi desse sentir, silenciando-se acerca da distinção.

Segundo Conde: “O problema principal que se apresenta nesses casos é se o término da fase executiva deve ser determinado por um critério objetivo ou subjetivo.”²⁴

Segundo o critério objetivo, analisa-se o esgotamento, ou não, dos meios executivos à disposição do agente. Caso ele tenha se utilizado de todos os meios de que dispunha, a tentativa será acabada. Do contrário inacabada.

Na tentativa imperfeita, conforme Bitencourt: “o agente não exaure toda a sua potencialidade lesiva, ou seja, não chega a realizar todos os atos executórios necessários à produção do resultado, por circunstâncias estranhas à sua vontade.”²⁵

Exemplo: possuindo cinco balas no tambor do revólver, o agente dispara dois tiros contra a vítima, sem atingi-la, momento em que é seguro por terceiros, que não o deixam efetuar outros disparos. Os meios executivos, a serem considerados nesse exemplo, é o número de balas à disposição do agente. No caso, eram cinco. Ele somente conseguiu utilizar duas. Restaram três. Por conseguinte, não se esgotaram os meios executivos.

Na tentativa acabada todos os meios executivos são utilizados, mas mesmo assim o crime não se consuma.

Aproveitando o exemplo anterior: possuindo cinco balas no tambor do revólver, o agente dispara os cinco tiros contra a vítima, sem atingi-la, contudo. Todos os meios executivos ao alcance do autor foram utilizados, sendo que o crime somente não se consumou por erro na pontaria.

Eis a doutrina de Noronha:

Tal seja o momento em que se dê a interrupção da execução, a tentativa se dirá perfeita ou acabada e imperfeita ou inacabada. A perfeita é também chamada crime falho.

Verifica-se, esta, quando o agente fez tudo quanto lhe era possível, para alcançar o resultado, v. g., se ministra dose mortal de veneno a seu inimigo, porém este, por qualquer circunstância se salva.

²³ *Op. cit.*, p. 180.

²⁴ *Op. cit.*, p. 185.

²⁵ *Op. cit.*, p. 44.

A tentativa é imperfeita quando a ação não chega a exaurir-se, quando o sujeito ativo não esgotou em atos de execução sua intenção delituosa. A distinção entre as duas espécies de tentativa tem toda a oportunidade, quando se trata da desistência voluntária e do arrependimento eficaz.²⁶

Pelo **critério subjetivo**, analisa-se o **plano do fato**, elaborado pelo autor²⁷. Conforme Santos:

“...o critério para diferenciar a tentativa inacabada da tentativa acabada é subjetivo: o plano do fato. A representação do *curso causal* formulada pelo autor decide sobre a necessidade ou não de mais ações para a consumir o fato. Na hipótese de tentativa inacabada o autor acredita não ter realizado todo o necessário para o resultado: facada no pescoço, com dolo de homicídio, **reconhecida como sem perigo para a vida da vítima**; na tentativa *acabada* o autor acredita ter realizado todo o necessário para o resultado: o autor cessa a ação de estrangulamento quando acredita que a vítima morrerá em consequência da ação.”²⁸

A utilização de um critério puramente subjetivo pode conduzir à perplexidade, atingindo-se critérios distanciados da realidade.

Veja-se a precisa observação de Zaffaroni e Pierangelli:

O Tribunal Federal alemão construiu verdadeiros casos de filigrana, para nós inteiramente inaceitáveis. Entendeu-se que, se um indivíduo desferir em outro uma facada ou desfechar-lhe um tiro com a intenção de matá-lo e afastar-se, ciente de que com esse golpe único não conseguiu matá-lo, haverá desistência sempre que tenha decidido matá-lo com várias facadas ou com vários disparos, mas não quando tenha resolvido fazê-lo com um único golpe.²⁹

Diante das dificuldades apontadas, tem-se optado pela combinação dos critérios – objetivo e subjetivo.

É o pensamento de Zaffaroni e Pierangelli:

Para os efeitos da desistência, portanto, é sempre necessário saber se a tentativa é acabada ou inacabada. Nos casos concretos, a pergunta deve ser respondida com dados que provêm do subjetivismo do agente, porque sem ter em conta o seu plano delitivo não se pode determinar quando se deve considerar realizada a totalidade da conduta que se torna necessária para a consumação... Esta é uma extensão do critério objetivo-individual, utilizado para uma solução aproximada do problema dos limites dos atos de preparação.³⁰

²⁶ NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 127.

²⁷ CONDE, op. cit., p. 187.

²⁸ *Op. cit.*, p. 322.

²⁹ *Op. cit.*, p. 94.

³⁰ *Op. cit.*, p. 105-6.

PRESSUPOSTOS DA DESISTÊNCIA DA TENTATIVA

Destacam-se pressupostos gerais e específicos.

Os pressupostos gerais são os comuns a ambos os institutos da desistência voluntária e do arrependimento eficaz. Os pressupostos específicos são os que dizem respeito a cada um dos institutos (desistência voluntária e arrependimento eficaz) – individualmente considerados.

