

## O PROBLEMA DA TENTATIVA NA TEORIA DO DELITO

Ricco Harbich  
Prof. Dir. Pen. PUCRS\*

### 1. INTRODUÇÃO

Escolhi o tema da tentativa por se tratar de um dos assuntos mais palpitantes da teoria do delito e, ao mesmo tempo, de tema complexo e por vezes árduo. Como disse Cremani: "*Perdifficilis et perobscura est quaestio de conatu delinquendi.*" A figura do delito tentado não somente desafia o espírito metodológico do jurista como, também, lembra o embasamento dos problemas penais na filosofia do direito.

Mais além, demonstra que o direito não é uma ciência exata que apresenta soluções absolutas, mas que é, em certo sentido, uma ciência das opções.

Sabemos e estamos conformes, desde os ensinamentos de Kant, que a ciência do direito não é capaz de responder a pergunta *QUID IUS*. Ao examinarmos o problema da tentativa, vamos indagar se, neste particular, possamos receber, ao menos, uma resposta satisfatória à pergunta *QUID IURIS*.

### 2. PARTE HISTÓRICA

O conceito da punibilidade especial da tentativa, como diz Mezger, é produto duma longa evolução histórica.

A) Aos direitos primitivos esta figura era completamente estranha. Demonstra Bernardo de Gonzaga<sup>1</sup> que o direito penal indígena não somente desconhecia a delimitação do delito como elemento objetivo como, também, inexistia qualquer concepção do nexa causal e a noção da imputabilidade, suplantada pelas idéias de compensação e de vingança.

O direito romano, a grande fonte das instituições jurídicas, também não sistematizava a figura da tentativa.

Ensina Rein<sup>2</sup> que "originalmente em Roma não se punia nenhum delito inacabado. Existiam, conforme demonstra Liszt e outros<sup>3</sup> alguns atos concretos de tentativa e de preparação que se vêem sancionados como delitos consumados". No entanto, podemos traçar nos *Digestos*, um princípio, formulado por Ulpiano, que faz parte integrante da nossa concepção jurídica: "*Cogitationis poenam nemo patitur*". Igualmente, no direito canônico, encontramos o princípio "*De internis non iudicat ecclesiam*". De outro lado, parece-nos precursor da chamada teoria subjetiva a expressão de Callestratus, que também pertence aos *Digestos*: "*In malificiis voluntas spectatur, non exitus*".<sup>3</sup> A teoria

\* Professor de Direito Penal da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

<sup>1</sup> Op. cit., p. 81 e 108

<sup>2</sup> Das Criminalrecht der Roemer, p.123, apud Sardinha, op. cit. p.17.

<sup>3</sup> Apud Camacho, op. cit. p. 39.

posteriormente dominante da punição diferencial localiza-se também nos *Digestos*, referente ao crime especial do estupro: “*Perfecto fugitio punitur capite, imperfecto in insulam deportatur*”.<sup>4</sup>

O direito germânico da época conhecida como bárbara também pune, em princípio, somente o delito consumado, já que sua concepção do crime tem como foco o resultado da ação.

Um brocardo do antigo direito germânico afirma, com certo pragmatismo: “*Man kann falschen Mut nicht sehen, die Tat sei denn dabei*.” (Não se pode reconhecer a vontade criminosa a não ser acompanhada por uma ação)<sup>5</sup>.

Todavia, o direito germânico também conhecia delitos de tentativa que abrangem uma ação autônoma, como p.ex. dar veneno a outrem, mergulhar alguém na água etc.<sup>6</sup>

Alguns sistemas jurídicos germânicos já contém traços iniciais de uma diferenciação.

A *Lex Salica*<sup>7</sup> distingue o homicídio consumado do tentado, como também se refere ao crime imaginário.

Também, a *Lex Langobarda* “distingue entre vários momentos não só do crime como também de atos preparatórios e dos que podem ser compreendidos na tentativa propriamente dita”<sup>8</sup>.

Porém, como denota Brunner “em todos estes casos não se trata de tentativa de delito mas de delito de tentativa, nos quais o perigo de vida, a ameaça à pessoa, constituem a essência de fato do dano cometido na ação”.<sup>8a</sup>

No direito canônico, conforme ensinam os entendidos, “a noção de tentativa não é definida nem delimitada”<sup>9</sup>. A hipótese do delito tentado encontra-se como exceção, não chegando a configurar uma teoria sobre a nossa disciplina”. Por outro lado, Munhoz Netto, citando Pessina<sup>10</sup>, diz que o direito canônico “reproduz o princípio da impunidade pela mera intenção e enuncia como puníveis alguns casos do *Conatus* nos quais aparece uma ação manifestamente dirigida ao delito”, formulação esta que nos parece bem moderna.

**B)** Está fora de dúvida para os historiadores do direito, que a pedra fundamental para a concepção do *iter criminis* e, portanto, da tentativa, repousa na ciência jurídica italiana medieval. Alberto Gandino, em 1262, no seu *Tractatus de Malificiis* distingue entre vários estágios: *Qui cogitat, nec agit, nec perficit* (impune); *qui cogitat et agit, sed non perficit* (nossa tentativa) e, *qui cogitat et agit et perficit* (nosso delito consumado). Os juristas italianos desenvolveram esta sistematização especialmente através da prática jurídica. No séc. 16, Deciano<sup>11</sup> dizia: “*Conatus est minus quam factum ipsum, quia conatus est principium exequendi quod animus cogitavit*”.

No direito germânico, como em outros, a semente das grandes escolas jurídicas da Itália medieval, encontrou chão fértil. A *Constitutio Criminalis Carolina*, de 1532, apresenta, no seu art. 158, a seguinte formulação que ainda hoje nos parece bem atual:

<sup>4</sup> Apud Sardinha, p. 20.

<sup>5</sup> Panitz, op. cit. p. 36.

<sup>6</sup> Panitz, op. cit. p. 36.

<sup>7</sup> Apud Sardinha, p. 21, citando Palmieri.

<sup>8</sup> Sardinha, op. cit. p. 23.

<sup>8a</sup> Sardinha, op. cit. p. 24.

<sup>9</sup> Apud Sardinha, p. 24/25.

<sup>10</sup> Munhoz Netto, op. cit. p. 27.

<sup>11</sup> Sardinha, op. cit. p. 26.

Quem se atreve a empreender um delito (*Missetat*) através de obras aparentes que possam servir para a consumação deste delito, sendo, no entanto impedida a consumação deste ato por medidas contra sua própria vontade, deve ser criminalmente castigado por esta vontade dolosa (*boeser Wille*). E continua a *Constitutio*: Porém, um caso deve ser punido mais duramente do que o outro, considerando a ocasião e a forma do fato (ou, como hoje diríamos, as circunstâncias).

Sem perder-me nas considerações históricas, quero citar, ainda o Código Austríaco de 1787, por ele definir o chamado início de execução, referindo-se a quem se dirige a consumação do delito (*sich anschicken*).

Também na França, a evolução culminou em configurações nítidas: A Lei Prairial do fim do séc. 18 refere-se à tentativa "*manifestée par des actes extérieurs et suivi d'un commencement d'exécution*". E o *Code Napoléon*, de 1810, caracteriza a tentativa com palavras semelhantes.<sup>11a</sup>

Para terminar a parte histórica, cito os nossos Códigos Penais. O Código Criminal do Império, de 1830, certamente inspirado pelo *Code Napoléon*, no § 2 do art. 2, refere-se à tentativa do crime quando manifestado por atos exteriores e princípios de execução, que não teve efeito por circunstâncias independentes da vontade do delinqüente.

O Código Penal de 1890 trata da tentativa de maneira abundante. Cito apenas o art. 13: Haverá tentativa de crime sempre que, com intenção de cometê-lo, executar alguém atos exteriores que pela sua relação direta com o fato punível, constituem começo de execução e esta não tiver lugar por circunstâncias independentes da vontade do criminoso.

### 3. CONCEITUAÇÃO E NATUREZA DA TENTATIVA

#### A. Elementos constitutivos

a) Iniciamos com uma observação terminológica: Conforme escreve o jurista uruguaio, Araújo:

"Tentare, frecuentativo de tenere, significa esforzarse y denota un impulso hacia un fin determinado"<sup>12</sup>. Igualmente "Conatus, el carácter de esfuerzo para la consecucion del fin".

b) Muitas são as teorias sobre a essência da tentativa e dos fundamentos da sua incriminação. O tema tem sido amplo e talvez exaustivamente desenvolvido em tratados e monografias. Sem visar uma apresentação completa e fugindo de delongas sobre o embasamento jusfilosófico das doutrinas, passamos a abordar alguns tópicos diferenciais:

aa) A chamada teoria subjetiva vê a essência na vontade criminosa do agente, sem dispensar que este *animus maleficii* se manifeste em atos externos. Esta doutrina foi desenvolvida por von Buri no séc. 19, na Alemanha, e encontrou muitos adeptos na Itália e França. Destacamos, na Itália, com ligeiras modificações, a teoria sintomática, desenvolvida por Garófalo e outros<sup>13</sup>: "A materialidade de uma realização parcial de fatos constitutivos de delito não tem importância para tentativa, mas tão-somente a manifestação da vontade criminal".

O critério intencional, intrínseco, foi levado ao extremo pela escola do *Willenstrafrecht* que tinha a pretensão de captar a vontade criminosa onde encontrar, sem respeitar os limites estabelecidos pela tipicidade dos atos cometidos, limites estes que constituem conquista de garantia liberal do indivíduo.

<sup>11a</sup> Vide entre outros, Sardinha, op. cit. p. 29.

<sup>12</sup> Op. cit. p. 12.

<sup>13</sup> Apud Araújo, op. cit., p. 59.

