

Phases do crime. A tentativa

(Segunda lição)

I O *iter criminis* da resolução á consummação—II Resolução — III Preparação — IV Consummação — V Tentativa; theoria de Carrara—VI Distincção entre preparação e começo de execução — VII Theoria positiva — VIII Tentativa de delicto culposo—IX Tentativa no dolo indeterminado — X Tentativa no dolo d'impeto — XI Tentativa de crime por omissão—XII Tentativa de contravenção—XIII Tentativa inidonea—XIV Desistencia — XV Grãos na tentativa; o crime falho—XVI Como deve ser punida a tentativa—XVII Conceituação legal da tentativa.

I— Na these anterior averiguamos o elemento moral do delicto, isto é, a intervenção da vontade no acto qualificado criminoso. Temos de estudar agora o elemento material da infracção, o facto, indagando das regras da responsabilidade pelo resultado.

Acompanhando o crime desde a sua elaboração mental até sua ultimate pela realização do evento querido, vemos que o ITER CRIMINIS tem normalmente estas etapas: — surge primeiro o pensamento criminoso, a idéa de violar um direito subjectivo, e, pesadas as conveniências e inconveniências, o pensamento torna-se *resolução*; para passar da idéa ao facto, faz-se geralmente preciso obter os meios para conseguir o evento criminoso, adquirir o punhal para o homicidio, encontrar o «pé de cabra» para o roubo, comprar a tinta, o papel, a pedra lithographica para o fabrico da moeda falsa, e é esta a phase dos chamados *actos preparatorios*; apparelhado dos meios necessarios, o criminoso mette mãos á obra, vibra a punhalada homicida, arromba o cofre em que está o dinheiro, grava a cedula fraudulenta, emfim emprehende a effectivação do crime, que nesse momento está na phase dos *actos executivos*; pôde acontecer que, nesse momento, o esforço do delinquente seja frustrado por intervenção alheia e contraria á sua vontade, — um terceiro detem o braço que arremessou o golpe mortal, o proprietario sorprehende o ladrão, a policia interrompe o fabrico da moeda falsa — e então caracteriza-se o que na technica juridico-criminal se chama o *conatus* ou a *tentativa*; finalmente, si não se opera intervenção alheia e si o delicto se perfaz com a violação do direito visado, termina o processo criminoso pela *consummação*.

Alberto Gandino, jurista italiano medievo, cognominado no seu tempo o *Magnus Praticus*, assim caracterizava as diversas phases ou momentos do crime: *qui cogitat sed non agit nec perficit* (comprehendendo a phase da resolução e da preparação); *qui cogitat et agit sed non perficit* (a tentativa); *qui cogitat et agit et perficit* (consummação).

Diremos sobre as phases inicial e final, para depois estudar a tentativa, materia inçada de difficuldades doutrinarias e praticas.

II—A RESOLUÇÃO de delinquir, não manifestada por palavras ou actos, a vontade criminosa ainda não projectada no mundo externo, escapa absolutamente á punição, e isto por motivos obvios. Não é possível desvendar o pensamento na phase meramente psychica. O mau pensamento, a idéa tenebrosa pôde ser peccado, jamais um delicto, isto é, a lesão ou perichitação de bem juridico, cuja defesa a sociedade exerce com o reforço penal.

Em geral, mesmo depois de manifestada por palavras a resolução criminosa, não é punivel seu auctor emquanto permanece na *nuda cogitatio*. Vae grande distancia entre a palavra e o acto, *tra il dire e il fare c'è di mezzo il mare*; correria grande perigo a liberdade individual si uma palavra em momento de ira, de leviandade, fôsse incriminavel.

Casos, porém, existem em que o legislador, por considerações de utilidade que rompem as malhas da rêde de syllogismos e apriorismos, reage contra a manifestação do pensamento criminoso, mesmo antes de traduzido de qualquer maneira em facto. O art. 125 do Cod. do Proc. Crim. auctoriza a providencia da assignatura do termo de segurança, quando alguma pessoa tenha justa razão de temer que outra tenta um crime contra ella ou seus bens; e o art. 184 do cod. pen. define o crime de ameaça «prometter ou protestar em escripto assignado, ou anony. mo, ou verbalmente, fazer a alguem um mal que constitua um crime, impondo ou não qualquer condição ou ordem».

Alguns codigos incriminam a apologia do regicidio; outros a simples instigação a delinquir; outros as associações para delinquir.

III—Quanto aos ACTOS PREPARATORIOS, a escola classica os declara não puniveis, por causa da sua equivocidade: comprar arma de fogo tanto pode ser para a pratica de um homicidio como para a caça ou para a defesa contra ladrões; obter o arsenico tanto pode revelar a intenção do venificio como o projecto de extinguir animal damninho. Além d'isso, continuam esses criminalistas, punir o acto preparatorio é punir a pura intenção ainda não effectivada, o que é romper com principio fundamental da criminalistica. A differença entre nós e os nossos adversarios, diz Carrara, está em que elles punem o dolo manifestado pelo facto, ao passo que nós punimos o facto acompanhado do dolo. E, como no acto preparatorio ainda não ha facto, permanece elle impune. — Os

positivistas, pelo organ de Garofalo, defendem a punibilidade dos actos preparatorios, ao menos nos delinquentes habituaes e quanto aos actos que se referem á habitualidade crimino.a.

As legislações, excluindo na parte geral dos codigos a punibilidade dos actos preparatorios como taes, conceituam na parte especial como delictos *per se stante* méras preparações para a pratica de crimes. E' assim que no art. 10 prescreve o nosso: «A resolução de commetter crime, manifestada por actos exteriores que não constituirem começo de execução, não é sujeita á acção penal, salvo si constituir crime especificado na lei».

E, na parte especial, commina penas para o fabrico de gazúas ou chaves falsas, de armas offensivas, etc.

Da definição legal se colhe que o traço differencial entre o acto preparatorio e a tentativa está em ser esta um começo de execução, mantendo o character de méra preparação o acto que não significar inicio de execução. Verificaremos, ao estudar a tentativa, si é vespadeiro e geralmente acceto este indice discriminador.

IV—O CRIME CONSUMMADO é o delicto perfeito, como o denomina Carrara; é aquelle em que intervêm as quatro forças que constituem a mechanica juridico-criminal. E' preciso, porém, ter bem presente que o conceito juridico da consummação não coincide exactamente com a accepção vulgar do termo: em linguagem usual entende-se por crime consummado aquelle em que o delinquente obteve o resultado a que se propuzera; na technica juridica se diz tal a acção que reúne todos os elementos intrinsecos e extrinsecos de uma figura de delinquencia definida em lei. E' o direito positivo que crêa as incriminações, *nullum crimen sine lege*; a noção de consummação é, pois, relativa, e varia conforme a conceituação legal; caso por caso, delicto por delicto, se verificará si a acção contém todas as condições legais de existencia do delicto,—o que os allemães chamam o *gesetzlich Thatbestand des Verbrechens*.