PRESSUPOSTOS GERAIS

Zaffaroni e Pierangeli divide-os em **objetivo** e **subjetivo**. O primeiro *é existência de uma tentativa, pois havendo consumação, não pode haver desistência*. O segundo seria o dolo – existente e extraído da própria tentativa.

Justificam os autores a autonomia do pressuposto subjetivo, porque:

“...não pode haver desistência, não só quando se cumpre o tipo objetivo, mas também, quando desaparece o dolo do delito, o que ocorre quando o agente toma conhecimento de que a sua tentativa está fracassada, mesmo que este conhecimento corresponda ou não a uma realidade objetiva, posto que se trata de mero pressuposto subjetivo.”³¹

Ou seja, a suposição do agente de que não poderá mais consumir o crime, em que pese o emprego dos meios executivos de que dispunha, perfectibiliza a tentativa punível. Isto é, não há mais cogitar de aplicação dos institutos da desistência voluntária ou do arrependimento eficaz. Utilizando-se de uma figura de linguagem: a tentativa se esgotou. Como destaca Santos: “A desistência da tentativa pressupõe a representação da possibilidade de consumação do fato; a representação da impossibilidade de consumação do fato indica a tentativa falha, porque se o autor não pode concluir a representação do dolo, então também não pode mais desistir do dolo”.³²

PRESSUPOSTOS ESPECÍFICOS

Como já exposto, os pressupostos específicos dizem respeito à desistência voluntária e ao arrependimento eficaz, individualmente considerados, ensejando-se-lhes a distinção.

³¹ *Op. cit.*, p. 96.

³² *Op. cit.*, p. 325.

Referidos elementos devem ser buscados na disposição legal pertinente, *in casu*, o art. 15 do Código Penal: “*O agente que voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados.*”

Extraem-se, assim, pressupostos específicos subjetivos e objetivos.³³

DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA E ARREPENDIMENTO EFICAZ. CONCEITO. PRESSUPOSTOS. CARACTERÍSTICAS. DISTINÇÃO

A doutrina majoritária parte dos conceitos de tentativa inacabada e acabada para estabelecer o conceito e as diferenças entre desistência voluntária e arrependimento eficaz.

Sustentam Zaffaroni e Pierangeli: “A desistência da tentativa inacabada (chamada de ‘desistência voluntária’) e desistência da tentativa acabada (denominada ‘arrependimento eficaz’ ou ‘arrependimento ativo’).”³⁴

Segundo Jescheck: “...el desistimiento de la tentativa acabada exige más que el desistimiento de la tentativa inacabada ya que el hecho ya ha llegado allí hasta el final de la acción ejecutiva.”³⁵

Com a devida vênia, mas a vinculação entre tentativa inacabada-desistência voluntária e tentativa acabada-arrependimento eficaz não pode ser aceita, pois mais complica e embaralha a distinção, do que realmente ajuda.

A desistência voluntária é a decisão voluntária de não prosseguir na execução da tentativa. Pressupostos específicos da desistência voluntária: subjetivo (voluntariedade); objetivo (não prosseguir na execução do crime);

O arrependimento eficaz é a decisão voluntária de impedir a produção do resultado, mediante a atuação positiva que reverte o curso causal posto em marcha pela tentativa. Pressupostos específicos do arrependimento eficaz – subjetivo (voluntariedade); objetivo (impedimento da produção do resultado);

Da própria definição dos institutos extrai-se a respectiva distinção.

A desistência voluntária satisfaz-se com uma conduta negativa. Basta parar. Não prosseguir na execução da ação criminosa.

Já o arrependimento eficaz exige um atuar positivo. A causalidade já foi posta em marcha em direção à produção do resultado. Não basta mais o desejo da não-produção do resultado. É preciso impedi-lo.

³³ Ver: SANTOS, *op. cit.*, p. 323 e segs. e JESCHECK, *op. cit.* p. 742 e segs.

³⁴ *Op. cit.*, p. 104.

³⁵ *Op. cit.*, p. 744.

Esta é a lição de Zaffaroni e Pierangelli:

A desistência da vontade criminosa necessita tão-somente da interrupção da conduta (deixar de dirigir a causalidade ao alvo do resultado), no caso da tentativa inacabada. Porém, na hipótese de estar esgotada, a desistência da vontade criminal não pode se limitar a 'desejar' que o resultado não se produza, porque o desejo não é igual à vontade: o desejo não dirige a causalidade. O simples desejo não pode fundamentar a punibilidade, mas também não pode gerar a impunidade. Então, pergunta-se: é possível a desistência na tentativa acabada? A resposta é positiva, mas não como desejo e sim como vontade, e essa vontade só pode se expressar pondo-se em movimento uma casualidade em sentido contrário, neutralizante da causalidade antes movimentada pela vontade criminosa, ou seja, impedindo que o resultado se produza.³⁶

Não vinculassem o instituto do arrependimento eficaz à tentativa acabada, a lição de Zaffaroni e Pierangelli seria irretocável. Ocorre que tentativa acabada remete à idéia de esgotamento dos meios executivos. E mesmo que não esgotados os meios, se produzida uma lesão grave (perigo de vida), o autor terá de agir para evitar o resultado, caso queira beneficiar-se da ponte de ouro do art. 15 do CP. E isso é arrependimento eficaz, mesmo que inacabada a tentativa, como se passa a demonstrar.