**bb)** A chamada teoria objetiva concentra seu enfoque nos atos externos capazes de conduzir a consumação. Não exclui, como elemento essencial, a vontade criminosa do autor, mas reconhece a sua manifestação somente através de uma ação que realiza parte do delito, iniciando-o. Portanto, delito iniciado mas incompleto. Esta teoria foi desenvolvida na Itália por Carrara, Carmingnani e outros, e na Alemanha, entre vários, por Geyer, Cohn e Mittermeyer. A partir da teoria objetivo-formal de Beling, encontramos a tipicidade como critério norteador, situando a tentativa como forma acessória sempre dentro da circunscrição da figura delitiva, diferenciando entre seu núcleo e a zona periférica. Soler, igualmente, refere-se ao tipo como critério diferenciador.

Partindo da tipicidade, Dohna e outros caracterizam a tentativa como defeito no tipo, justamente por não se tratar de delito completo.

A teoria objetiva encontrou guarida em muitas legislações, inclusive a nossa, focalizando como critério da punibilidade o início da execução. Logo a seguir trataremos deste enfoque.

**cc)** Várias teorias ecléticas tentaram harmonizar o acervo subjetivo e objetivo. Cito apenas dois exemplos: Mezger<sup>14</sup> diz que “a concepção da tentativa pode obter-se somente sob o prisma do ângulo subjetivo do autor, enquanto a punibilidade somente se determina em virtude dos característicos objetivos”.

Wessels<sup>15</sup> diz que “característico na tentativa é um defeito no tipo de injusto objetivo, num total preenchimento dos pressupostos subjetivos”.

**dd)** Várias teorias fundamentam a punibilidade da tentativa no perigo ocorrido para o bem tutelado, como p.ex. Carrara, enquanto Olive se refere ao perigo que se corre.<sup>15-a</sup>.

Ernst Mayer, desenvolvendo a chamada teoria objetivo-material, acentua o ataque ao bem jurídico protegido, referência que encontramos com ligeiras modificações também na opinião de Mezger e Jiménez de Asua. Bettiol fala na lesão potencial do bem protegido, definição muito precisa, pois de fato a lesão ainda não ocorreu.

A teoria da periculosidade como fundamento da incriminação não ficou incontestada. Cito apenas Manzini<sup>16</sup> que, desenvolvendo a chamada teoria da fundamentação substancial, diz: “A tentativa não se pune pelo perigo ocorrido de uma violação, mas sim pela simples violação própria e verdadeira de preceito contido em lei”.

**ee)** Nos últimos decênios encontramos em escala crescente a chamada teoria finalista e sua concepção sobre o delito tentado. Entre os representantes destacados cito, Welzel, Schoenke, Scarano. Este último, professor de direito penal da Universidade de Catania, diz na sua monografia<sup>17</sup>: “É indispensável o elemento finalista na noção da tentativa. Tudo depende do fim do agente”. Obviamente, os finalistas não dispensam a necessidade de atos externos relevantes.

**ff)** Entre aqueles que modernamente procuraram dar uma conceituação mais completa e mais realista da tentativa, cito Salm<sup>18</sup>: “Torna-se punível, como tentativa, uma ação que lembra um comportamento típico, ameaçado com pena e a qual se dirige contra os valores protegidos”, aduzindo em outro lugar que “a ação deve ser punida como tentativa, quando é insuportável sob o prisma de fazer valer a norma penal”.

<sup>14</sup> Apud Araújo, op. cit. p. 63.

<sup>15</sup> Op. cit. p. 133.

<sup>15a</sup> Apud Araújo, op. cit. p. 20.

<sup>16</sup> Apud Araújo, op. cit. p. 18.

<sup>17</sup> Op. cit. p. 75 e 79.

<sup>18</sup> Op. cit. p. 104.

Veremos mais tarde a problemática de definições relativamente amplas.

## B) Natureza jurídica

Existe discrepância de opiniões, se a tentativa se caracteriza como figura acessória ou autônoma.

a) Entre os doutrinadores que frizam a natureza acessória, cito Beling, Bricchetti e outros. Em decorrência desta qualidade, muitos doutrinadores têm caracterizada a tentativa como crime imperfeito, como Pessina, Jiménez de Asúa, e entre nós, Munhoz Netto<sup>19</sup>. Mezger fala em “torso de delito”.

b) Outros autores vêem na tentativa uma figura autônoma. Araújo, com referência ao direito positivo uruguaio, constata “uma nova estrutura da tentativa, com caráter de título delitivo autônomo, já que atua com eficácia extensiva de proibição genérica contida nas figuras do delito consumado” (p. 42).

Scarano<sup>20</sup> igualmente defende a autonomia da tentativa, negando-lhe a qualidade de norma acessória.

A Corte de Cassação da Itália<sup>21</sup> também reconhece a autonomia, dizendo que “o delito tentado é delito por si mesmo, juridicamente diverso do correspondente delito consumado”.

Os que defendem a natureza autônoma, usualmente referem-se ao critério da periculosidade.

c) Conduzem estas considerações à pergunta do caráter normativo do delito. A norma de delito consumado “não debes matar” incluiria, também a norma “não debes tentar matar”? Entre os que oferecem resposta afirmativa cito Schoetensack<sup>22</sup>, e Araújo<sup>23</sup> escreve que autores modernos compreendem na norma “não debes matar” a proibição de “não atuar com a finalidade de matar”, concepção ampla com cunho finalista.

Bettiol<sup>24</sup>, comentando o art. 56 do Código Penal Italiano, ensina “A tentativa é fruto de uma integração entre estas duas normas incriminadoras, sendo uma principal e outra secundária, que dão vida a um novo título de crime, o tentado”.

d) Cabe, ainda, mencionar dois enfoques referentes a caracterização da tentativa: Um é a chamada “ampliação do tipo” conceito muito difundido na Alemanha, aceito por outros, p.ex. Araújo<sup>24-a</sup>. Outro é a chamada atipicidade dos atos da tentativa. É de Antonio Leiria uma anotação de próprio punho, na monografia de Alcides Munhoz Netto: “Frente ao verbo tipificador da figura penal da parte especial, objetivamente, os atos de tentativa são atípicos. Acontece que há uma similitude intrínseca que faz com que a norma contida na parte geral amplie o campo de incidência da lei especial definidora da espécie delituosa tentada pelo agente”.

<sup>19</sup> Op. cit. p. 45.

<sup>20</sup> Op. cit. p. 283.

<sup>21</sup> Apud Camacho, op. cit. p. 7.

<sup>22</sup> Op. cit. p. 56.

<sup>23</sup> Op. cit. p. 34.

<sup>24</sup> Op. cit. p. 221.

<sup>24a</sup> Op. cit. p. 41.

### C) Elementos da tentativa

São três os elementos indispensáveis para caracterizar a tentativa:

a) O primeiro, intrínseco, abrange a vontade do autor de realizar certo delito, vontade esta dirigida à realização plena, ou seja a consumação.

Na expressão de Bettiol, é a “vontade polarizada para um determinado fim dirigido ao cometimento de um crime”<sup>25</sup>.

Voltaremos ao tema, ao abordar o aspecto da culpabilidade no delito tentado.

b) O segundo elemento, externo, consiste nos atos manifestadores em direção ao crime, atos comensuráveis, inequívocos. Tentativa é ação em direção ao resultado típico, como ensina Sauer. Mas não todos os atos são puníveis; veremos o problema da delimitação logo a seguir.

c) O terceiro elemento indispensável para que se configure a tentativa, é a não consumação, por superveniência de fatos ou circunstâncias alheias a vontade do autor.

É muito importante esta discrepância entre a vontade do autor e do que realmente ocorre, pois quando houver a não consumação por um desvio voluntário da vontade criminosa do agente, ou seja, quando houver congruência entre o novo rumo volitivo e a não consumação, teríamos a figura da desistência da qual mais tarde trataremos.

Este elemento da superveniência de fatos alheios à vontade do criminoso consta, expressamente, de muitas codificações, p.ex. no nosso Código Penal.

Igualmente procede os Códigos Penais belga, espanhol, francês e holandês. O Código Penal Austríaco é mais explícito ainda ao condicionar (art. 8) a tentativa a “não consumação do crime unicamente por causa da impotência ou da ocorrência de um obstáculo estranho ou de azar.

Nem todas legislações procedem assim: O novo Código Penal Alemão não fala expressamente neste elemento, mas o subentende. O Código Penal Italiano fala simplesmente na ação incompleta ou no resultado não realizado.

Resumindo, constatamos que a coexistência destes três requisitos citados é necessária para configurar a tentativa. É bem clara a definição de Wessels<sup>25-a</sup>: “Três elementos essenciais devem, pois, apresentar-se: Uma determinada resolução para o fato, um postar-se em atividade direta para a realização do tipo e a ausência de consumação”, e acrescentaríamos, a ausência de consumação por motivos alheios a vontade do agente.

O Código Penal de Portugal, de 1886, no seu art. 11, reproduz claramente estes três elementos essenciais.

## 4. DELIMITAÇÃO DA TENTATIVA

A) Passaremos a tratar do problema magno da tentativa, que é o das delimitações.

O *iter criminis* típico para a maioria dos delitos dolosos é um desenrolar gradativo, lento ou rápido, de várias fases. A primeira, penalmente irrelevante, é a de ideação, da programação intrínseca por parte do agente. Passa depois, para atos que, se bem que dentro da concepção geral já dirigidos ao crime, ainda pertencem ao antecampo impune, atos estes que a doutrina costuma chamar de atos preparatórios, ex. compra de arma. Vem depois, o momento mais importante delimitativo, denominado o limite inferior, que significa a passagem do antecampo impune para a esfera, chamada de execução, onde inicia o comportamento antijurídico. Na maioria dos delitos, neste momento em que se

<sup>25</sup>Op. cit. II, p. 223.