Isso mesmo diz o nosso cod., que aliás, é um dos raros que definem a consummação: art. 12 «reputar-se-á consummado o crime quando reunir em si todos os elementos especificados na lei»; art. 11 «quando depender a consummação do crime da realização de determinado resultado, considerado pela lei elemento constitutivo do crime, este não será consummado sem a verificação daquelle resultado». São dois dispositivos ociosos, cuja suppressão é desejavel na futura reforma do nosso dir. penal.

Exemplificando. A's vezes a consummação juridica e objectiva deve coincidir com a consummação ideologica do auctor do crime,—não ha homicidio sem morte humana, abôrto sem expulsão do fêto.

Outras vezes é necessario que o damno se effective, mas não é essencial que tenha attingido o intuito do delinquente,—não é imprescindivel que o fogo tenha devorado todo o edificio para que se caracterize a consummação do incendio.

Outras ainda, nos chamados delictos formaes, a consummação se realiza independentemente da indagação do resultado,—a injúria verbal se perfaz desde que proferida a palavra contumeliosa e ainda que o injuriado não seja de facto diminuído em sua reputação ou na sua bôafama, a ameaça, mesmo que o ameaçado não tenha experimentado sentimento de insegurança ou de temor.

Póde se fazer a distincção entre o crime consummado e o crime *ex-haurido*. Exemplificando: constitue traição contra a patria, art. 88, «provocar directamente e por factos, uma nação estrangeira a mover hostilidades ou a declarar guerra á Republica», e a pena é de prisão cellular por 2 a 4 annos; mas, § 1.º, «si seguir-se a declaração da guerra», a pena será de prisão cellular por 5 a 15 annos.

E' o mesmo crime que se consumma com a simples provocação directa e por factos e que se exhaur e com a intervenção do evento desejado.

V—A theoria da TENTATIVA começou a se formar na Edade Média com os estudos dos juristas italianos Odifredo, Gandino e Alciato. No Direito Romano mal se esboçára o instituto.

A tentativa, como já se disse, foi caracterizada como o *cogitare et agere sed non perficere*. E' de Alciato esta formula que ficou classica: *aliud crimen, aliud conatus: hic in itinere, illud in meta est*. Além de puramente descriptiva, esta formula só extrema a tentativa da consummação, mas não limita a tentativa dos actos preparatórios.

Só mais modernamente se tentou integrar o conceito da tentativa, dividindo-se os criminalistas em dois grupos—o dos *objectivistas*, que ligam maior importancia ao facto e que dominam na Italia e na França, e o dos *subjectivistas*, que constituem a intenção exteriorizada em ex-pozente da punibilidade do conato e que têm em von Buri o mais graduado representante na Allemanha. A escola positiva é naturalmente subjectivista.

Como as legislações vigentes, particularmente a nossa, são inspiradas pelo CRITERIO OBJECTIVISTA, vamos expô-lo, resumindo o ensinamento de Carrara.

Depois de ter traçado as linhas fundamentaes da sua construcção da *mechanica juridica*, pela conjugação das forças moral e physica, uma e outra no seu desdobramento subjectivo e objectivo, faz notar o grande professor que, por essa fórma, só se terá noção do crime *in genere*, isto é, como entidade abstracta.

Como, porém, o Direito Criminal tem um fim pratico, o de conhecer e reprimir o delicto *in concreto*, é necessario recorrer ás noções de qualidade, de quantidade e de grau para julgar em especie a infracção.

Pela noção de *qualidade* extremamos os diversos titulos de delicto, e assim diremos que o homicidio é qualitativamente diverso do furto.

Dados dois titulos diversos de delicto, podemos entre elles estabelecer uma relação de *quantidade*, isto é, reconhecer que tendo por preço ou moeda a pena, um vale mais que outro, e então affirmaremos que quantitativamente o homicidio vale mais, é mais grave que o furto.

Mas dois delictos qualitativa e quantitativamente eguaes podem ser concrelamente dissemelhantes : tanto a força moral como a força physica do delicto, consideradas subjectivamente, não actuaem geralmente de um jacto, mas atravessam diversos momentos ou *graus* de manifestação, e o delicto se dirá perfeito si as forças que o constituem tiverem intervindo em todos os seus momentos e imperfeito si a uma ou a outra faltou um desses momentos integrativos da sua efficiencia; em dois casos de homicidio, no primeiro houve *degradação* do delicto porque a força moral subjectiva foi diminuida no seu momento de liberdade de escolha por ter intervindo a coacção, no outro a força physica subjectiva é que foi diminuida por obstaculo externo que a impediu de se effectivar até o fim.

Expondo a theoria da *degradação no delicto*, Carrara menciona as causas degradantes da força moral e as da força physica.

Sendo a força moral subjectiva constituída pelo concurso da intelligencia e da vontade, ha causas que a degradam na intelligencia e outras que a diminuem na vontade.

As degradantes da intelligencia ou são physiologicas (a idade, o sexo, o somnambulismo, o surdo-mutismo e a loucura), ou são idéologicas (o erro e a ignorância); as degradantes da vontade são a coacção, o impeto dos affectos e a embriaguez.

A força physica subjectiva degrada se ou por *im erfeição* ou por *divisão* :—fica imperfeita quando o agente contra a sua vontade não pratica todos os actos necessarios a realizar o fim criminoso, e é o caso do *delictum imperfectum* propriamente dicto, conato ou tentativa; degrada-se por divisão, quando diversas pessoas tomam parte na pratica do crime, mas nem todas executam materialmente o delicto, e dá-se então o *concurso plurium ad idem delictum*, co-delinquencia ou cumplicidade *lato sensu*.

Para o grande criminalista, pois, a tentativa é um delicto imperfeito por degradação da força physica subjectiva.

E' com razão que os criminalistas alludem á difficuldade do thema da tentativa. Carrara foi obrigado a quebrar a harmonia das linhas da sua maravilhosa construcção. Si é elle que ensina que não ha delicto sem força physica objectiva, si esta é para elle a offensa ou o damno do direito atacado, si o que caracteriza a tentativa é precisamente a ausencia da lesão do direito subjectivo alheio, pois que não ha tentativa de homicidio si a vida foi supprimida, não o ha de furto si a cousa foi subtrahida do poder do dono,—como então fundamentar a incriminação da tentativa?

Pela só attitude criminosa do delinquente, pela sua patente temibilidade ?

Mas isto, diz o mestre egregio, importaria em adoptar o criterio subjectivista, punir-se a intenção em vez do acto injuridico, transformar-se, por desbragado utilitarismo, a pena repressiva e retribuitiva em pena preventiva.