A DESISTÊNCIA DA TENTATIVA NO DELITO DE HOMICÍDIO, SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DA INGERÊNCIA. UMA DEPURAÇÃO DE CONCEITOS

Como já destacado, o equacionamento da problemática referente à distinção entre tentativa inacabada e acabada é fator gerador de toda uma série de dificuldades e confusões conceituais.

O principal equívoco reside na vinculação entre a tentativa inacabada à desistência voluntária e a desistência acabada ao arrependimento eficaz.

Referido sinalagma não é perfeito: os pressupostos dos conceitos de tentativa inacabada e acabada não são os mesmos da desistência voluntária e do arrependimento eficaz.

A definição de tentativa acabada e inacabada é *doutrinária* e leva em consideração critérios objetivos (esgotamento dos meios executivos) e subjetivos (plano de fato do agente).

Já o conceito legal de desistência voluntária e de arrependimento eficaz é um conceito *legal*, onde a primeira caracteriza-se por *não prosseguir na execução* e o segundo por *impedir que o resultado se produza*.

³⁶ *Op. Cit.*, p. 105.

Ora, impedir o resultado pressupõe a existência de intromissão na esfera jurídica alheia, com a inversão da causalidade. A partir do momento em que a causalidade tomou rumo em direção à produção do resultado, não mais adianta uma mera postura negativa do agente. Ele terá de agir. E assim o é independentemente de os meios executivos terem sido esgotados ou não. Independentemente de o autor achar que seriam necessários outros tantos golpes para a produção da morte na vítima. Se não bastasse a norma do art. 15, essa interpretação torna-se ainda mais necessária em face da posição de garante, decorrente da teoria da ingerência, prevista no art. 13, § 2º, alínea c, do Código Penal.

Veja-se: o crime se perfaz dos seguintes elementos: **conduta, resultado, nexo causal e tipicidade**. A distinção entre tentativa acabada e inacabada é feita em sede de conduta (meios executivos e dolo). Já, para a desistência voluntária e o arrependimento eficaz, é indispensável a análise não só da conduta, mas também do resultado e do respectivo nexo causal.

Essa problemática faz-se sentir principalmente com o crime de homicídio.

Acontece que a doutrina acaba estudando a tentativa e os institutos correlatos da desistência – de forma genérica –, sem levar em conta as especificidades de cada tipo legal.

Mesmo com o delito de homicídio, que ensejou toda a sistematização dos institutos da parte geral³⁷, não tem sido diferente.

Questões atinentes à existência, ou não, de lesões na vítima e à temporalidade do *desdobramento causal* do delito de homicídio não tem recebido o devido equacionamento da doutrina, sobretudo em sede de tentativa – ainda mais na sua conjunção com a teoria ingerência.

Veja-se, por exemplo, a questão da tentativa branca e da tentativa cruenta. Na primeira, a vítima não é atingida, nem sofre ferimentos. Na segunda, a vítima é atingida, lesionando-se³⁸.

Essa distinção diz respeito especificamente ao delito de homicídio, sendo que sua importância vai muito além da questão meramente terminológica.

³⁷ “O *crimen homicidii* constitui um tema preponderante da ciência jurídico-penal. Pode-se dizer que a parte geral do direito penal sistematizado não foi mais do que a generalização dos critérios e princípios fixados pelo direito romano e pelo direito intermédio acerca do homicídio.” (HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal, Vol V, Arts 121 a 136, 5ª ed., atualizado por Heleno Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 25).

³⁸ CAPEZ, *op. cit.*, p. 220.

Retomem-se os exemplos alhures expostos.

- 1) Tício, dispondo de cinco cartuchos, efetua três disparos contra Caio, sem no entanto acertá-lo, momento em que interrompe a execução do delito voluntariamente, empreendendo fuga;
- 2) Tício, dispondo de cinco cartuchos, efetua os cinco disparos contra Caio, sem no entanto acertá-lo, por erro de pontaria;
- 3) Tício, dispondo de cinco cartuchos, efetua cinco disparos contra Caio, atingindo-o gravemente;
- 4) Tício, dispondo de cinco cartuchos, efetua apenas três disparos contra Caio, atingindo-o gravemente (perigo de morte), momento em que interrompe a execução do delito voluntariamente, empreendendo fuga.

No primeiro caso, deveras, existe o sinalagma proposto pela doutrina entre os conceitos de tentativa inacabada e desistência voluntária. O agente deliberadamente desiste de prosseguir na execução do crime, enquadrando-se na clássica fórmula de Frank: “*não quero, ainda que possa*”. Para beneficiar-se do instituto da desistência voluntária, basta que o agente assuma uma postura negativa (não prosseguir).

A equivalência, porém, pára por aí.