<sup>25a</sup>Op. cit. p. 133.

passa do limite inferior, o crime ainda não se termina, pois usualmente há certa seqüência de atos necessários para a realização do resultado criminoso.

Segue depois outro momento importante, o chamado limite superior, quando o agente chega ao término da realização de todos os característicos do crime, justamente a consumação. Passando do limite inferior e não chegando ao limite superior, a ação fica na esfera da tentativa.

Qualquer que seja a divisão doutrinária destas fases, cuja definição varia, o problema central da figura da tentativa é este: fixar, no dizer de Soler: o limite superativo entre ação impune e ação punível<sup>26</sup>.

## B) Limite inferior da punibilidade

a) Vamos examinar as várias facetas deste importante limite inferior da punibilidade, problema que tem preocupado, e porque não dizer, está preocupando ainda, toda teoria do delito, tendo a maioria dos penalistas procurado enfrentar o problema de uma ou de outra forma. Existe literatura abundante sobre a distinção entre os chamados atos preparatórios, impunes e os atos executivos que integram a esfera da punibilidade. Muitos doutrinadores concordam que esta demarcação é “tarefa das mais difíceis”<sup>27</sup>. Escreve Maggiore<sup>28</sup> “que numerosos critérios foram propostos e nenhum é capaz de resistir a dúvida da crítica”. Por este motivo, autores há que julgam inviável a separação entre atos preparatórios e executivos. Scarano dedica capítulo inteiro de sua monografia à inadmissibilidade da distinção. Buccelati<sup>29</sup> pergunta: “Por que torturar a inteligência para especificar uma idéia que por si é genérica”? Vincenzo Cavallo<sup>30</sup> diz: “que a distinção é empírica e anticientífica”.

Para mencionar um exemplo do direito inglês que, muitas vezes em lugar da norma escrita prefere o *case law*, refiro-me a uma das sentenças da Corte da Coroa que cita *Stephens Digest of the Criminal Law*: “*The point at which such a series of acts begins cannot be defined, but depends on the circumstances of each particular case*”<sup>31</sup>. E Sardinha<sup>32</sup> pergunta se “é de censurar o legislador brasileiro por não ter abandonado tal distinção” (entre atos preparatórios e de execução), respondendo que “dentro do ponto de vista em que nos colocamos, sim”.

De fato, a tentativa é um “*crimen in itinere*”; é difícil definir indubitavelmente a demarcação.

b) Para a já citada escola subjetiva, o problema da conceituação dos atos externos tem menor importância, pois o desloca do “início da execução” para a imagem representativa do agente. Se bem que reconhece a necessidade de manifestar a vontade criminoso por atos externos, a interpretação destes recai em critérios ligados à esfera interna do autor. O que, num determinado caso, é ato preparatório, impune, num outro caso pode ser ato punível integrante da esfera da tentativa, sempre conforme a concepção do autor.

Já vimos que levando ao extremo esta teoria podem resultar sistemas jurídicos que desrespeitam a garantia individual que a ordem jurídica deve proporcionar. Referimo-nos

<sup>26</sup> Apud Camacho, op. cit. p. 30.

<sup>27</sup> Munhoz Netto, op. cit. p. 85.

<sup>28</sup> Apud Sardinha, op. cit. p. 53.

<sup>29</sup> Apud Araújo, op. cit. p. 100.

<sup>30</sup> Apud Sardinha, op. cit. p. 60.

<sup>31</sup> Curzon, op. cit. p. 148.

<sup>32</sup> Op. cit. p. 61.

ao Direito Penal do autor, última conseqüência da concepção nazista e oriunda da teoria penal do *Willenstrafrecht*. Na mesma linha atuou o Código Penal Soviético de 1926, equiparando para fins de punição, tentativa, atos preparatórios e o delito consumado, para depois estipular: “O tribunal, para a aplicação das medidas da defesa social da natureza jurídica-correcional, terá em apreciação o grau de perigosidade da pessoa”.

É conhecida a interpretação política deste dispositivo na prática penal soviética.

c) A teoria objetiva caracteriza o momento crucial do limite inferior como “começo da execução”. Grande número de códigos penais, inclusive o nosso, usa esta expressão. O que vem a constituir início de execução? Alguns autores da teoria objetiva-formal exigem a realização de no mínimo, um dos elementos do tipo descrito em lei. Outros exigem a realização do verbo.

A doutrina objetiva, no decorrer dos decênios, foi desenvolvida e, porque não dizer, atenuada.

Já conhecemos as teorias da periculosidade, que colocam o início da execução justamente quando inicia a hostilidade ao bem jurídico<sup>33</sup>.

O Código Penal Brasileiro de 1890, no seu art. 13, referiu-se a atos externos que, por sua relação direta como o fato punível, constituem começo de execução.

Maurach<sup>34</sup> caracteriza a teoria da delimitação objetiva assim: Configura-se a tentativa quando o ato cometido pelo agente significa, de acordo com a experiência das realidades, uma ameaça direta ao bem tutelado, porque o nexa causal desencadeado pelo agente conduz de maneira adequada ao desenrolar dos acontecimentos, conforme a figura delituosa típica.

d) Na situação atual da polêmica, se bem que continuam os enfoques ora objetivos e subjetivos, podemos notar uma certa aproximação dos dois extremos. Atenuado pelo elemento subjetivo, perde o momento de início de execução sua rigidez, sem porém desistir da idéia que os atos qualificados como tentativa punível devem ter relação direta e causal com os característicos do tipo. Como diz Sauer: Tentativa é a ação em direção ao resultado típico, uma tendência concreta a uma conduta típica.

Do direito inglês, citamos o teor duma sentença por uma corte regional (*Divisional Court*): Um “*actus reus sufficiently proximate to the intention*”, é tentativa considerando as circunstâncias, de vez que se trata de ato imediatamente e não remotamente conectado com o delito<sup>35</sup>. Expressão semelhante encontramos em vários Códigos Penais dos Estados Unidos da América do Norte (pois cada Estado da Confederação tem autonomia legislativa penal): “*Any act towards the commission of such an offense*”<sup>36</sup>.

O novo Código Penal Alemão de 1975, no seu art. 22, determina: “Tenta uma infração penal quem, de acordo com a sua concepção do ato, encaminha-se diretamente à realização do tipo”. Temos aqui uma formulação que segue a teoria mista. A expressão “encaminhar-se diretamente” ou “postar-se em atividade direta”, representa o elemento objetivo, se bem que despido de rigidez da teoria objetivo-formal, ensejando uma apreciação mais natural, mais realista da cadeia dos atos humanos. O elemento subjetivo reside na exigência da “concepção do ato” pelo agente.

O Código Italiano de 1930, conhecido como Código de Rocco, estipula no seu art. 56: Quem realiza atos idôneos, dirigidos de modo inequívoco a cometer um delito, responde por delito tentado. Quanto ao característico dos atos idôneos e inequívocos, logo trataremos destes aspectos importantes.

<sup>33</sup> Munhoz Netto, op. cit. p. 23.

<sup>34</sup> Op. cit. p. 433.

<sup>35</sup> Curzon, op. cit. p. 153 e 154.

<sup>36</sup> Apud Lehmann, op. cit. p. 49.

O que gostaríamos de realçar é o fato de que os dois Códigos citados, não se referem mais ao critério do “início da execução”, e revelam certa influência da teoria finalista. A expressão “encaminhar-se diretamente a realização” é de Welzel; o seu corolário é a doutrina do tipo na sua concepção moderna, pois todos os atos, para terem relevância penal, devem ter relação direta com a figura delituosa.

Scarano<sup>37</sup>, cuja teoria finalista já mencionamos, escreve, ao comentar o art. 56 do Código Penal Italiano: “O ato não pode adquirir um valor indicativo senão quando é conhecida a direção da vontade, a finalidade de quem tiver realizado o ato. Se fizermos abstração do fim que o ato trata de realizar, referindo-nos tão-somente a seu momento executivo, não seria possível distinguir a tentativa de homicídio da tentativa do roubo com violência. O momento executivo nunca pode ser um seguro índice diagnóstico”.

Escreve o penalista argentino, Carlos Reus<sup>38</sup>: “segundo a tendência subjetivo-objetiva, basta que o autor realize atos pertinentes à finalidade criminosa que o guia, mesmo se estes atos não implicassem em um começo da realização do tipo. Quer dizer, o conceito de atos executivos se estende, abrangendo alguns que, de acordo com a teoria anterior, são somente preparatórios”. Ressalta, como se vê, o enfoque teleológico.

e) Desde a célebre definição de Frank que, ampliando a teoria objetiva, qualifica como tentativa “todos os atos que, por sua necessária ligação à ação típica, parecem ser elementos dela, de acordo com a concepção natural”, encontramos uma melhor avaliação do elemento subjetivo pela apreciação unitária dos atos e do tipo de acordo com a concepção, o plano do agente. Encontramos também, a referência ao desenrolar natural dos acontecimentos. A jurisprudência, em muitos países, seguiu este caminho, desligando-se da rigidez do aspecto formal da descrição do tipo pela lei, aproximando pois, os julgamentos dos fatos à realidade. Por outro lado, os conceitos assim formulados são muitas vezes sujeitos a processos hermenêuticos.

Modernamente, não faltaram contribuições de ordem psicológica. Kohler<sup>39</sup> refere-se, como momento relevante, àquele em que a vontade do autor atinge seu “grau de saturação”.

Fiedler<sup>40</sup> fala em “grau de realidade social” do “*Vorhaben*” (plano) e diz que “no querer existe a direção intrínseca e vivida ao desejado, por parte do agente”.