Era necessario encontrar a força physica objectiva na tentativa; de outra forma, ou ficariam impunes todos os attentados que não attingissem o alvo, o que a consciencia juridica repelliria, ou se confessaria a bancarrota da theoria ontologica, que na tentativa apresentaria um organismo mutilado.

Recorreu se ao *perigo corrido* para fazer as vezes da lesão do direito, ao damno potencial para substituir o damno effectivo e real.

Na tentativa de homicidio a vida não foi violada mas correu risco de o ser; na de furto a propriedade não foi lesada mas houve *ingens periculum* de o ser.

O *pericolo corso*, diz Carrara, é o fundamento de toda theoria da tentativa.

E' necessario, porém, explica o professor de Pisa, ter sempre em vista—e nisto se extrema o criterio objectivista do subjectivista—que o perigo já deve ter sido corrido e não ser perigo de méra previsão, que a periculosidade deve ser do proprio acto que poz em risco certo determinado direito e não apenas do agente que se manifesta temivel pela sua resolução de delinquir; emfim (para usarmos da technica da Eschola) não basta o *pericolo appresso*, é essencial o *pericolo corso*.

Encontrado, assim, o succedaneo do damno ou lesão no perigo corrido, a tentativa se ajusta á mechanica juridica, compondo-se tambem o delicto imperfeito das duas forças, moral e physica, no seu desdobramento subjectivo e objectivo:—na tentativa de homicidio, a f. m. s. está na resolução de matar, *animus necandi*, a f. ph. s. no movimento corporeo que vibrou o golpe, a f. ph. ob. no risco que correu a vida da victima, a f. m. obj. no alarme e sentimento de insegurança que na sociedade produziu o attentado.

Define Carrara a tentativa: —todo acto externo, univocamente conducente por sua natureza a um evento criminoso, e ao mesmo dirigido pelo agente com explicita vontade, mas não seguido de tal evento, nem da lesão de um direito maior ou equivalente áquelle que se queria violar.

VI—Comecemos por indagar si esta definição obedece á regra logica que impõe a caracterização da differença especifica. isto é, verifiquemos si existe um CRITERIO QUE A PRIORI EXTREME COM SEGURANÇA A PREPARAÇÃO DA TENTATIVA e si esse criterio se encontra na definição de Carrara.

A generalidade das legislações, inclusivè nosso codigo, conceitua a tentativa como “começo de execução”.

O que, porém, se indaga é qual a formula para distinguir o acto preparatorio do acto executivo.

Quando se deverá dizer que o agente estava ainda na phase preparatoria, quando que elle já iniciára a execução do crime?

Tantos são os criterios alvitrados e tão varios são os casos que Mancini, discutindo o projecto que se converteu no actual codigo italiano, dizia que a incerteza reina no assumpto e que, si consultarmos dois criminalistas sobre a significação de um acto determinado, não raro um o qualificará de tentativa e outro de acto preparatorio. Geyer, Berner e Buccelati affirmam ser impossivel encontrar a formula diferenciadora. Houve até quem tentasse fazer o cadastro dos actos preparatorios, como si a variedade infinita das circumstancias de cada crime não excluísse tal pretenção.

Teve muitos seguidores, e é o acceto pelo nosso codigo, o criterio da *univocidade* ou referibilidade, que se encontra na definição de Carrara, “acto externo, *univocamente* conducente, por sua natureza, a um evento criminoso” Emquanto o acto é equivoco, podendo dirigir se a diversos fins criminosos ou mesmo a fim innocente, o acto é preparatorio; desde, porém, que aponte inconfundivelmente determinado evento delictuoso é acto executivo.—Não satisfaz. Si é uma questão de certeza ou de incerteza da intenção do agente, isto é, de prova desse designio, porque restringil-a exclusivamente ao aucto e não admittir prova adminicular para demonstrar a objectividade da intenção? Todo acto preparatorio de um delicto importa em intenção de commettel-a; si por meio extrinsecos (por ex. a confissão do agente) chegamos a conhecer essa intenção. desaparece a incerteza, a equivocidade, mas nem por isso o acto se reveste de feição evecutiva: si eu confesso e proclamo, ao comprar a arma, que é meu intento servir-me della para matar um inimigo, esse meu acto não é duvidoso ou equivoco, mas tambem não é executivo.

Por outro lado a falta de univocidade não impede, ás vezes, que o acto seja executivo: o abrir porta alheia com chave falsa póde significar a intenção de roubar ou de raptar, ou de simplesmente violar o domicilio; mas si uma circumstancia extrinseca ao acto (por ex. o facto de se tratar de ladrão profissional) me esclarece sobre a intenção de agente, eu não terei duvida de affirmar que ha tentativa de roubo.—Tanto são procedentes estas objecções, que Carrara, depois de procurar evital as com a substituição subtil de actos absolutamente preparatorios e relativa ou contingentemente preparatorios, repudiou o criterio da univocidade e substituiu-o por outro que passo a expôr.

Fixemos primeiro a technica de Carrara para que possamos apprehender o seu segundo modo de distinguir a *preparatio mediorum* da *aggressio operis*. Chama se *sujeito activo primario* do delicto o homem que delinque; *sujeito activo secundario* o instrumento de que se serve para delinquente; *sujeito passivo da consummação* a pessoa ou cousa sobre a qual se deve exercitar o acto consummativo; *sujeito passivo da tentativa* todas as outras pessoas ou cousas sobre as quaes, conforme a natureza do

facto, tem o delinquente de praticar certos actos para chegar depois aos actos consummativos; *objecto do delicto* é o direito protegido pela lei e violado pelo delinquente.

Exemplificando: no crime de roubo, o ladrão é o sujeito activo primario; a chave falsa ou a alavanca é o sujeito activo secundario; o cofre ou burra é o sujeito passivo da tentativa; o dinheiro ou joias nelle encerrados—sujeito passivo da consummação; o direito de propriedade é o objecto do delicto. Agora a formula de Carrara: actos preparatorios são os que se exaurem do sujeito activo primario o secundario do delicto; actos executivos os que se exaurem no sujeito passivo da tentativa; acto consummativo os que se verificam no sujeito passivo da consummação.—Applicando esta formula ás hypotheses que constam de annaes judicia-rios colhemos resultados extravagantes que patenteiam a imprestabilidade de tal criterio: um individuo, no intuito de veneficio, expede pelo correio uma caixinha de confeitos envenenados ao pae, cuja he ança co-biça; descobre se o attentado, a encommenda postal é relida na estação de expedição ou de destino; o acto do heredipeta não tocou o sujeito pas-sivo da tentativa e menos o da consummação; é, pois, preparatorio e, como tal, impunivel.