Observe-se o segundo exemplo: trata-se de uma tentativa acabada, porquanto o agente esgotou os meios executivos de que dispunha. Entretanto, não existe nenhuma possibilidade de ser aplicado o instituto do arrependimento eficaz. E porque não? Porque nenhuma lesão foi produzida na vítima. Nenhum desdobramento causal (anátomo-patológico) foi posto em curso; logo, não existe nenhum resultado a ser evitado.

Onde, então, a vinculação entre tentativa acabada e arrependimento eficaz?

Vejam-se os casos seguintes.

No terceiro exemplo, o agente esgotou os meios executórios de que dispunha para a prática do ato, causando uma lesão cuja gravidade deu início a um desdobramento causal que, se não revertido, fatalmente levará à morte da vítima. Nesse caso, não há cogitar-se de desistência voluntária. A tentativa está acabada. Segundo a fórmula de Frank: “*Não posso, ainda que queira*”. Não basta uma postura contemplativa, negativa (não prosseguir na execução do crime), para que ele possa beneficiar-se da ponte de ouro prevista no art. 15 do CP (arrependimento eficaz). Ao contrário, é preciso uma conduta positiva. Mais que desejo, é preciso vontade, a qual “só pode se expressar pondo-se em movimento uma causalidade em sentido contrário, neutralizante

da causalidade antes movimentada pela vontade criminosa, ou seja, impedindo que o resultado se produza.”³⁹

O quarto exemplo, eis a *vexata quaestio*. O agente interrompeu a execução do delito, sem que tivesse esgotado os meios executivos de que dispunha. Ele ainda possuía dois cartuchos para a execução da empreitada criminosa. Entretanto, mesmo se utilizando de apenas três disparos, Tício também produziu na vítima uma lesão cuja gravidade deu início a um desdobramento causal que, se não revertido, fatalmente levará à morte da vítima. Embora sem esgotar-se os meios executivos, a potencialidade da agressão mostra-se suficiente para a produção da morte. Pergunta-se: uma postura negativa de Tício (deixar de dirigir a causalidade ao alvo) é suficiente para que ele se beneficie do instituto da desistência voluntária? Ou será que tal como ocorreu no segundo caso, a extinção da punibilidade somente terá lugar se Tício empreender uma atividade positiva e evitar a morte de Caio?

Caso se vinculem os conceitos de tentativa inacabada ao de desistência voluntária, inegavelmente bastará que Tício interrompa a execução do crime, para que possa beneficiar-se do instituto da desistência voluntária. Essa posição é majoritária na doutrina e na jurisprudência.

Eis a lição de Jesus:

Questão interessante é saber se responde por tentativa de homicídio o agente que, dispondo de vários projéteis de seu revólver, faz apenas um disparo contra a vítima, cessando a atividade, embora podendo continuar a atirar. É o problema da não repetição dos atos de execução.

Entendemos que há desistência voluntária...O agente que dispondo de mais projéteis, dispara um só contra a vítima, desistindo de repetir os atos de execução do crime de homicídio, dá prova de que assim procede *voluntariamente*. Ele não se valeu de todos os meios de que dispunha..⁴⁰ (g. n.).

E noutro lugar o autor refere:

“...o arrependimento ativo verifica-se quando o agente ultimou a fase executiva do delito e, desejando evitar a produção do evento, atua apara impedi-lo. Em conseqüência, só é possível na tentativa perfeita ou crime falho”⁴¹.

³⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. Da Tentativa – Doutrina e Jurisprudência, 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 105.

⁴⁰ *Op. cit.*, p. 345.

⁴¹ *Op. cit.*, p. 344.

A jurisprudência – de forma generalizada – tem acolhido tal entendimento:

Mesmo que a intenção do acusado fosse de matar a vítima, não se configura a tentativa de homicídio se voluntariamente desiste da ação delituosa, após atingi-la com dois disparos, abandonando o local com três balas intactas no tambor de seu revólver. (TJSP – AC – Rel. Camargo Sampaio – RT 544/346).

Em que pese majoritária, essa tese não convence. Embora não se tenham esgotados os meios executivos, é inegável que se produziu uma lesão, cujo desdobramento causal precisa ser revertido. Logo, para que se possa cogitar da aplicação de uma causa de extinção da punibilidade, é mister que o agente atue positivamente na reversão do processo causal por ele posto em marcha.

Observe-se a incongruência da solução adotada pela maioria da doutrina e da jurisprudência: **o agente tem que agir não porque lesionou gravemente a vítima, mas porque esgotou os meios executivos de que dispunha**. Como se o esgotamento dos meios executivos fosse uma fonte de dever? Não. Não e renão. O esgotamento dos meios executivos não é decisivo. O agente terá de agir no salvamento da vítima – independentemente de ter, ou não, se utilizado de todas os cartuchos de que dispunha.