E conclui<sup>41</sup>: “A ação relevante consiste num comportamento real do autor que se integra, por si mesmo, e no desenrolar orientado (pelo agente) ao quadro do plano criminoso”. Todas estas definições citadas, e outras, certamente contribuíram para trazer novos enfoques à polêmica da delimitação. Será que um deles conseguiu uma demarcação normativa insofismável e clara entre atos impunes e puníveis?

Julgamos que a afirmação de Dreher em relação a teoria mista do novo Código Penal Alemão vale para todas estas fórmulas: Nenhuma é capaz de responder, mecanicamente, aos casos concretos. Abre-se, pois, o vasto campo do juízo valorativo por parte do magistrado.

Voltaremos a este assunto nas considerações finais.

f) Antes de deixarmos o tema espinhoso da delimitação inferior, devemos abordar assunto dos mais importantes na teoria da relevância penal dos atos que se apresentam no *iter criminis*.

<sup>37</sup> Op. cit. p. 131.

<sup>38</sup> Op. cit. p. 135.

<sup>39</sup> Apud Salm, op. cit. p. 29.

<sup>40</sup> Op. cit. p. 85.

<sup>41</sup> Op. cit. p. 94.

Lembramo-nos da terminologia do Código Penal Italiano pela qual os atos configurativos da tentativa devem ser inequívocos. É o critério diferenciador que os autores de língua espanhola chamam *UNIVOCIDAD*.

Este divisor de águas de bipartição dos atos foi desenvolvido por Carrara e outros. Considera uma ação inequívoca, e portanto integrando a esfera da tentativa, quando é de tal natureza que não deixa dúvida sobre a intenção do agente.

Nota-se o acento nítido à exteriorização inequívoca da vontade do autor. Trata-se da chamada "visibilidade da ação". A tese, como tal, é convincente: seria contra o princípio *Nullum crimen sine lege* concluir pela punibilidade de um ato que é equívoco quanto a manifestação da vontade criminosa. Muitos autores aderiram a este aspecto diferenciador. Escreve Araújo<sup>42</sup>: "El criterio de la univocidad es el unico posible". É, em outro lugar: "Toda la cuestion examinada se resuelve en . . . el requisito de la univocidad. La antigua distincion entre acto de preparacion y de excucion há sido completamente superada".

Porém, deparamo-nos, desde já, com dois problemas: Primeiro, a constatação se uma ação é inequívoca ou não, suscitará, em alguns casos, a avaliação interpretativa, integrada à esfera valorativa do juiz. Diz Scarano<sup>43</sup>: "A noção da univocidad é muito mais ampla do que a da execução". O princípio *in dubio pro reu* exige a certeza, o que restringe, certamente, a faixa da incriminação. O outro problema, intimamente ligado, é de que a apreciação da qualidade de um ato ser inequívoco ou não, é essencialmente problema de prova. Para citar novamente Scarano<sup>44</sup>: "Se não se provar primeiramente o fato de cometer um delito, não se pode afirmar de que um ato foi executado com o fim de perpetrá-lo, nem que dito ato representa a tentativa daquele delito".

Recordando reminiscências dos tempos da minha formação universitária, uns 30 anos atrás, lembro-me de um caso exemplificativo que meu antigo professor de direito penal costumava citar nas aulas práticas: O estudante Fulano, simpático, mas pobre, entra numa noite de verão, pela janela aberta, no dormitório de uma senhorita, rica mas muito antipática, em todos os sentidos. Fulano precisava melhorar sua situação econômica e sabia que a referida moça costumava levar quantia elevada de dinheiro na sua bolsa, além de sempre exibir jóias de valor. Efetivamente, tanto as jóias como o dinheiro encontravam-se na cabeceira da cama, naquela noite, enquanto a moça dormia. Porém, ela acordou e Fulano, surpreendido, finge uma declaração de amor eloqüente e convincente, muito bem aceita pela moça em todos os seus termos e com as devidas conseqüências. Perguntava-nos o nosso professor: Qual a configuração jurídica da ação do Fulano ter penetrado pela janela aberta e se dirigido a cabeceira, onde se encontravam os valores, deixando de lado o fato de o simples ingresso pela janela aberta já representar delito autônomo? Será que houve uma manifestação inequívoca da intenção de furtar e portanto, de furto tentado? Como se pode provar o verdadeiro intuito de Fulano, já que, pelas circunstâncias, carece de certa credibilidade a versão de que a intenção, desde o início tivesse sido a declaração de amor. Mas será que existe possibilidade de poder detectar a real intenção do agente? Ao lembrarmos da discussão das várias facetas deste caso concreto, forçosa é constatar a verdade da afirmação de Welzel, de que a tentativa é, antes de mais nada, um tipo aberto. De fato o critério da "*UNIVOCIDAD*" suscita, também, o problema de identificação e, portanto, da delimitação sob outro prisma.

<sup>42</sup> Op. cit. p. 123 e 136.

<sup>43</sup> Op. cit. p. 114.

<sup>44</sup> Op. cit. p. 115.

g) Resumimos a evolução da polêmica do momento inferior do *iter criminis*:

O critério de “começo de execução” e a conseqüente bipartição diferencial em atos preparatórios e executivos não encontra mais aceitação unânime, por ser demasiadamente inflexível e irreal. O elemento subjetivo, o propósito criminoso dentro do conjunto da ação humana que se desenrola, ganhou novas facetas, sem ir ao ponto dos ensinamentos da escola subjetivista. Novas fórmulas de delimitação que surgiram, trouxeram subsídios para a prática penal e ofereceram critérios valiosos, mas também enfrentaram as dificuldades de uma conceituação normativa com validade para todos os casos individuais. Mas, justamente porque a maioria destas fórmulas sempre relaciona os vários passos da ação humana à figura delituosa, acentuando, pois, o critério unitário-finalista, reconheceu-se a importância de examinar a delimitação em função a cada tipo especial, individualmente. Deslocou-se então o acento do aspecto geral para o especial, ou seja, para o exame diferencial da matéria em relação a cada tipo que integra a parte especial dos Códigos. Pois se a interpretação da relevância penal dos atos sempre é em função de um delito específico, o aspecto geral perde relevo. É o que ensina Maurach<sup>45</sup>: “A pergunta se uma ação significa preparação, tentativa ou consumação nunca se pode responder de maneira geral, mas tão-somente se constata com vistas à figura delituosa individual”. O Supremo Tribunal Federal Alemão, igualmente, reconheceu que a delimitação somente pode ser procedida no quadro das figuras delituosas individuais<sup>46</sup>.

O “Model Penal Code”, proposta-modelo de unificar o direito penal nos EE.UU., ao dizer que a definição do ato penalmente relevante, de um “*substantial step in the course of conduct*” é sempre “*matter of degree*”<sup>47</sup>, reconhece o caráter pouco normativo desta expressão e aduz, desde já, casos práticos, exemplificativos referentes a várias figuras delituosas – interessante demonstrativo do espírito pragmático norte-americano.

Caberia, pois, o exame da tentativa em relação aos mais importantes delitos da parte especial o que, no entanto, ultrapassaria em muito o escopo do nosso tema e o tempo disponível.

### C) Tentativa e delito consumado

a) Poucas palavras cabem referente ao chamado limite superior da tentativa, ou seja ao momento do *iter criminis* em que o delito tentado se aperfeiçoa para consumação. Esta passagem é menos crucial do que o abordado limite inferior, não somente por ser sua demarcação sistemática mais fácil, mas porque o limite superior tem relevância penal apenas em relação a dois aspectos:

1.º) fixação da pena, especialmente nas legislações que mandam sancionar a tentativa, obrigatoriamente, com pena reduzida em relação ao delito consumado;

2.º) possibilidade de desistência, com as respectivas conseqüências penais, na fase de tentativa; possibilidade esta inexistente após a passagem para consumação.

b) A maioria dos doutrinadores aceita a caracterização da consumação com termos semelhantes àqueles usados por nosso Código. O delito se diz consumado quando reúne todos os elementos da sua definição legal. É a referência aos característicos da figura delituosa. Entre muitos outros, cito apenas Jiménez de Asua, Bettiol e Maurach que se referem à realização de todos os requisitos e elementos descritos no tipo<sup>48</sup>.

<sup>45</sup> Op. cit. p. 429.

<sup>46</sup> Apud Lehmann, op. cit. p. 23.

<sup>47</sup> Apud Lehmann, op. cit. p. 84.

<sup>48</sup> Bettiol, op. cit. p. 205.

É a congruência exata entre fato e tipo; é a adequação de ação humana à figura delituosa típica descrita na lei.

Autores há que aduzem, ainda, o critério da ofensa ao bem jurídico protegido<sup>49</sup>, o qual, no entanto, não dispensa a necessidade da realização dos elementos do tipo. Entendemos que justamente a sua realização traz no seu bojo a ofensa do bem protegido. Bettiol<sup>50</sup> refere-se aos dois critérios, ao formal da correspondência do fato e o tipo legal e ao critério substancial da lesão do bem jurídico, em harmonia com a noção teleológica do crime”.

#### D) Tentativa acabada e inacabada

Antes de deixarmos o árduo e complexo exame do *iter criminis*, devemos referir-nos, resumidamente, a outro problema situado a um passo da soleira da passagem do crime tentado ao consumado, Trata-se da distinção entre tentativa acabada e inacabada, terminologia criada por Romagnosi, e a qual não devemos confundir com a justaposição de delito acabado ou perfeito e delito imperfeito.

Afigura-se a tentativa simples ou inacabada quando o desenrolar do processo criminoso é interrompido, por causas alheias à vontade do agente, interrupção da qual este ainda ficou ciente.