Um roubador profissional munido de instrumentos destinados ao cri-me, acerca-se altas horas da noite da porta do edificio em que vae dar o assalto, e, no momento em que faz o gesto para introduzir a gazúa na fechadura, é surprehendido e preso; como seu acto se exauriu no sujeito activo secundario (empunhar a gazúa e dirigil-a para o orificio da fecha-dura), ficou na méra preparação e não pôde ser punido como auctor de tentativa de roubo.

Egualmente falaz é o criterio alvitado por Impallomeni:—ha méra preparação, si a causalidade criminosa ainda está inerte; ha começo de execução, si a causalidade criminosa foi posta em movimento para attingir o fim delictuoso.

Além de ser questionavel si o acto humano pôde ser de per si cau-sativo do evento, continuaria a difficuldade em determinar antecipada-mente quando a causalidade criminosa passa da inercia ao movimento.

Imprestaveis todas essas formulas aprioristicas (o que aliás é reco-nhecido por diversos criminalistas), devemos concluir com von Bar que tudo se reduz á impressão causada pelo acto que se quer julgar.

A differenciação entre acto preparatorio e acto executivo, diz o profes-sor de Göttingen, só é possivel por meio da psychologia experimental:—o acto assume character de tentativa quando revela, ou faz immediatamen-te perceber, facto punivel planejado e quando ao mesmo tempo se deve concluir (segundo a experiencia psychologica não contrariada por circum-stancias especiaes) que o agente—a não serem impecilhos inesperados — continuaria até a ultimação do facto.

VII—O CRITERIO POSITIVO é subjectivista. Pune-se na tentativa pela mesma e identica razão por que se pune no crime consummado,—pela necessidade de defender a sociedade contra actos ante-sociaes.

A justiça penal, quer se trate de consummação, quer de tentativa, jámais é retributiva, mas essencialmente preventiva; *punitur ne peccetur*, quer o criminoso tenha conseguido violar o direito protegido por comminação penal, quer o não tenha conseguido por circumstancias independentes de sua vontade e do seu esforço.

Assim como no crime consummado é impossivel fazer de apparecer, pela inflicção penal, o facto que já se realizou, e o fim da pena é evitar que novos crimes se perpetrem; já por parte do criminoso, já por parte dos outros homens, em cujo animo a ameaça penal visa operar como contra-spinta á spinta criminosa, assim tambem na tentativa a pena tem por fim, não supprimir ou annullar um perigo que já passou, mas preservar a sociedade de novos perigos por parte do attentador, o qual de futuro talvez consiga o exito que agora falhou.

Ao inverso do que ensina Carrara,—o fundamento da punição na tentativa não é o perigo corrido, é o perigo a correr, o perigo futuro; não é a periculosidade objectiva do acto, é a temibilidade do seu auctor, revelada nesse acto e na sua attitude anterior.

Na tentativa, como no crime perfeito, prepondera o elemento psychico, o character do delinquente; o acto material (de lesão real ou potencial de direito) serve para revelar o animo perigoso do seu auctor, mas não para auctorizar ou medir a pena.

A reacção penal proporciona-se, não á quantidade objectiva do damno, mas a individualidade do criminoso e esta se avalia não só pela attitude do momento, como pelos precedentes do delinquente.

A individualização da pena quer dizer que ella tem um character finalistico, preservativo, preventivo:—si se trata de criminoso momentaneo ou episodico, seu fim é principalmente admoestativo, premunitorio, de reavivar representações enfraquecidas; si se trata de delinquente inviscerado mas corrigível, seu intuito é de correcção, de educação, de adaptação ao meio social; si se trata de criminoso por indole e incorrigível, seu escopo é eliminativo, é de segregação, é de selecção, é de permanente redução á innocuidade do elemento inadaptavel ao meio social.

Além destes fins variaveis da pena, conforme a especie do delinquente, ella tem um fim geral — operando como uma advertencia geral, como um motivo permanente em contraposição ao determinismo do crime, e ao mesmo tempo dando á communhão social a segurança de que o poder publico zela e véla pela incolumidade dos direitos.

E' imposivel estabelecer préviamente um padrão pelo qual se afirmam todos os casos para se conhecer si se trata de individuo temivel e por isso punivel; é uma questão de facto que se apura hypothese por hypothese.

Cabe à sciencia enunciar o principio fundamental da pena ; cabe ao legislador definir os presuppósitos de responsabilidade criminal e definir os delictos ; cabe ao juiz verificar em cada caso concreto, si o indiciado teve o intuito de violar um direito garantido por sancção penal e si manifestou clara e inconfundivelmente capacidade para levar a termo o attentado, emfim si não ha duvida sobre sua temibilidade.

A's vezes, o acto, só por si, revela a ante-socialidade do auctor, é como que um clarão rubro que permite sondar-lhe até o fundo a alma tenebrosa ; outras vezes, o acto é, como diria Carrara, equivoco, mas os precedentes do auctor, os motivos reprovados da acção, tornam indubitavel sua attitude ante-social, e por isso perigosa, e portanto reprimivel em defesa social.

Trata-se, por exemplo, de salteador profissional evadido do carcere onde cumpria os ultimos dias de pena de prisão ; munido de arma de fogo vae se emboscar num angulo da estrada pela qual soube que passa o correio conduzindo valores : quando o estafeta chega ao alcance do tiro o bandido leva a arma á cara, visa a victima e alça o gatilho, sendo neste momento surprehendido por terceiro que o impede de atirar.

Haverá alguém que se satisfaça com a impunidade desse fascinora, porque seu acto ainda era equivoco, ou porque se exauriu no sujeito activo secundario do delicto, ou porque, a causalidade criminosa ainda não fóra posta em movimento ? Mal da defesa social si individuos desta temibilidade pudessem escapar á pena protegidos por formulas e apriorismas, que só satisfazem a abstracção doutrinaria.

VIII — Para que haja tentativa, dil-o a definição de Carrara, é necessaria da parte do agente vontade explicita dirigida para o evento criminoso.

A primeira e immediata consequencia a tirar é que não póde haver TENTATIVA DE DELICTO CULPOSO. Na verdade, culpa e tentativa são duas idéas antitheticas.

No crime culposo tem-se em conta o resultado, que o delinquente não quiz, mas que, por previsivel, devera evitar ; na tentativa pune-se a vontade criminosa que, a despeito do seu esforço, não conseguiu o evento danoso.

Na culpa ha resultado sem intenção ; na tentativa intenção sem resultado. Tentativa culposa é, pois, *contradictio in adjecto*, incongüencia nos proprios termos.