Com a produção das lesões, ele assumiu o risco da produção do resultado morte. Por isso, não bastasse o art. 15 que, ao falar em impedir a produção do resultado, pressupõe a existência de um desdobramento causal em marcha como o ponto de toque para a incidência do arrependimento eficaz, existe o disposto no 13, §2º, c, do Código Penal que expressamente impõe o dever de agir a quem, com seu comportamento anterior, cria o risco para a produção do resultado. E para a caracterização desse dever não importa número de tiros ou de facadas que a vítima sofreu: se se deu ensejo a um desdobramento causal que conduzirá à morte da vítima, o agente tem de agir. Esteja a tentativa acabada – ou não.

A conjugação do art. 13, § 2º, alínea c com o art. 15 do Código Penal permite se observe que a lesão do objeto material do crime deve ser levada em consideração na abordagem do tema. Mesmo que não esgotados os meios executivos, se produzida uma lesão capaz de levar à morte da vítima (critério médico-legal: perigo de morte), desde esse momento o agente está obrigado a empreender uma atividade positiva (arrependimento eficaz), não bastando uma postura negativa (desistência voluntária). A teoria da ingerência torna-o garantidor da não-produção do resultado.

Assim é que Tício (no exemplo 4) tem o dever de impedir a produção do resultado morte, porque ele se imiscuiu na esfera jurídica alheia. Para que

ele não responda pela tentativa de homicídio, deverá, citando Jakobs⁴², revogar a sua atividade lesiva. Para isso, não basta uma postura negativa, típica da desistência voluntária. É preciso um atuar positivo, que ponha em movimento uma causalidade em sentido contrário, neutralizante da causalidade antes movimentada pela vontade criminosa.

A DESISTÊNCIA DA TENTATIVA E A POSIÇÃO DE GARANTE

A questão referente à desistência da tentativa ante a posição de garantidor, decididamente, não tem recebido o devido equacionamento. E tal se verifica não apenas quanto à ingerência (art. 13, § 2º, c, CP), mas também quanto ao dever de agir decorrente de preceito legal (alínea *a*) e de mandato (alínea *b*).

Observe-se o exemplo, trazido por Damásio de Jesus, da mãe que suspende a amamentação do filho, a fim de causar-lhe a morte.⁴³ Segundo o preclaro jurista, caso ela volte atrás e passe a fornecer alimento à vítima, estar-se-ia diante de uma desistência voluntária e não de arrependimento eficaz, porquanto ela não esgotou todos os meios executivos de que dispunha para a consumação do crime. E o arrependimento eficaz somente ocorreria na tentativa acabada.

Concessa venia ao ilustrado mestre, mas o exemplo antes citado é um caso de arrependimento eficaz, e não de desistência voluntária. A diferença básica e verdadeira, entre desistência voluntária e arrependimento eficaz, reside no fato de que naquela basta uma conduta negativa (não prosseguir), enquanto no arrependimento eficaz é preciso uma conduta positiva (impedir o resultado). O esgotamento dos meios executivos é irrelevante. Novamente está a vinculação entre tentativa acabada e arrependimento eficaz a embaralhar a solução do problema.

Bierrenbach, analisando a desistência da tentativa nos crimes omissivos impróprios, enfrenta devidamente o problema e cai como uma luva ao que vem sendo sustentado:

Nos termos do art. 15 do Código Penal à desistência voluntária basta que o garante se detenha, não prosseguindo na execução, enquanto o arrependimento eficaz demanda atuar positivo do agente, apto à salvação do bem. Por esta razão, parece claro que a modalidade de tentativa abandonada aplicável à omissão imprópria é o

⁴² JAKOBS, Günther. Teoria e Prática da Intervenção - Coleção de Estudos de Direito Penal, Vol. 8, 1ª edição brasileira, tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003.

⁴³ *Op. cit.*, p. 344.

arrependimento eficaz e não a desistência voluntária. A conclusão não se apóia num paralelo entre tentativa acabada e inacabada, mas na diferença entre a mera desistência de prosseguir e um arrependimento que impõe uma atuação ativa no sentido de evitar o resultado. Com estas considerações, pode-se concluir que àquele que se arrepende, atuando com o fim de salvar o bem jurídico, deve ser imputado o fracasso da salvação. Vale dizer, desistindo de seu propósito, a mãe deve alimentar o filho, salvando-o da morte; caso, contrário responderá por homicídio.⁴⁴

Analise-se, agora, o exemplo, trazido por Noronha, buscado na obra de Dom Casmurro, de Machado de Assis: “Bentinho deposita veneno na xícara de café e o menino Ezequiel (filho adúltero de Capitu, sua mulher) vai tomar, e, quando ele está prestes a deitar o líquido pela goela abaixo da criança, detém-se, abandonado a empresa.” Afirma o mestre que se trata de um caso de desistência voluntária. E assim realmente o é. Não porque se trata de tentativa imperfeita, como quer Noronha, mas porque basta ao agente simplesmente parar, não prosseguir, porquanto não deu ensejo ainda a um desdobramento causal que levará à morte da vítima. Esse é o ponto de toque para a resolução da questão.