Na tentativa acabada, também denominada delito frustado, o *iter criminis* não levou à consumação por algum evento fortuito independente da concepção do agente. Como diz o Supremo Tribunal Federal Alemão<sup>51</sup>, a delimitação destas duas formas da tentativa orienta-se pela imagem representativa do agente. Na tentativa acabada o autor julga ter feito o necessário para que o delito se consuma, se bem que depois se constata que a atividade foi objetivamente ineficaz para produzir o resultado. Na tentativa inacabada o agente é ciente de que outros atos, impossibilitados igualmente por causas alheias à vontade criminosa, seriam necessários para que o crime se complete.

Exemplo da tentativa acabada: O agente serve a vítima uma bebida envenenada, afastando-se do local. A vítima, ao querer ingerir a bebida, derrama-a, não chegando, pois, a tomá-la. Exemplo da tentativa inacabada: O agente penetra numa casa para roubar e fica surpreendido pelo inquilino e é obrigado a fugir. O crime foi frustado.

Em ambos os casos temos a figura da tentativa. A diferença não é somente terminológica, mas tem certa importância quanto aos efeitos da desistência.

A distinção inexistente na maioria dos Códigos. No entanto, o Código Penal Português de 1886 refere-se expressamente ao crime frustado no seu art. 10, enquanto o art. 11 trata da tentativa.

### 5. ELEMENTO DA CULPABILIDADE NA TENTATIVA

a) Apenas a título de sistematização, pois já abordamos o assunto em tópicos anteriores, vamos resumir dois pontos básicos referentes à culpabilidade da tentativa:

1.º) A vontade criminosa deve abranger a consumação do delito;

2.º) O grau da culpabilidade necessário para qualificar a tentativa é o mesmo exigido para a punição do respectivo delito especial consumado.

<sup>49</sup> Rainieri, apud Araújo p. 204.

<sup>50</sup> Op. cit. p. 205.

<sup>51</sup> Apud Wessels, op. cit. p. 141.

b) Quanto ao princípio que a culpa *sensu lato* deve estender-se à consumação, lembramos a definição de Wessels, pela qual na tentativa o elemento subjetivo é completo, ficando incompleto tão-somente o objetivo.

A teoria finalista deixa bem clara esta caracterização. Citamos, neste contexto, o direito positivo argentino<sup>52</sup>; que incrimina o agente que “con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución”.

c) Sem descer a delongas doutrinárias, constatamos duas conclusões que resultam do exposto:

1.º) Somente se concebe a tentativa nos crimes dolosos, pois, nos culposos em sentido estrito inexistente o *animus* que visa a realização da figura típica. Este princípio é geralmente aceito na doutrina e na jurisprudência. Existe alguma divergência se é suficiente o *dolus eventualis*, pergunta à qual a maioria dos doutrinadores responde afirmativamente.

Aos poucos tipos legais em que existem elementos mistos de dolo e culpa, refere-se expressamente o novo Código Penal Alemão de 1975, no seu art. 11, II: Admite a tentativa *ex vi legis*, de vez que caracteriza estes tipos mistos como delito doloso.

2.º) O chamado “dolo de tentativa” admitido por alguns autores que pretendem dar à tentativa o já citado caráter autônomo, é rechaçado pela maioria na doutrina e nas legislações. Mayer afirma que dolo de tentativa é dolo nenhum, justamente porque o dolo que deve acompanhar o delito tentado não difere daquele que caracteriza o correspondente delito consumado, ao qual sempre está dirigido, haja ou não interrupção do *iter criminis*.

## 6. TENTATIVA INIDÔNEA

Um problema sobre a qual foram travadas muitas lutas polêmicas diz respeito à punibilidade por atos inadequados ou ineficazes, ou seja, a chamada tentativa inidônea. Trata-se de aspecto situado na área da culpabilidade, pois tange o tema do erro.

a) Qual é a problemática?

Partimos do princípio da tentativa de que os atos representativos da manifestação criminosa e eficazes, no sentido do nexo causal, não produzem o resultado almejado pela superveniência de fatores alheios à vontade do agente. *Quid iuris*, quando desde já estes atos são objetivamente inadequados para produzir o resultado criminoso, ou melhor, para realizar o tipo, mas quando o agente, erroneamente, entende que pela prática destes atos possa alcançar o fim criminoso. Exemplo: O agente mistura um ingrediente químico na comida de outrem, com o fim de envenená-lo, mas este ingrediente é objetivamente ineficaz para produzir o efeito almejado.

Desnecessário dizer que, a já citada teoria subjetiva advoga a punibilidade de todos estes atos, de vez que o *animus* criminoso, merecedor de sanção, existe independente da ineficácia objetiva da ação. Sardinha, na sua obra “A Tentativa Impossível”, diz<sup>52-a</sup>: “Aceitamos o pensamento dos subjetivistas, quando afirmam a punibilidade da tentativa impossível, quer no caso de ineficácia do meio, quer no da impropriedade do objeto.” A teoria objetiva pura, por sua vez, acentua a inexistência de uma ação capaz de por em perigo, objetivamente, um bem jurídico tutelado. Assim, entende que, se houver ausência de uma ação adequada para, no sentido da causalidade, realizar a figura típica, não se

<sup>52</sup> Art. 42 do Código Penal Argentino.

<sup>52a</sup> Op. cit. p. 127.

trata de tentativa punível, mas sim de carência de tipicidade impune. Veremos logo que a divergência entre dois extremos se reduz a um problema de graduação.

b) Antes de examiná-lo, passamos a sistematizar os três aspectos sob os quais se pode apresentar a ação inidônea:

1.º) objeto inidôneo, p.ex. quando alguém “tenta” um aborto em mulher não grávida;

2.º) meio inidôneo, p.ex. no já citado caso tentar envenenar a vítima com ingrediente químico inofensivo;

3.º) sujeito inidôneo, quando o tipo legal exige do agente determinadas qualificações pessoais que este não possui, porém supõe possuir.

c) A doutrina tem diferenciado, não somente para fins terminológicos mas quanto aos efeitos penais, entre dois graus de inadequação:

1.º) tentativa relativamente inidônea, de um lado, que a doutrina e prática penal, na sua maioria, considera punível;

2.º) tentativa absolutamente inidônea, também denominado delito impossível. Este, usualmente, não se pune, pois não se trata de ação penalmente relevante.

Por isto, afirma Rittler<sup>53</sup>: “a terminologia inidoneidade é ambígua. Caracteriza-se como defeito no tipo, como falta de tipicidade.”

Ainda referente à terminologia, citamos a expressão “tentativa impossível”, que ora é usada como sinônimo do delito impossível, ora como sinônimo de tentativa inidônea.

d) O problema da tentativa inidônea situa-se na área do erro: Diz Rittler<sup>54</sup> que na tentativa punível o agente se engana quanto ao futuro, quanto a causalidade da ação. No delito impossível, que é defeito no tipo, o agente engana-se sobre o presente, sobre circunstâncias já existentes no momento da sua ação. E diz Wessels<sup>55</sup>: “Na tentativa inidônea o autor considera como existente uma característica do tipo, que na realidade não se verifica (erro de tipo inverso)”.

e) Apesar de longas lutas doutrinárias e divergências terminológicas, a prática penal reduziu a importância do problema, como observa Maurach<sup>56</sup>: “A jurisprudência estabeleceu princípios de delimitação entre atos inidôneos puníveis e impunes”, se bem que em função das respectivas legislações, a orientação delimitadora pode variar, como logo veremos.

f) Resumimos alguns tópicos desta delimitação:

aa) É reconhecida, na maioria dos sistemas jurídicos, a impunibilidade do crime impossível, dos atos com meios absolutamente ineficazes. Diz Maurach<sup>57</sup>: “que é impune a tentativa com meios definitivamente irreais pelo nexó causal”. Dentro destes casos situa-se a chamada tentativa supersticiosa (p.ex. lançar um mau olhar a outrem com o fito de causar-lhe doença);

bb) É igualmente reconhecida a impunibilidade da tentativa ao objeto inidôneo. Ex. Alguém pretende matar pessoa já morta. Estes casos se qualificam como ação atípica, como carência de tipicidade;

cc) A chamada inidoneidade relativa dos atos cometidos acarreta punibilidade, especialmente quando se trata de meios relativamente ineficazes. Sem dúvida, encontramos neste princípio geralmente aceito, a influência da teoria subjetiva.

<sup>53</sup> Op. cit. p. 257.

<sup>54</sup> Op. cit. p. 256.

<sup>55</sup> Op. cit. p. 138.

<sup>56</sup> Op. cit. p. 439.

<sup>57</sup> Op. cit. p. 443.

Quando o agente mistura veneno na comida de outrem, julgando que usou quantidade suficiente, mas na realidade ineficaz para produzir o envenenamento, temos tentativa punível. Ao contrário, quando o agente misturar açúcar na comida supondo que tivesse efeito nocivo, não se trata de tentativa punível, pois, como diz Welzel<sup>58</sup>: “somente são penalmente relevantes as ações que ficam no chão da realidade.”

A fundamentação da punibilidade da tentativa relativamente inidônea, conforme afirma Araújo, seguindo Castori<sup>59</sup>, baseia-se no perigo que deriva para a sociedade. Nestes casos, e contrariamente aos de inexistência do objeto material, é possível a sua repetição com instrumentos mais eficazes aos anteriormente empregados, o que justifica a repressão penal.

g) Vamos examinar alguns preceitos do direito positivo:

aa) O atual Código Penal Brasileiro, seguindo a teoria objetiva, não pune o crime impossível quer por ineficácia absoluta dos meios, quer por absoluta impropriedade dos meios (art. 14). O Código Penal de 1969 reproduz este dispositivo, no seu art. 15.