Apezar de ser intuitiva esta impossibilidade, houve quem engendrasses este grosseiro sophisma: toda acção humana não se consumma sem que tenha sido começada ; mas a tentativa é justamente o começo que não vae á ultimação ; e, sendo incontestavel que o delicto culposo é consummado, é tambem evidente que elle é começado e póde ficar inacabado, havendo nesta hypothese tentativa de delicto culposo. O arдил está em affirmar que todo o começo de execução é tentativa, quando na

verdade para esta é essencial o dolo, sem o qual não existe o *conatus*.

Carrara, rebate por estes outros termos o sophisma: na pretensa tentativa culposa, a intenção é negativa, porque é a falta de intenção que caracteriza a culpa: também negativo é o evento, porque é a falta de resultado que caracteriza a tentativa; e, como de duas quantidades negativas não pôde resultar uma positiva, segue-se que tentativa culposa é um contrasenso ontológico, um delicto monstruoso sem elemento moral e sem elemento material.

Tão pouco procede a objecção de que ha certos actos que, praticados sem intenção criminosa, põem em perigo a incolumidade individual e que não devem ficar impunes: por exemplo o do cocheiro que atira o carro a disparada em rua transitada.

Nessa hypothese não ha tentativa culposa, ha contravenção, na qual o elemento moral está na voluntariedade do acto e o elemento material na violação ou falta de observancia das disposições preventivas das leis ou regulamentos (Cod. Penal, art. 8.º).

IX — Outra questão debatida a proposito do elemento moral da tentativa é a de ser ou não configuravel a TENTATIVA COM DOLO INDETERMINADO.

Dividem-se os escriptores e vacila a jurisprudencia, admittindo uns esse caso de *conatus*, que outros dizem irrealizavel.

A' primeira vista parece que a regra *dolus indeterminatus determinatur eventu* exclue por completo a tentativa, pois que esta é a negação do evento e sem este não ha especificação do dolo, condição essencial para a tentativa.

A solução, porém, depende do conceito do dolo.

Para os partidarios da theoria da representação, a resposta não pôde deixar de ser affirmativa: «Como o dolo, diz von Liszt, comprehende cada um dos resultados representados, o mais grave delles, realizado ou não, é o que deve regular para o julgamento criminal do agente. Consequentemente quem prevê como resultado de sua acção o ferimento ou a morte do adversario, é culpado de homicidio tentado, comquanto a acção sómente tenha tido por effeito o ferimento da victima ou não tenha tido resultado algum.»

Para os que seguem a theoria do dolo—intenção, a resposta ha de ser negativa: «Esta vontade explicita, diz Carrara, dirigida firmemente para a consecução de um fim determinado, não pôde ser substituida por uma previsão vaga, por uma incerteza do agente sobre o effeito que produzirá; não basta, em uma palavra, a situação do dolo indeterminado.»

E' mais uma comprovação do merecido repudio á theoria do dolo—intenção, que tivemos occasião de criticar. Ella se revela inepta para a defesa social em casos de bradante temibilidade do delinquente.

Um individuo, após violenta discussão com o adversario, vibra sobre este formidavel cacetada, que só não attinge a victima, porque esta se livra a tempo do golpe; uma amante desprezada atira ao rosto do companheiro infiel uma porção de vitriolo, que não o toca porque se abrigou sob o chapéu de sol; — nestes e em casos semelhantes, não se podendo provar si o aggressor quiz ferir gravemente, ou quiz ferir levemente a victima, não ha dolo determinado e portanto não ha tentativa...

A jurisprudencia actualmente dominante na Camara Criminal da Relação é pela admissibilidade da tentativa no dolo indeterminado (Revista Forense, XXI, pag. 356, 414).

Do ponto de vista doutrinario, parece-nos a preferivel. Entretanto, aberrando do systema legal vigente, calcado no dolo-intenção.

X—Será possível a TENTATIVA NO DOLO D'IMPETO? Scindem-se os classicos: Carmignani, Rossi, Carrara, Canonico não admittem a tentativa nos crimes perpetrados *in calore rixae*; Giachetti, Pessina, Arabia e outros admittem-na.

A argumentação de Carrara não convence nem a elle proprio, pois que, depois de gastar muitos paragraphos do seu opusculo sobre o «Gráo da força physica do delicto» na demonstração da impossibilidade da determinação na resolução tomada sob paixão de momento, reconhece que ha casos em que é possível a tentativa nos crimes praticados no calor da rixa, mas que são tão raros e tão difficeis de ser provados que é preferivel negar absolutamente tal tentativa a correr o risco de responsabilizar injustamente quem não teve intenção directa de praticar o mal que se lhe imputa.—E' o caso de contrapôr a Carrara as palavras d'elle mesmo quando rebate argumento semelhante de um seu contradictor em uma questão de cumplicidade: — o raro não exclue o possível; uma cousa é affirmar que uma dada condição juridica é difficil de provar, outra cousa é dizer que essa condição juridica é repugnante á sciencia.

Carrara pretende que ha impossibilidade *psychologica* de tentativa no 4.º gráo do dolo, na paixão cega, isto é, quando não houve frieza d'animo do agente e nem intervallo sensível entre a resolução e o acto: não se concebe, diz elle, que um homem que age instantaneamente com o espirito conturbado pela paixão possa raciocinar e calcular o effeito do seu acto; a paixão tolhe a lucidez da intelligencia, a subitaneidade impede o calculo.

Para ser coherente, Carrara deveria considerar sempre a paixão (moral ou immoral, justa ou injusta) como minorante ou degradante da responsabilidade, e tanto mais attenuante essa responsabilidade quanto mais intensa fôsse a paixão.

Si o livre arbitrio é o fundamento da imputabilidade, si a paixão oblitera a intelligencia, diminuindo e ás vezes tolhendo a faculdade de escolher arbitrariamente, — teriamos que, do ponto de vista psychologico (em que Carrara circumscreve o debate), a paixão seria incondicionalmente minorante.

Um ex. : um pae desnaturado se apaixona subitamente pela filha menor e pratica o incesto ; a mulher do monstro, terida duplamente no coração de mãe e de esposa, offende physicamente o adultero e incestuoso.

Por isso que só deve valer o criterio psychologico, o satyro deverá ser punido mais brandamente que a esposa ultrajada, si a paixão daquelle tiver sido mais intensa do que a desta.

Para evitar este absurdo, faz Carrara a distincção inaceitavel entre paixão raciocinante e paixão cega : — *raciocinante* a que nasce da representação ou idéa de um bem, *cega* a que se origina da representação de um mal, e só se encontra na ira que é a representação de um mal soffrido, ou no medo que é a representação de um mal imminente.—Sem entrar no exame do merito da distincção (que não é psychologica), temos o seguinte dilemma : ou se admite que a paixão cega é sempre justa, o que é manifesto absurdo, ou se convém em que a paixão cega só degradará a imputabilidade quando fôr justa, o que é a negação da theoria de Carrara, segundo a qual não se póde apreciar a paixão do ponto de vista moral ou politico, mas unicamente pelo seu prisma psychologico.