Imagine, agora, que Bentinho planejasse a morte de Ezequiel, supondo a necessidade de serem aplicadas três doses de veneno para que a morte ocorresse. Ele aplica uma dose e a vítima começa a agonizar lentamente. Diante disso, Bentinho volta atrás e decide não mais matar Ezequiel. Pergunta-se: para que Bentinho fique isento de pena, basta parar ou ele tem impedir a produção da morte? Se se entender que os conceitos de tentativa acabada e inacabada são os que definem a incidência dos institutos da desistência voluntária, no presente caso bastará uma postura negativa de Bentinho, porquanto tanto pelo critério objetivo (ultimização dos meios executivos), quanto pelo subjetivo (plano do fato), trata-se de tentativa inacabada.

Levando-se em consideração, porém, que Bentinho criou o risco para a produção do resultado, dando início a um desdobramento causal que o conduzirá à morte, de acordo com a teoria da ingerência, ele tem o dever jurídico de impedir o resultado. Por isso, a ponte de ouro somente incidirá se ele agir – atuar positivamente. E isso é arrependimento eficaz.

Dessa forma, na desistência da tentativa de homicídio, o ponto de toque para a distinção entre desistência voluntária e arrependimento eficaz no delito de homicídio é a intromissão na esfera jurídica alheia, mediante a existência, ou não, de um desdobramento causal posto em marcha na direção da morte

⁴⁴ *Op. cit.*, p. 123.

da vítima. Em caso negativo: desistência voluntária, bastará ao agente não prosseguir. Em caso positivo: arrependimento eficaz – o agente terá de agir (impedir a morte). Decorrência da teoria da ingerência. Se nada fizer, fugindo, por exemplo, duas são as hipóteses: se a vítima morrer – homicídio; se a vítima for salva por fatores alheios ao agente, como ação de terceiros, da polícia, do pronto atendimento médico – o agente responde por tentativa de homicídio. É claro que se foi o próprio agente que buscou a ajuda de terceiros, da polícia ou de atendimento médico, evitando com isso a morte, caracterizado está o arrependimento eficaz. Isso porque o agente pode se valer de ato próprio ou de terceiros, para conseguir o salvamento da morte.

É sob essa ótica que se propugna a interpretação conjunta dos arts. 13, § 2º, alínea c, e 15 do Código Penal, evitando-se soluções artificiais e dissociadas do ordenamento jurídico.

ANÁLISE DE UM CASO CONCRETO

Traz-se à baila, para análise do que foi aqui exposto, recente acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cujo fato é oriundo da Comarca de Restinga Seca/RS (Apelação Crime nº 70012132585, Terceira Câmara Criminal).

Consta da denúncia, o seguinte fato delituoso (o nome das partes será omitido propositalmente, por razões óbvias):

‘No dia 09 de junho de 2001, por volta das 22 horas, na antiga Escola Celestino Gomes, na localidade do Silêncio, nesta Cidade, o denunciado, fazendo uso de um revólver (não apreendido), tentou matar a vítima ..., tendo desferido vários disparos de arma de fogo contra a vítima, causando-lhe lesões no lábio, no abdômen e na coxa direita, lesões estas produzidas por instrumentos pérfuro-contundente, **tendo resultado perigo de vida, pela necessidade de realização de laparotomia devido à lesão de órgãos (fígado e estômago), conforme demonstra o auto de exame de corpo de delito de fl. 06**, sendo que o crime somente não se consumou por circunstâncias alheias a vontade do denunciado.

Na ocasião, estava ocorrendo uma festa de casamento do filho do denunciado, tendo havido um desentendimento entre ele e um familiar da vítima. Ato contínuo, quando a vítima estava saindo do salão onde se realizava a festa, o denunciado efetuou os disparos de arma de fogo contra ela, atingindo-a por três vezes.

Assim agindo, o denunciado deu início ao ato de matar a vítima, o qual não se consumou por circunstâncias alheias à sua vontade, ou seja, porque apesar de os projetis terem atingido a vítima em órgãos letais, ela conseguiu ser socorrida a tempo’. (g. n.)

O Tribunal do Júri, aceitando tese da defesa, reconheceu a desistência voluntária, desclassificando o delito para o de lesões corporais graves (art. 129, § 1º, inciso III, do Código Penal).

Houve recurso do Ministério Público, com base no art. 593, inciso III, alínea *d*, do Código de Processo Penal: decisão manifestamente contrária à prova dos autos.

A decisão (unânime) do Tribunal de Justiça, da lavra do Desembargador Danúbio Edon Franco, foi a seguinte:

APELAÇÃO CRIME. JÚRI. DESCLASSIFICAÇÃO PRÓPRIA. LESÃO CORPORAL GRAVE. 1. MINISTÉRIO PÚBLICO. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. incorrência.

Não há falar em decisão manifestamente contrária à prova dos autos quando a decisão do Conselho de Sentença encontra respaldo, mesmo que mínimo, em elementos de prova carreados ao processo.

2. DEFESA.

Suspensão condicional do processo. Prolatada a sentença, inviável se mostra a proposta de suspensão condicional do processo, cuja finalidade é evitar que se deflagre a ação penal com todas suas conseqüências, inclusive o constrangimento do réu, aspectos não mais suscetíveis de proteção depois de prolatada a sentença.

