

DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA. Não ocorre no crime falho ou quando o agente julga estar a vítima ferida de morte. Lições de MAURACH, DE MARCO, VANNINI e de FREDERICO MARQUES.

MARCO AURÉLIO MOREIRA DE OLIVEIRA
Promotor Público designado

Provido deve ser o recurso intentado pelo agente do Ministério Público, pois apresenta-se configurada a tentativa de homicídio praticada por Adyles Pereira Dias contra sua mulher Eloy dos Santos Dias.

Todo o problema trazido à segunda instância diz respeito à presença ou não da desistência voluntária. Existindo esta, responderia o acusado apenas pelo resultado efetivamente atingido: lesões corporais. Tal hipótese, porém, não decorre do exame da prova existente nos autos.

Segundo se percebe, o acusado, portando um revólver, espreitava sua mulher que havia entrado em um atelier fotográfico em atitude suspeita, pois já era noite. Ao sair, a vítima foi beijada pelo proprietário do atelier, tendo Adyles investido contra ela e o suposto amante de revólver em punho, desferindo um tiro que a atingiu na região mastóidea, seccionando a jugular. A seguir a vítima caminhou cinco metros e caiu (interrogatório de fls. conjugado com declarações de fls., confirmados em juízo). — Clineo Martins de Ávila (fls.) afirma ter sido atacado por Adyles que narrou o incidente com a mulher, solicitando que a testemunha trouxesse o delegado de polícia, ocasião em que Clineo viu uma pessoa caída junto ao meio-fio da calçada.

Do exame dos fatos nota-se que o acusado não chegou a demonstrar desistência de sua ação delituosa. MAURACH, ao conceituar desistência voluntária acentua que “El desistimiento es posible *EN TANTO NOS HALLEMOS DENTRO DE LA PROGRESIÓN AL HECHO*, dependiente aún del delincuente, *EN TANTO ÉSTE NO HAYA COMETIDO AÚN TODAS LAS ACCIONES REQUERIDAS PARA EL DESENCADENAMIENTO* — a partir de entonces automático — de la cadena causal; existe pues desistimiento cuando el autor *SE ABSTIENE DE REALIZAR EL ACTO ÚLTIMO* de la acción”. (Tratado de Derecho Penal — Ariel — Barcelona — pag. 201).

Ora, no caso em tela o agente praticou todos os atos necessários a obter o resultado morte. Só ocorreria a desistência, se o agente, após ferir a esposa, tivesse sustado a repetição de tiros, vendo-a ferida, mas com vida. Vamos mais além. Estando a pessoa viva, deveria o agente promover atos que demonstrassem seu arrependimento, providenciando recursos para seu salvamento. O agente que desiste poderá demonstrar seu arrependimento, pois este nada mais é que uma segunda fase (após esgotados os atos executórios) em que o agente manifesta sua intenção de eliminar o mal maior. — Nos autos não há menor prova de que o réu tenha desistido de seu intento ou procurado remediar o mal causado. Ao contrário, pediu a Clineo que providenciasse a presença de agente policial, pois, vendo a pessoa desmaiada, considerava-a morta. Daí a desnecessidade

de produzir novos disparos contra sua mulher para obter o resultado morte. Para o réu, portanto, havia ele esgotado os atos executórios suficientes para alcançar o resultado.

Se assim ocorreu, laborou em erro o agente, pois julgava morta sua vítima, não podendo beneficiar-se de desistência voluntária, eis que já entendia haver obtido o resultado anti-jurídico. No caso em foco, está claro que o agente não pretendia salvar a vítima, pois, em vez de buscar um médico procurou chamar o delegado. Se não promoveu meios para demonstrar seu arrependimento, é lógico que não pretendeu desistir da inicial "meta optata".

Aliás, o caso em tela guarda sensível diferença do clássico exemplo de MÁRSICO impugnado por VANNINI. No caso clássico o agente suspende a execução, cessando de apertar o gatilho; no caso dos autos o agente deixou de produzir novos disparos ante a queda da vítima, desnecessários ante a quase certeza da morte da vítima já tomada.

Cabe ponderar, ainda, que a questão da desistência, por dizer respeito a elemento subjetivo do agente, deve ser examinada com maior cuidado no julgamento do processo e não na pronúncia. Quando Frederico Marques salienta que — "a prova do crime que se exige para pronúncia, não é diversa da prova que se exige para a condenação" está se referindo à prova do elemento objetivo, portanto no que se refere à tipicidade. — Todavia, quanto ao exame do elemento subjetivo (e a desistência repousa evidentemente no subjetivismo do agente) só o juízo competente, no caso o tribunal popular, poderá decidir de sua ocorrência ou não.

Ante o exposto, opinamos no sentido de ser pronunciado o réu pela prática de tentativa de homicídio, com a agravante de haver praticado o crime contra cônjuge.

Porto Alegre, 18 de outubro de 1972.