Ainda aqui é de rigorosa applicação a theoria do dolo— representação : si o criminoso instantaneo teve a representação do resultado do seu acto (o que é questão de prova a apurar conforme as circumstancias do occorrido), praticou acção dolosa, e incorreu em tentativa si o evento não se verificou.

Ainda aqui é criterio guiador para a repressão o da temibilidade do delinquente, devendo-se ter em conta justamente e que repugna á theoria de Carrara, isto é, a significação moral e politica da paixão.

No exemplo ha pouco lembrado : o impeto de dôr da mãe que vê a filha menor estuprada pelo proprio pae é humano, é social, é justo, e essa mulher não se revela perigosa ; a lascivia do incestuoso é appetite monstruoso, é paixão immoral, ante-social e injusta, e elle é um individuo perigoso para a ordem juridica.

Carrara, como já disse, admite em casos excepcionaes a tentativa no dolo *ex-impetu*.

Realmente seria impossivel negal-o em casos desta evidencia : dois marujos, em alto mar, travam rixa, e um atira ao mar o outro, que entretanto é salvo pela tripulação. Quem duvidaria da tentativa de homicidio ?

XI — E' possivel a TENTATIVA DE CRIME POR OMISSÃO ? — A lei penal ou é prohibitiva ou é imperativa. A infracção do preceito prohibitivo é delicto de commissão ; a infracção do preceito imperativo é delicto de omissão.

A lei imperativa estabelece as condições em que o acto deve ser practicado, e uma dessas condições é o tempo dentro do qual esse acto deve ser executado.

Assim, o código penal, art. 378, impõe ao medico clinico denunciar á auctoridade a existencia de doentes de molestia infecciosa, na conformidade do regulamento sanitario que deve marcar o prazo para o cumprimento dessa obrigação.

Não ha possibilidade de tentativa no crime omissivo, porque nelle não pôde haver começo de execução, visto como só se dá no momento em que se exgotta o tempo para a pratica do acto. Enquanto estiver correndo o prazo para essa obrigação imposta por lei, não se pôde dizer que esteja vencida, e que proceda injuridicamente quem ainda a não cumpriu; extinto o prazo, venceu-se a obrigação, consummou-se o delicto pelo só facto de ter transcorrido o tempo.

Por sua natureza, os crimes omissivos *perficiuntur unico eventu*, e este é o da inacção no ultimo momento do prazo legal para a pratica do acto.

Os criminalistas que, como Carrara, admittem a tentativa de crime omissivo, exemplificam com o crime de infanticidio perpetrado pela mãe que propositalmente não amamenta a criança, ou praticado pela parteira que intencionalmente não liga o cordão umbilical, deixando o recém-nascido esvaír-se em sangue; si um terceiro alimentar a creança ou ligar o cordão umbilical do recém-nascido frustrará a tentativa que uma e outra commettam por omissão. — O engano desses criminalistas está em que, no exemplo dado, não ha crime omissivo, mas commissivo, porque o preceito legal violado é o prohibitivo, o de não matar; é delicto omissivo improprio, *delictum per omissionem commissum*.

XII — Aceitos os conceitos dominantes da contravenção e da tentativa, não pôde haver TENTATIVA DE CONTRAVENÇÃO. Na verdade: a contravenção é a acção ou omissão voluntaria contraria á lei penal, e que, mesmo desacompanhada de intenção perversa, constitue perigo *eventual* para interesses juridicos, sem comtudo lesal-os ou ameaçal-os actualmente; ora, é da essencia da tentativa a periclitação real do direito alheio, o perigo corrido por esse bem juridico; portanto a contravenção que, consummada, só traduz perigo eventual — não pôde existir na phase de tentativa.

Nosso cod., art. 16, diz que não é punivel a tentativa de contravenção, — o que importa em reconhecer, a par de sua existencia, a desnecessidade de reprimil-a penalmente.

XIII — A mais attribulada das questões que se agitam em materia de tentativa e que ainda se pôde considerar no dominio do *jus controversum* é a da INIDONEIDADE, ou da tentativa impossivel, como denominam alguns criminalistas os casos de que nos vamos occupar.

Até aqui temos exemplificado situações em que, si não fôsse o obstaculo que interveiu contra a vontade do agente, o crime se consummariã.

Podemos, porém, figurar situações deste jaez : - um indivíduo penetra no quarto do inimigo e apunhala o no coração ; a autopsia, porém, verifica que a victimà succumbira, não em virtude desse golpe, mas meia hora antes e em consequencia da ruptura de um aneurisma ; um envenenador vae á pharmacia adquirir arsenico para matar um homem, mas o pharmaceutico, querendo lucrar sem risco de infringir o regulamento sanitario, fornece-lhe assucar ou outra substancia innocua, que aquelle propina á victima, acreditando ser veneno. Ha nesses casos tentativa ? Deve ser ella punida ?

Esta questão é o tormento dos classicos, cuja doutrina faz bancarrota fragorosa no resolvel-a. Nem o genio de Carrara é capaz de conciliar o rigor dos principios com as necessidades da defesa social, e, por isso, o vemos recorrer a subtilezas e incorrer em contradições, que quebram o rigor logico da sua poderosa mechanica juridico-criminal.

O problema começou a ser posto em equação por Feuerbach, que accentuou a necessidade da periculosidade objectiva para a configuração da tentativa. Foi, porém, Mittermaier, que completou a doutrina do mestre, fazendo a distincção da inidoneidade da tentativa quanto ao meio e quanto ao objecto e subdistinguindo tanto num como noutro caso a inidoneidade absoluta da inidoneidade relativa, para incriminar a tentativa relativamente inidonea e excriminar a tentativa absolutamente inidonea.

A esta conceituação objectivista se contrapoz a subjectivista, para a qual a inidoneidade de qualquer natureza (do meio ou do objecto, absoluta ou relativa) não excrimina o acto, que se configura como tentativa punivel, desde que se manifeste, pelo comportamento ameaçador do agente, a vontade criminosa.

Doutrinal e praticamente é inaceitavel a theoria objectivista, como passo a demonstrar.

Precisemos, primeiro, o conceito da inidoneidade, absoluta ou relativa, do meio ou do objecto, conforme a theoria dominante e expressamente consagrada no codigo penal brasileiro (art. 14).

Dá-se inidoneidade absoluta do objecto, quando este não existe ou quando não tem a condição essencial para a configuração do delicto. Exs. — o apunhalamento de um cadaver, acreditando o agente ferir o inimigo vivo ; a propinação de drogas abortivas a mulher que não está grávida ; o furto da propria cousa.