REDIMENSIONAMENTO DA PENA CARCERÁRIA. Redução da pena-base, diante das circunstâncias judiciais FAVORÁVEIS. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. (g. n.)

Do corpo do acórdão, extrai-se a fundamentação:

A inconformidade ministerial lastreia-se na alínea ‘d’ do inciso III do art. 593, do Código de Processo Penal.

Inicialmente, vale lembrar que o Conselho de Sentença julga pelo sistema da convicção íntima, isto é, não lhe é exigível a exposição das razões pelas quais chegou a este ou àquele veredicto. Basta que a tese acolhida pelos jurados tenha respaldo no contexto probatório e não esteja completamente dissociada da prova carreada.

A decisão oriunda dos juizes populares está prevista na Constituição Federal (inciso XXXVIII, do art. 5º) e é soberana. Esta é a razão de ser da instituição do Júri, pois de pouco valeria o legislador constituinte confiar o julgamento aos pares do acusado, e ao mesmo tempo permitir que os juizes togados limitassem seus critérios de decidir. E, exatamente em virtude do princípio da íntima convicção, esta prova pode ser, inclusive, aquela produzida na fase inquisitorial. O que importa é que o Conselho de Sentença calque seu veredicto em uma das versões constantes dos autos, extraída esta de elementos probantes carreados aos autos, mesmo que tenham sido trazidos via inquérito policial. Não há, portanto, exigibilidade de que a decisão dos juizes leigos se ampare na prova judicializada, bastando que esteja fundada em elementos de convicção existentes nos autos, repito, seja na fase inquisitorial ou judicial.

Dito isso, no caso concreto, entendo que o veredicto dos jurados que acolheu a tese de desistência voluntária não se mostra arbitrário, muito embora a fragilidade da prova carregada aos autos.

Com efeito, XXXXX (fl. 95), irmão da vítima, referiu expressamente ‘que depois dos disparos YYYYY parou de dar os tiros, ninguém o segurou.’, e tal declaração, a meu ver, se mostra suficiente para amparar a decisão do Conselho de Sentença. Sendo assim, a anulação do julgamento não se mostra cabível, razão pela qual deve ser improvido o apelo ministerial.

De acordo com o que se tem sustentado, tanto a decisão do Conselho de Sentença de Restinga Seca, quanto o respectivo aresto do Tribunal de Justiça gaúcho não possuem fundamento legal, contrariando, frontalmente, os arts. 13, § 2º, alínea c, e 15 do Código Penal.

A razão de ser do equívoco de tais decisões tem como base a confusão doutrinária que se tem disseminado com a equiparação entre tentativa inacabada = desistência voluntária e tentativa acabada = arrependimento eficaz. E tal circunstância fica explícita, quando o eminente Desembargador, Dr. Danúbio Edon Franco, fundamenta sua decisão, destacando: “...*no caso concreto, entendo que o veredicto dos jurados que acolheu a tese de desistência voluntária não se mostra arbitrário, muito embora a fragilidade da prova carregada aos autos. Com efeito, XXXXXX (fl. 95), irmão da vítima, referiu expressamente ‘que depois dos disparos YYYYY parou de dar os tiros, ninguém o segurou.’, e tal declaração, a meu ver, se mostra suficiente para amparar a decisão do Conselho de Sentença.*” (g. n.)

Implicitamente, o *decisum* está baseado na vetusta fórmula de Frank: “*não quero, ainda que possa*”. Ocorre que os nobres julgadores esqueceram-se de verificar que com os três disparos efetuados contra a vítima, ela restou com “*lesões no lábio, no abdômen e na coxa direita, lesões estas produzidas por instrumentos pérfuro-contundente, tendo resultado perigo de vida, pela necessidade de realização de laparotomia devido à lesão de órgãos (fígado e estômago), conforme demonstra o auto de exame de corpo de delito de fl. 06*”.

Por conta dessas lesões, deu-se início a um desdobramento anátomo-patológico, que se não interrompido, fatalmente levaria à morte da vítima. E quem foi o responsável por tais lesões? O réu...! Por isso, caberia a ele proceder ao salvamento da vítima. O art. 13, § 2º, alínea c, do Código Penal é expresso nesse sentido. Qualquer postura meramente omissiva, negativa, não seria suficiente. O réu tinha que agir positivamente... Em hipótese alguma a desistência voluntária poderia ter sido reconhecida. A ocorrência de lesões graves (perigo de vida) por si só afasta qualquer especulação acerca de desistência voluntária. Nem se argumente com o princípio da íntima convicção,

pois não existe limite de discricionariedade para o julgador. Lesões graves (perigo de vida) e desistência voluntária são intrinsecamente incompatíveis entre si. Somente de arrependimento eficaz é de que se poderia cogitar. Mas para tanto, repita-se, o agente deveria – ele, direta ou indiretamente – ter atuado na salvação da vítima. Do contrário, e como restou julgado, o reconhecimento da desistência voluntária é manifestamente contrária – não apenas à prova dos autos –, mas ao próprio ordenamento jurídico pátrio. Negou-se vigência aos arts. 13, § 2º, alínea c, e 15 (segunda parte) do Código Penal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo permite se extraíam algumas conclusões. Ei-las:

1. O estudo da parte geral do Código Penal deve ser conjugada com os tipos legais de crime da parte especial, necessidade que se faz sentir com os institutos da desistência da tentativa (desistência voluntária e arrependimento eficaz), da ingerência e o delito de homicídio, uma vez que se não pode falar em um delito de tentativa, mas somente tentativa de homicídio, de furto, de estupro...;

2. A teoria da ingerência ou da conduta precedente está expressamente prevista no Código Penal, em se art. 13, § 2º, alínea c, podendo ser conceituada como o dever jurídico de agir para evitar a superveniência do resultado, incumbido a quem, com seu comportamento anterior, perigoso e objetivamente ilícito, criou risco para o bem jurídico;

3. A ingerência, assim como a tentativa, é uma causa de adequação típica indireta, apresentando os seguintes requisitos: 1) conduta precedente perigosa; 2) previsibilidade do perigo; e 3) idoneidade do perigo criado para a produção do resultado;

4. A teoria da ingerência é plenamente aplicável em sede de condutas dolosas, dentre as quais a tentativa de homicídio, não se aplicando as restrições previstas no art. 121, § 4º e 129, § 7º, do Código Penal.

5. São doutrinários os conceitos de tentativa inacabada e inacabada, sendo dois os critérios utilizados: o objetivo (ultimação dos meios executivos) e o subjetivo (plano do fato).

6. O conceito de desistência da tentativa pode englobar os institutos da desistência voluntária e do arrependimento eficaz;

7. A desistência da tentativa possui pressupostos gerais e específicos.

8. Os pressupostos gerais dividem-se em objetivo (existência de uma tentativa) e subjetivo (representação da possibilidade de consumação do crime);

9. Os pressupostos específicos dizem respeito a cada um dos institutos da desistência voluntária e do arrependimento eficaz, individualmente considerados;

10. Pressupostos específicos da desistência voluntária – subjetivo (voluntariedade); objetivo (não prosseguir na execução do crime);

11. Pressupostos específicos do arrependimento eficaz – subjetivo (voluntariedade); objetivo (impedimento da produção do resultado);

12. A doutrina majoritária considera a desistência da tentativa inacabada como desistência voluntária e a desistência da tentativa acabada como arrependimento eficaz;

13. A desistência voluntária é predominantemente negativa e o arrependimento eficaz, positivo;

14. A vinculação dos conceitos de desistência da tentativa inacabada à desistência voluntária e a desistência da tentativa acabada ao arrependimento eficaz deve ser evitada, porquanto são conceitos que se baseiam em pressupostos diferentes;

15. Essa circunstância mostra-se sensível particularmente no crime de homicídio, cuja tentativa pode ou não acarretar lesões na vítima e pela questão da temporalidade do desdobramento causal dessa figura típica;

16. A primeira pergunta que se deve fazer em sede de desistência da tentativa de homicídio é se a vítima sofreu algum resultado material (ofensa à integridade física), decorrente da conduta do agente;

17. Em caso negativo, a disciplina da desistência da tentativa pode seguir o delineamento que tem sido proposto pela doutrina: desistência da tentativa inacabada = desistência voluntária; e a tentativa acabada será um crime falho, uma tentativa punível;

18. Em caso positivo, é preciso averiguar a gravidade da ofensa física;

18.1 Se resultar ofensa grave à integridade corporal da vítima, que a coloque em risco de vida/morte, de acordo com um critério médico-legal, a ser analisado no caso concreto, surge para o agente o dever jurídico de evitar a ocorrência do resultado morte;

19. Esse dever jurídico decorre da posição de garantidor, decorrente da teoria da ingerência, prevista no art. 13, § 2º, alínea *c*, do Código Penal, porquanto o agente, com sua conduta anterior, criou o risco da ocorrência do resultado, devendo ser conjugado com o art. 15 do Código Penal, cuja segunda parte prevê a desistência da tentativa, em sua variante positiva (arrependimento eficaz: necessidade de impedir a ocorrência do resultado).

20. O fato de a tentativa estar acabada ou inacabada é irrelevante;

21. Para que o agente não responda por tentativa de homicídio, ele deverá agir de forma positiva e impedir a ocorrência do resultado. Qualquer

postura meramente negativa (v. g., não prosseguir na execução do crime, fugindo, v. g.) é inoperante;

22. Em sede de tentativa de homicídio, a existência de ofensa grave à integridade corporal da vítima, conhecida do agente, é fator que impede a incidência do instituto da desistência voluntária, porquanto, para que o autor se beneficie da ponte de ouro, ele deverá – necessariamente – proceder ao salvamento da vítima (sozinho ou com a ajuda de terceiros). E isso é arrependimento eficaz. Atuação positiva. Impedimento da morte. E repita-se: independentemente de a tentativa ser acabada ou inacabada.