Se bem que não expresso, mas por argumento contrário, a tentativa relativamente inidônea é punível.

bb) O Código Argentino de 1921 procede diferentemente. No seu art. 44 estabelece: “Si el delito fuera imposible, la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducirse al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelada por el delincente”. É sumamente importante a graduação da pena conforme a periculosidade do criminoso, como veremos nas nossas considerações finais.

Mesmo no direito argentino, é aceita a tese, *de lege ferenda*, que os atos absolutamente inidôneos quanto ao objeto são tidos como atípicos, portanto impunes.

cc) Enquanto o Código Penal Alemão de 1871 não legislou expressamente, sobre a tentativa inidônea, deixando-a entregue à doutrina, o novo Código Penal de 1975, subentendendo a punibilidade da tentativa por atos relativamente inidôneos, prescreve no inciso III do art. 23: Quando o autor, por grosseira insensatez desconheceu que a tentativa não poderia, de forma alguma, conduzir à consumação pela natureza do objeto ou do meio, neste caso o juiz pode desistir da punição ou diminuir a pena, de acordo com sua discricão.

Como se vê, ao característico objetivo da ineficácia absoluta soma-se um aspecto subjetivo: a insensatez grosseira. É uma atenuante de princípio geral por um enfoque subjetivo; no entanto, afigura-se-me que seu verdadeiro alcance reside na falta de periculosidade de um agente cuja apreciação dos fatos desvia-se completamente do nexa causal comumente conhecido<sup>60</sup>.

O Código Penal Suíço, no seu art. 23, declara a tentativa inidônea também como punível e aduz: “Caso o autor aja com falta de inteligência, o juiz pode desistir da punição”.

dd) O Código Penal Italiano, chamado o Código Rocco, nada diz sobre a tentativa inidônea, exigindo expressamente, para que se configure a tentativa, atos idôneos (art. 56). Deixa pois, à doutrina e à jurisprudência *de lege ferenda* a delimitação dos atos relativamente inidôneos.

h) Na prática a distinção pode suscitar problemas de interpretação. Se bem que a jurisprudência dos vários países conseguiu uma certa uniformização, vale ainda a

<sup>58</sup> Apud Maurach, op. cit. p. 443.

<sup>59</sup> Op. cit. p. 187.

<sup>60</sup> Reichsgericht apud Dreher, op. cit. p. 135.

afirmação de Hippel que a tentativa inidônea continua um dos assuntos mais discutidos na teoria penal.

É, como já vimos, também problema de graduação, de delimitação.

## 7. O CHAMADO DELITO PUTATIVO

a) Devemos distinguir nitidamente entre a tentativa inidônea e o chamado delito putativo, ou crime imaginário, se bem que alguns autores aproximam este último ao delito impossível.

Efetivamente, em ambos os casos há erro por parte do agente. Todavia, na tentativa inidônea ou no delito impossível existe erro de fato sobre meios ou objetos, sobre a eficácia do instrumentário e, portanto, sobre o nexó causal da ação praticada e o resultado.

No crime putativo o erro é de natureza diferente: o agente aprecia bem a realidade dos atos praticados e sua eficácia, porém se engana sobre o enquadramento penal destes atos.

É erro de direito, seja erro sobre a tipicidade ou de subsunção, seja erro sobre a antijuricidade da sua ação.

Como diz Wessels, trata-se ou de um erro de proibição ao inverso (a agente pratica o amor lesbiano pensando que constituísse delito), ou de um erro de permissão ao inverso (o agente interpreta mal, em seu prejuízo, p.ex. limites de legítima defesa)<sup>61</sup>.

b) Temos no delito putativo, novamente um caso do defeito no tipo. Inexiste qualquer ligação entre a ação e uma figura delituosa prevista em lei. Não há delito.

Portanto, o delito putativo ou imaginário não acarreta consequências penais.

Se diferente fosse, i.é., se o crime putativo fosse punível, teríamos a situação esdrúxula de o próprio agente criar na sua mente e para seu próprio caso, uma figura delituosa, à margem da vontade do legislador, e o juiz, aceitando este enquadramento num tipo não previsto em lei, mas imaginado pelo próprio agente.

O fundamento da impunibilidade pode ser deduzida do princípio da periculosidade: o que o legislador não prevê como ação nociva a sociedade, não representa perigo para ela.

## 8. DESISTÊNCIA E ARREPENDIMENTO

a) Passamos a tratar dos fatores que podem mudar o *iter criminis* inicialmente projetado pelo agente, não contra a previsão dele, mas quando o crime se torna incompleto por uma reviravolta na vontade criminosa, enquanto ainda não realizado o resultado. É a figura da desistência.

Enquanto a tentativa punível se caracteriza pela não completação objetiva, a desistência, usualmente impune, se caracteriza por uma modificação voluntária e tempestiva do *animus maleficii*. Tempestiva, porque somente é concebível a desistência do agente *ex sponte sua*, enquanto “ainda é tempo”, i.e. enquanto o resultado, inicialmente visado, ainda não ocorreu.

A impunibilidade que resulta da desistência voluntária e eficaz, é obviamente, um prêmio do legislador, para que o agente revise sua intenção criminosa e se abstenha de entrar na esfera lesadora do bem jurídico protegido.

Como diz Liszt, a desistência é a ponte de ouro construída pela lei para a retirada do agente que já se tomara passível de pena.

<sup>61</sup>Op. cit. p. 139.

Bockelmann<sup>62</sup>, acha que: “a teoria da retirada” não é realista, pois não se pode comprovar casos em que a oferta da não imputabilidade tivesse induzido o agente à desistência. Mesmo assim, justifica a isenção de pena do agente desistente, quase como uma “clemência”.

b) À simples desistência voluntária, que evita a consumação, equiparam-se os atos de corrigir o curso da ação desencadeada, aos quais se costumam chamar de arrependimento eficaz. Este é concebível na chamada tentativa acabada, quando o próprio agente toma as medidas impeditivas e eficazes para frustrar o resultado.

Ambos os casos estão previstos no nosso Código de 1940 no seu art. 13.

c) O nosso Código de 1940 estabelece outra regra: embora isentando atos evitados ou impedidos pela correção da vontade por parte do próprio agente, o responsabiliza, todavia, pelos atos já ocorridos, ou seja, os atos que ele não mais conseguia evitar ou impedir. Trata-se da chamada tentativa qualificada, de modo que estes atos praticados comprometem o agente quando “penalmente relevantes”, i.e. quando integram a área da tipicidade.<sup>63</sup>

Ao “agente que voluntariamente desiste da consumação do crime ou impede que o resultado se produza” o Código Penal de 1969 prevê dispositivo idêntico no seu art. 15. Muitos Códigos de outros países contém dispositivos semelhantes.

d) Na doutrina, houve discrepância de opinião sobre a natureza jurídica da desistência. Prevalece a teoria da causa de extinção de punibilidade (Nelson Hungria, Anibal Bruno). Na Alemanha, Schoetensack<sup>64</sup> fala em causa excludente de culpa, enquanto Damásio de Jesus<sup>65</sup> opina que se trata de exclusão de adequação típica.

e) Na prática, no entanto, muitas perguntas podem surgir. Enquanto há consenso geral que a desistência deve ser voluntária, difícil avaliar, por vezes, no caso concreto, a verdadeira motivação do desistente. Pode o agente mudar seu rumo criminoso não por um motivo ético, por um legítimo arrependimento, mas por uma mera conveniência: o ladrão não leva consigo um valioso anel, pois, se dá conta que sua venda seria suspeita ou por outro, não leva o objeto, por que considera de valor insuficiente que não “vale a pena”. Outros casos poderiam ser citados.

Por este motivo, muitos autores, p.ex. Salm<sup>66</sup> exigem que a voluntariedade de desistir deve ser visível e convincente.

Bockelmann<sup>66a</sup> exige que a desistência seja “meritória”, dando pois, certo relevo aos motivos que levaram o agente a desistência. O Supremo Federal Alemão firmou jurisprudência no sentido que a desistência por medo de descoberta e punição não é motivo suficiente para excluir a punibilidade.

Outro critério citado por doutrinadores e jurisprudência é de que a desistência deve, realmente, levar à convicção de que a vontade criminosa do agente seja menos perigosa, menos persistente do que a vontade de quem não desiste ou de quem desiste por motivos que não atenuam sua intenção anti-social.

Porém, vemos novamente como as fronteiras são móveis e como é difícil encontrar critérios exatos e aplicáveis uniformemente a todos os casos concretos.

<sup>62</sup>Op. cit. p. 200.

<sup>63</sup>Damásio de Jesus, op. cit. p. 432.

<sup>64</sup>Op. cit. p. 65.

<sup>65</sup>Op. cit. p. 427.

<sup>66</sup>Salm, op. cit. p. 173.

<sup>66a</sup>Op. cit. p. 21

## 9. COMINAÇÃO PENAL DO DELITO TENTADO

As conseqüências penais do delito tentado, no que diz respeito a sua quantificação, podem ser concebidas de três maneiras, intimamente ligadas às diferentes teorias.

a) Pela primeira tese, não há tratamento diferencial entre a forma tentada e a consumada de determinado delito. Os limites máximo e mínimo que prevalecem para esta, também valem para aquela. É a dedução da teoria subjetiva, que pune a vontade criminosa independente do resultado. Aos subjetivistas uniram-se, no século passado, os positivistas<sup>66b</sup> e o Código Penal Francês de 1810 adotou o mesmo princípio de equiparação. Os Códigos dos sistemas totalitários que receberam impulsos do *Willenstrafrecht*, seguiram o mesmo caminho. Exemplificamos pelo Código Penal Checoslovaco de 1948 (art. 2) e o da Polônia (art. 24) que punem a tentativa nos limites do crime consumado<sup>67</sup>.

b) A tese que se situa no outro extremo, estabelece a diminuição obrigatória da pena prevista para o crime consumado. É o pensamento da teoria objetiva que fundamenta a redução obrigatória pela menor periculosidade do delito que termina na fase tentada. Este ponto de vista foi abraçado por grande número de doutrinadores. Cito apenas Bockelmann<sup>68</sup>: Não somente para a sensação do leigo mas também para a concepção juridicamente filtrada, existe uma diferença se alguma coisa aconteceu ou não”.