Dá-se inidoneidade relativa do objecto, quando, existindo este, não se achava no lugar em que o agente acreditou encontral-o. Exs. — o tiro desfechado contra o leito em que habitualmente dorme a victima, a qual accidentalmente se achava no quarto proximo ; o arrombamento em um cofre, do qual na vespera se tinham retirado os valores.

Dá-se inidoneidade absoluta do meio quando é elle radicalmente imprestavel para produzir o crime que o agente tem em vista. Ex. — a

propinação de substancia anodina para provocar aborto, a propinação de veneno com substancia que o neutraliza, o tiro com arma da qual fôra retirada a bala.

Dá-se inidoneidade relativa do meio quando, sendo de natureza a produzir o evento criminoso, este entretanto se não realiza — ou por uma circumstancia pessoal ao agente (que, por ex., não sabe manejar a arma de fogo), ou por obstaculo levantado pelo sujeito passivo d. attentado (que, por ex., desvia o golpe), ou por impecilho posto pela cousa objecto da tentativa (o cofre-forte não cede, a chave parte-se na fechadura).

Esta distincção entre inidoneidade ou impossibilidade absoluta e relativa não se justifica nem do ponto de vista subjectivo nem do ponto de vista objectivo.

E' inaceitavel do ponto de vista subjectivo, porque a vontade criminosa do agente tanto se revela num caso como noutro: ha tanto *animus necandi* em quem dispara a arma que julgava embalada, quando realmente o não estava, como em quem atira e erra o alvo.

E' objectivamente inaceitavel, porque em todo e qualquer caso de tentativa ha sempre o mesmo erro de que a consummação é possível, e é este erro que leva o agente a pôr por obra sua actividade.

Objectivamente toda a tentativa é impossivel, porque nas circumstancias *in concreto* o resultado jámais se verificará.

Um evento é o effeito de um conjuncto de condições que o produzem, e si por falta de uma dessas condições o effeito se não produz é que é elle impossivel nessas circumstancias.

Como bem diz o celebre aresto de 24 de maio de 1880 da Reichgericht, que na Allemanha deu prestigio ao criterio subjectivista, defendido por von Buri, — não existem actos que em todas as circumstancias sejam improprios para produzir o resultado visado, e, por outro lado, todo acto que *in concreto* não produz o resultado querido manifesta-se por isso mesmo absolutamente imprprio ou inidoneo para realizal-o.

E' certo, exemplifica o professor Geyer, que, emquanto perdurarem as leis naturaes, o sortilegio, a encantação, os gestos e palavras cabalisticas, não são meios proprios para matar; mas si A. sabe que B. é muito supersticioso e ao mesmo tempo de extraordinaria vibratilidade nervosa, e, por conhecer essa particularidade da victima, prepara uma scena mystica em que B. succumba ao ser proferida a oração de morte (Totbeten), o acto de apparente impropriedade absoluta tornou-se idoneo á realização criminosa.—Ex. inverso, bastam alguns centigrammas de arsenico para matar um homem, e A., que disso é sabedor, propina a B. o toxico em quantidade letal; B., porém, é um alpinista e para suas ascenções ás montanhas habituou-se gradativamente a ingerir altas doses de arsenico para supportar grandes altitudes; o acto de A., de apparente idoneidade absoluta, se revela *in concreto* absolutamente inidoneo

Foi, sempre e em todos os casos, porque o criminoso não considerou devidamente todas as circumstancias da realização do seu plano que o acto não se consummou, mas permaneceu em tentativa. E' completamente indifferente, como diz o aresto allemão, sobre que condições de facto necessarias á producção do evento errou o delinquente: si o obstaculo á consummação intercorreu no decurso da acção ou já existia de começo; si os factores de causalidade, com que elle não contou, lhe eram extranhos ou existiam no proprio acto; si foi a especie, o numero, a quantidade ou o modo do emprego do meio que occasionaram o erro, ou si este proveio do objecto do attentado ou da quantidade desse objecto. Em todos os casos o que o agente fez não quiz e o que quiz elle não fez, houve sempre desconformidade entre o intuito e o resultado.

Não têm procedencia os argumentos dos objectivistas. Pretendem que a tentativa impossivel não é tentativa, porque não se póde começar o que é impossivel executar, não se póde praticar parcialmente o acto impossivel. Mas o engano está em que o «começo de execução» de que falam os codigos, não quer dizer realização parcial da intenção, como pretendeu Geyer; tentativa de homicidio, não é a metade, um quarto ou um terço do homicidio: é uma unidade indivisivel como o é a consummação. Com essa locução o legi-lador pretende distinguir o *conatus remotus* (actos preparatorios) do *conatus proximus* (tentativa); não foi, e nem podia ter sido, seu intuito excluir a tentativa inidonea, porque toda tentativa, considerada objectivamente, é sempre (como vimos) inexequivel.

Tão pouco é aceitavel a consideração de que na consummação ha uma causalidade real e na tentativa idonea uma causalidade potencial ou abstracta.

Causa sem effeito é tão inconcebivel como effeito sem causa.

Como se póde chamar causa de um determinado effeito um phenomeno que, como os acontecimentos o mostram, não produz esse effeito?

O desprestigio do objectivismo provém ainda da difficuldade em distinguir entre a tentativa idonea e a tentativa inidonea.

O mesmo facto é para um criminalista tentativa absolutamente impossivel, para outro é relativamente inidonea.

Finalmente, bem mal amparada estaria a incolumidade da ordem juridica si prevalecesse o criterio objectivista em sua applicação pratica.

Isto mesmo reconhecem os partidarios desta theoria quando, com prejuizo da coherencia e da logica, procuram accommodal-a á defesa social.

São obrigados a recorrer, então, a subtilezas para escapar a consequencias que repugnariam ao sentimento juridico geral.

Para só mencionar o maior de todos—Carrara. No seu opusculo sobre o «Gráo na força physica do delicto», elle estabelece que o *pericolo*

corso é o fundamento da imputabilidade da tentativa, devendo entender-se por tal um perigo que em um dado momento existiu verdadeiramente como facto, e não um perigo de méra previsão (§ 8.º). Sem este perigo effectivamente corrido não ha o elemento material do *conatus*, que por essa falta desaparece.

A idoneidade, subjectiva ou objectiva, desveste o acto de sua periculosidade objectiva; por isso a regra de inimputabilidade por inidoneidade é regra *de per se stante*: a inidoneidade opera a cessação do elemento material do *conatus* e, pois, a cessação do *conatus* por falta de perigo (§ 74).

A consequencia desta regra, tão nitidamente posta, deveria ser a inimputabilidade de todo attentado irrealizavel, qualquer que fôsse a causa (subjectiva ou objectiva) da inidoneidade. Assim não acontece. Verifiquemol-o.