Muitos códigos aderiram a esta tese, p.ex., o nosso de 1940, cujo art. 12 manda diminuir a pena para o delito consumado de 1 a 2 terços, nos casos da tentativa.

c) A terceira tese aceita, em princípio, o tratamento diferencial da tentativa e do delito consumado, entregando, todavia, à discricção do juiz a decisão sobre a diminuição ou não. O Código Penal Alemão de 1876 já previa que o delito tentado pode ser castigado mais levemente do que o consumado; o atual código, no seu art. 23, II repete a mesma disposição.

O nosso Código de 1969 adota semelhante orientação. Partindo da diminuição como regra, deixa ao critério do juiz de, “no caso de excepcional gravidade, aplicar a pena do crime consumado” (art. 14 § único). E mesmo um código como o uruguaio que adota o princípio da redução obrigatória, confere ao juiz a possibilidade de aumentar a pena “hasta la mitad, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y la peligrosidad del agente” (art. 87).

d) Desnecessário dizer que, qualquer que seja a orientação sobre a fixação da pena, o ponto de partida é sempre a sanção prevista para o respectivo delito consumado, fato que reforça a tese que a tentativa não é figura autônoma mas necessária. Conforme diz Anibal Bruno<sup>68a</sup>, em relação a tentativa: “É o tipo penal que lhe define a natureza e a gravidade. A tentativa se projeta na vida penal como uma sombra do tipo”.

## 10. TENTATIVA E CONCURSO NO DELITO

A) Poucas palavras cabem quanto a pluralidade de agentes em delito tentado.

Afirma Leiria<sup>69</sup> com toda procedência, que é plenamente possível o concurso delitivo em crime tentado. No mesmo sentido, opina Araújo<sup>70</sup> que “o conato nem

<sup>67</sup> Apud Camacho, op. cit. p. 147 e 139.

<sup>68</sup> Op. cit. p. 193.

<sup>68a</sup> Op. cit. p. 244.

<sup>69</sup> Op. cit. p. 230.

<sup>70</sup> Op. cit. p. 274.

sempre resulta da obra de um só sujeito, mas é possível que deriva do concurso de várias pessoas”.

Este concurso em crime tentado pode ser em forma de co-autoria, autoria imediata ou participação, nas suas duas modalidades: instigação e cumplicidade.

É óbvio que o embasamento estrutural da tentativa vale para um agente ou para mais. A participação, p.ex. deve ocorrer em atos penalmente relevantes, se bem que não chegam à consumação. A vontade dolosa do cúmplice, com os característicos de que se reveste o “*animus auxiliandi*”, também deve ser dirigida à realização do tipo penal. Igualmente, pune-se a instigação tentada dentro dos princípios gerais que regem a figura da tentativa.

**B)** Na chamada autoria mediata, como ensina Wessels<sup>70a</sup> “a fase da tentativa começa, o mais tardar, tão logo que o instrumento do mandante se ponha em atividade para a execução da ação típica.

**C)** A figura da desistência que conduz a impunibilidade pode oferecer alguns problemas quando se trata de pluralidade de agentes. Vamos examiná-los em rápidas pinceladas.

**a)** Nos casos da instigação, lembramos os ensinamentos de Araújo<sup>71</sup> referentes ao direito uruguaio e, a meu ver, válidos de uma maneira geral: a desistência por si só não é suficiente para isentar o instigador da responsabilidade penal; este deve fazer acompanhar a mudança da vontade criminosa por um comportamento que impeça efetivamente o resultado da atividade criminal por ele provocada.

Pelo Código Penal Alemão de 1975 o instigador desistente somente fica impune quando desviar o perigo de o instigador cometer a ação criminosa.

A lógica é indiscutível. O instigador que é o autor espiritual, aquele que desencadeou uma ação criminosa através de outrem, assume, neste momento, a responsabilidade não somente por seu comportamento, mas também pelos passos do instigado. Portanto, insuficiente o seu arrependimento: cabe a ele impedir o resultado por ele provocado. O mesmo princípio diz respeito à autoria mediata. Citamos novamente Araújo<sup>71a</sup>: “Quando alguém se vale de uma pessoa não imputável ou não punível para cometer o delito, não basta ele desistir do seu propósito mas sim deve impedir que o instrumento leve a ação até sua consumação.”

O critério adotado pelo Código de 1969, o chamado unitário, facilita sobremaneira o problema da pluralidade de agentes no delito tentado.

**b)** Nos casos da co-autoria e cumplicidade Araújo<sup>71b</sup> distingue entre duas situações: “Quando os agentes distribuíram entre si as tarefas que devem e podem cumprir indistintamente, um dos agentes que desistir, não se pode desligar do ato conjunto, pois sua conduta concretizou um início punível de execução. Todavia se seu recesso se produz antes de executar os atos que deveria cumprir, basta, para ficar isento de pena, que ele manifeste a mudança da sua vontade criminosa aos co-partícipes. Quem não é insubstituível no concurso, poderá ter seu lugar na ação criminosa ocupado pelo outro ou por outros”. Na outra situação, em que um dos partícipes deve cumprir um ato sem o qual o delito não se pode cometer, sua renúncia voluntária determina a suspensão total da execução e a irresponsabilidade penal de todos.

<sup>70a</sup>Op. cit. p. 137.

<sup>71</sup>Op. cit. p. 397.

<sup>71a</sup>Op. cit. p. 396.

<sup>71b</sup>Op. cit. p. 399.

c) A regulamentação da matéria difere um pouco do Código Penal Alemão, pois, seu art. 24, inciso I, num concurso de agentes, fica impune aquele que voluntariamente impede a consumação.

Fica atenuado este dever de agir, em vez de um simples dever de desistir, pelo inciso II do mesmo artigo, que diz: “Todavia, é suficiente para o partícipe ficar impune, o seu esforço voluntário e sincero de impedir a consumação do delito, caso a ação não se consuma sem sua contribuição ou quando ela se realizar independente da sua contribuição anterior.”

D) Finalmente, mencionamos um dispositivo do nosso Código de 1940, que no seu art. 27, diz que o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis se o crime não chega, pelo menos a ser tentado.

Coloca, assim, o nosso Código, no antecampo impune do delito, os atos preparatórios mesmo quando já manifestam, de certa forma, a vontade criminosa, por se comunicarem a outras pessoas. O Código de 1969 não reproduziu este dispositivo.

Como diz a exposição dos motivos, a punibilidade de cada um dos concorrentes é independente da dos outros, determinando-se segundo a sua própria culpabilidade.

## 11. TENTATIVA EM CASOS ESPECIAIS

Passamos em rápida revista a figura da tentativa em alguns casos especiais de delitos.

### A) Em crimes de omissão

a) É reconhecido, pacificamente, o princípio que nos delitos omissivos simples ou próprios, a tentativa não se comina de pena. Camacho<sup>72</sup> apresenta-nos a razão: São delitos “*quod unico actu perficitur*”. Ora, a tentativa exige uma pluralidade de atos no *iter ciminis*; quando o delito se caracteriza através da realização de um ato, no caso negativo, omissivo, não existe possibilidade de tentativa.

b) Nos delitos omissivos impróprios, as opiniões divergem. Sem entrar em detalhes, cito Camacho<sup>72</sup> que, nestes casos acha viável a tentativa, “já que existe um autêntico *iter*, cuja interrupção pode validamente originar a tentativa do delito punível”. E Wessels<sup>72a</sup>: “Deve-se afirmar a tentativa, tão logo o garantidor deixe passar a primeira possibilidade de agir, adequada para impedir o resultado”. Da mesma forma Bockelmann<sup>73</sup>: “Na omissão imprópria é possível a tentativa enquanto a ação impeditiva pode ser exigida e enquanto ela ainda é executável”. Outros doutrinadores opinam pelo contrário. Bacigalupo<sup>74</sup>: entende que “na falta de ação não há mais do que o conhecimento, pelo aceite, das circunstâncias do perigo para o bem jurídico e, no melhor dos casos, uma resolução. Isto não permite em falar de começo de execução. Portanto, é impossível conceber a aplicação do conceito de tentativa nos delitos omissivos impróprios.

### B) Delitos de perigo

Compreendendo por delitos de perigo os que pressupõe exclusivamente o ataque ao bem jurídico, sem exigir para sua tipicidade a presença de uma lesão<sup>75</sup>, há vários doutrinadores que não admitem a tentativa nestes delitos, especialmente quando se trata

<sup>72</sup>Op. cit. p. 20.

<sup>72a</sup>Op. cit. p. 170.

<sup>73</sup>Op. cit. p. 204.

<sup>74</sup>Op. cit. p. 156.

<sup>75</sup>Camacho, op. cit. p. 17.

de um tipo que se caracteriza por um ato material uno e indivisível. Diz Scarano<sup>76</sup> que: “não se configura a tentativa em delitos de perigo, a não ser que se queira admitir a existência de um perigo de perigo”.

Outros autores defendem ponto de vista contrário, quando se trata de ação típica composta de vários atos materiais distintos. O mesmo critério, usualmente, se aplica aos chamados delitos de mera atividade.

C) Sem descer a maiores detalhes, ainda cabe observar, que a figura na tentativa também não se concebe nos delitos preterintencionais, nos crimes que a lei pune somente quando ocorre o resultado, bem como nos chamados delitos habituais. Igualmente, não se admite tentativa nos delitos instantâneos ou unisubsistentes: “*quod unico actu perficitur*”, como já vimos.

## 12. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A) Ao termos procurado sistematizar a figura do delito tentado, demos destaque aos três aspectos mais polêmicos e mais difíceis:

- a) determinar o ponto do *iter criminis* em que se inicia o comportamento penalmente relevante;
- b) examinar, também sob aspecto da punibilidade, a tentativa inidônea;
- c) indagar sobre a reversão da punibilidade, como causa excludente, por atos de desistência.

Constatamos que os três problemas são de delimitação para a qual uma definição inequívoca é difícil. As fronteiras são flutuantes e as fórmulas de demarcação sempre genéricas, por melhor que sejam concebidas e apesar de aspectos novos que foram aportados ao problema. Se quiséssemos forçar uma demarcação clara, sem sombra de dúvida interpretativa, teríamos de ampliar, substancialmente, o antecampo impune em que se situam as ações humanas, em favor da segurança do direito e da garantia individual, mas em prejuízo da realidade criminal, da proteção da sociedade contra o dolo criminoso, e como diriam os jusnaturalistas, em detrimento da justiça. Efetivamente, como afirma Mayer, trata-se de problema da política criminal.

Ao deixar as fronteiras mais flutuantes a fim de enquadrar penalmente todas as ações potencialmente perigosas, não nos restaria outra alternativa senão abrir, mais ainda, o tipo, deixando ao magistrado, para seu juízo valorativo, uma área maior de avaliação referente aos casos duvidosos e fronteiriços, dando maior ênfase àquilo que Dohna chamava o “fator móvel da discricção judicial”. Obviamente, não se trata de opção entre um extremo ou outro, mas não deixa de ser uma opção pelo acento. Isto, antes de mais nada, é questão de equilíbrio, da medida certa. Este processo de encontrar uma graduação satisfatória será facilitada por certa uniformização, de caráter normativo, *de lege ferenda*, através do estabelecimento de uma jurisprudência dos altos tribunais, sempre referente às figuras delituosas individuais, como efetivamente ocorre na maioria dos países e como é a regra no sistema jurídico do *case law*.

Porém, a vida não é estática e os problemas criminais encontram-se em rápido desenvolvimento. Por vezes, a formação de uma jurisprudência uniforme e orientadora fica superada pela celeridade dos acontecimentos. E, quanto a ampliação da área discricionária do juiz, devemos confessar que, por melhor que seja a escolha das pessoas investidas nas elevadas funções de magistrados, por mais sábios e bem ilustrados eles fossem, suas decisões no campo discricionário não seriam isentas do elemento subjetivo

<sup>76</sup>Op. cit. p. 296.

Foi o grande sábio e jurista Goethe que exclamou: “Posso prometer ser imparcial, mas não posso prometer ser objetivo”.

B) Na evolução atual da criminalidade, não devemos fechar os olhos ante o aspecto da eficiente proteção à sociedade. Isto vale, também, para os problemas da tentativa. Diz Anibal Bruno<sup>77</sup>: “A consideração da personalidade do criminoso, que se acentua no direito penal moderno, do valor sintomático, da sua deliberação criminosa, do início do ataque ao bem jurídico penalmente tutelado, com a inclinação que vai tomando o direito atual para o lado da subjetivação, tende a aproximar o crime tentado do crime consumado”. De fato, não nos parece certo punir mais brandamente um criminoso habitual, cuja ação antisocial não atingiu o seu resultado pela superveniência de um “acaso”, do que o delinqüente primário que conseguiu levar o seu crime à consumação.

Sem advogar algo semelhante ao *Taeterstrafrecht*, direito penal do autor, que seria a negação do *nulum crimen sine lege*, cremos que a avaliação da personalidade do autor é um dos aspectos mais importantes da esfera discricionária judicial, ao apreciar os problemas de delimitação do crime tentado.

É Sauer que ensina: “Quanto mais valioso é o bem protegido e reprovável a vontade (criminoso), tanto mais sobe a periculosidade concreta própria da tentativa e se desloca para trás o ponto de princípio de execução”<sup>78</sup>. E diz Salm<sup>79</sup>: “Em alguns casos uma ação descolorida pode tornar-se imagem delituosa, suspeita, através de uma determinada imagem do agente”. De fato, a presença de um perigoso assaltante habitual, num quintal de casa alheia, deve ser interpretada de maneira diferente do que a presença, no mesmo recinto, de pessoa honrada, íncita; sem que esta interpretação, por si só, já significasse enquadramento criminal.

C) A própria legislação penal, sem pretender o impossível, qual seja resolver normativa e exaustivamente todas as múltiplas facetas da vida real, pode, a nosso ver, ajudar a tarefa da atuação judicial na esfera discricionária. Em algumas áreas especialmente perigosas para o convívio humano, poderiam ser criadas figuras delituosas, tipos autônomos, ou lhes serem agravadas as sanções. Exemplo: a aquisição de arma e seu porte não podem ser interpretados, por si só, como ato penalmente relevante em direção ao homicídio, p.ex. No entanto, dispositivo legal, sancionando severamente o porte não autorizado de arma facilitaria a tarefa judicial de subsunção.

Neste sentido de incriminar atos antes tidos como preparatórios, impunes, através de nova figura delituosa especial, o legislador alemão, recentemente, aprovou dispositivo legal punindo a formação de grupos que planejam delitos sangrentos, atos terroristas e seqüestros.

D) A consideração da periculosidade do agente encontra, também, guarida no nosso Código Penal de 1940 o qual, embora deixando impune o crime impossível (art. 14), permite, nestes casos, a aplicação de medidas de segurança, em caso de agente perigoso (art. 76, § único). O Código de 1969, infelizmente a meu ver, não repete este dispositivo.

E) Ao terminar as resumidas considerações sobre o delito tentado e sua problemática, deixo a seu esclarecido critério julgar o que, no início, perguntamos, i.e., se a ciência de direito, neste problema específico, conseguiu responder a pergunta do *QUID IURIS*. Deixo igualmente a sua judiciosa avaliação opinar referente a afirmação pessimista de Salm<sup>80</sup> pela qual os pressupostos para a incriminação da tentativa não avançaram,

<sup>77</sup>Op. cit. p. 238.

<sup>78</sup>Op. cit. p. 166.

<sup>79</sup>Op. cit. p. 7

<sup>80</sup>Op. cit. p. 104.

basicamente, sobre a formulação encontrada, 400 anos atrás, pelo genial criador da *Constitutio Criminalis Carolina*, Hans Von Schwarzenberg.

Quem compartilhar com esta afirmação de Salm, certamente está lembrando da palavra de Goethe: “Toda idéia inteligente já foi uma vez pensada; deve-se tentar tão-somente pensá-la de novo.” Pois tão importante como o esforço para obtenção de melhores fórmulas delimitativas é o senso de responsabilidade social com o qual o jurista deve procurar a solução destes problemas, com sabedoria e equidistância, neste mundo de céleres modificações e transformações.

#### BIBLIOGRAFIA

- ARAÚJO, Orestes. *La tentativa*. Montevideo, 1958.
- BACIGALUPO, Enrique. *Delitos impróprios de omision*, Buenos Aires, 1970.
- BETTIOL, Guisepp. *Direito penal*, trad. Paulo J. Costa Junior e Alberto Silva Franco.
- BOCKELMANN, Paul. *Strafrecht: Allgem. Teil*, 2. Aufl., Beck, Muenchen, 1975.
- BRUNO, Anibal. *Direito penal*, T. 2, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 3a. ed., 1967.
- CAMACHO, Gustavo Malo. *Tentativa del delito*, México, 1971.
- CREUS, Carlos. *Sinopsis de derecho penal: parte general*, Rosario, 1974.
- CURZON, L.B. *Cases in criminal law*, London, 1974.
- DREHER, Eduard. *Strafgesetzbuch (Kurzkomentar)*, 35. Aufl., Muenchen, 1975.
- FIEDLER, Herbert. *Vorhaben und Versuch im Strafrecht*, Baden Baden, 1967.
- FIERRO, Guillermo. *Temas de derecho penal*, Rosario, 1973.
- GONZAGA, João Berbardino. *O direito penal indígena*, Ed. Max Limonad, São Paulo.
- JESUS, Damásio de. *Direito penal: parte geral I*, Ed. Bushatsky, São Paulo, 1973, 1a. ed., 2a. tiragem.
- LEHMANN, Barbara. *Die Bestrafung des Versuchs nach deutschem und amerikanischem Recht*, Roehrscheid, Bonn, 1962.
- LEIRIA, Antonio José Fabrício: *Autoria e participação criminal*, São Paulo, 1974.
- MAURACH, Reinhart. *Deutsches Strafrecht: Allgem. Teil*, Mueller Karlsruhe, 1954.
- MUNHOZ NETTO, Alcides. *Da tentativa no Código Penal Brasileiro*, Curitiba, 1958.
- SALM, Karl. *Das versuchte Verbrechen*, Mueller, Karlsruhe, 1957.
- SARDINHA, Alvaro. *A tentativa impossível*, Rio de Janeiro, 1941.
- SCARANO, Luigi. *La tentativa*, Ed. Temas, Bogotá, 1960.
- SAUER, Wilhelm. *Derecho penal: parte general*, trad. Rosal e Cerezo, Barcelona, 1956.
- SCHOETENSACK, August. *Verbrechensversuch: Festgabe fuer Reinhard Frank*, 1955.
- RITTLER, Theodor. *Lehrbuch des oesterreichischen Strafrechts: Allgem. Teil*, 2. Aufl., Wien, 1954.
- WESSELS, Johannes. *Direito penal: parte geral*, trad. Juarez Tavares, P. Alegre, 1976.