Um individuo procura envenenar outro, propinando-lhe um toxico em dose que deveria produzir a morte, mas que era inidonea no caso, em virtude da excepcional resistencia organica ou da idiosyncrasia da victima; — Carrara diz que ha, na hypothese, tentativa porque o meio é *relativamente* inidoneo, concretamente não é causal, mas do ponto de vista geral é idoneo para produzir a morte, é abstractamente causal (§ 70).

Um exemplo tirado dos annaes judiciairos francezes e em que se verifica a inidoneidade *absoluta* do meio: — um pae premedita matar o filho e para esse fim carrega a espingarda; a victima, que desconfiava do intento scelerado do pae, descarrega ás occultas a arma; no momento propicio, o pae toma da espingarda, visa o filho e acciona o gatilho para fazer partir o tiro. Uma espingarda descarregada é meio absolutamente inidoneo para matar alguém a tiro; a inidoneidade é não só concreta como abstracta. Carrara, porém, usa deste circumloquio para evitar a consequencia da impunidade do facinora: neste, como em casos semelhantes, o acto inidoneo posterior imprime univocidade aos actos equivocos anteriores; dá-se tentativa, não por causa do ultimo acto que era inidoneo, e por isso inexistente, mas por causa dos actos precedentes, que eram tidos como preparatorios até que o acto inidoneo mostrou que elles eram executivos (§ 75).

Quanto á inidoneidade do sujeito passivo ou do objecto.

Meu inimigo mortal resolve supprimir-me, penetra á noite no meu quarto e dá um tiro sobre a cama em que acreditava que estivesse eu deitado; não conseguiu o seu intuito, porque eu fizera viagem subita e no momento me achava a centenas de kilometros afastado; — ha tentativa, diz Carrara, porque a ausencia inopinada da victima foi o caso fortuito que impediu que o agente realizasse o crime (paragraphos 83 e 85). Numa casa bancaria ha dois cofres; o ladrão arromba aquelle em que habitualmente não se guardavam valores, deixando intacto o outro em que era costume recolher o dinheiro; — o erro ou engano do bandido

neste caso lhe é proveitoso, porque o sujeito passivo jamais existiu no lugar onde se deu o acto (§ 85).

Ora tudo isto é arbitrario, é especioso e não satisfaz quer do ponto de vista theorico, quer pratico.

O principio guiador só deve ser o subjectivista, pelo criterio positivo da temibilidade do criminoso. Pouco importa que elle se tenha enganado quanto ao meio ou quanto ao objecto, e que a inidoneidade seja, conforme a technica da Escola, absoluta ou relativa: si os actos traduzem a periculosidade do delinquente, intervém o poder penal para prevenir a reproducção de attentados que, talvez, seriam de outra vez mais efficazes.

Não é verdade que, como objectam os classicos, se puna por essa forma a *nuda cogitatio*.

Sem duvida que na tentativa o que se deve ter em vista é o animo de agir e não o resultado, *spectatur voluntas non exitus*.

Mas essa vontade, que aqui se reprime, não é o puro pensamento, não é o desejo vago e incerto, é a attitudo de quem se manifesta capaz de agir ante-socialmente.

O individuo que tenta matar outro dando-lhe a comer uma colher de assucar, na convicção de que o assucar é um toxico, ou fazendo-lhe gestos cabalisticos na persuasão de que estes gestos são homicidas ou fazendo uso de um revolver de alcance de 20 passos para fulminar a victima que está a uma legua de distancia,—esse individuo não é punivel, não porque o meio de que se serviu seja absolutamente inidoneo, mas porque elle é que é inidoneo para o tratamento penal, é um vesanico que necessita de cura psychiatrica.

— Para terminar sobre o assumpto da inidoneidade. Ha criminalistas que pretendem distinguir entre a tentativa absolutamente inidonea, ou impossivel ou vã e o caso de *obstaculo juridico á consummação*, ou, como dizem os allemäss, differençar o *untauglicher Versuch* do *Mangel am Tatbestand*.

Não ha motivo fundamental para a distincção. No caso do individuo que furta a propria cousa, que acredita perpetrar bigamia, julgando viver ainda a primeira mulher, quando o facto é que já morreu, etc., ha tentativa, porque o agente erra sobre a existencia do objecto do delicto,—e tentativa impunivel, pelo criterio objectivista, porque o crime era de realizção absolutamente impossivel.

Distincção existe entre a tentativa e o *delicto putativo*. Neste o erro é de direito, naquelle o erro é de facto. O delicto putativo é a erronea supposição da illegalidade do acto.

Exs: o homem casado pensa praticar crime de adulterio por ter relações sexuaes com mulher solteira que não é sua concubina teúda e manteúda; uma mulher entrega-se com outra a actos contra a natu-

reza, acreditando praticar crime de sodomia; a sentinella faz fogo contra o individuo que pretende sem licença penetrar em praça de guerra, suppondo o soldado erroneamente que não tinha o direito de repeller a bala o intruso, etc. Neste e em casos semelhantes o agente quer lesar uma ordem juridica presumida, irreal; na tentativa, ao contrario, sua vontade e sua acção dirigem-se contra a ordem juridica existente. O delicto putativo pôde ser um acto immoral, mas não é punivel, porque a pena só tem por fim preservar a ordem juridica vigente, real, legal. A tentativa, sim, ainda quando inidonea, é uma ameaça a essa ordem juridica, que a pena tem por missão proteger reforçadamente.

XIV — Conceituando a doutrina e a legislação que a tentativa se constitui pelo começo de execução que se não ultima por circumstancias independentes da vontade do delinquente, não deveria offerecer difficuldades o thema da DESISTENCIA ou do arrependimento do agente. Assim não é. Ha theorias que defendem a punibilidade da tentativa desistida e outras que a impugnam.

Dos partidarios da punição da tentativa cessada por desistencia, uns, como Carmignani, fundam-se em motivo ontologico: — uma vez integrada a tentativa, o facto posterior não pôde fazer com que ella desapareça, porque *factum infectum fieri nequit*; a tentativa é um facto imputavel, e a justiça retributiva exige que seu autor por elle responda. Outros, como Geyer e Borsanti, invocam razão politica ou utilitaria; — a antecipada certeza de exculpação excita ao crime, a cuja pena se furtará o criminoso com apparente desistencia que, na maioria dos casos, não é mais que simples adiamento para occasião mais opportuna.

Tambem os partidarios da exculpação se subdividem em dous grupos: 1.º) os que procuram um fundamento intrinseco ou juridico, como, a) a theoria da annullação (Annullationstheorie), segundo a qual a tentativa desaparece com a desistencia, porque o arrependimento annulla o dolo; b) a da nullidade (Nullitätstheorie), para a qual a vontade criminosa não desaparece ex post, mas jámais existiu, ao menos em sentido juridico; c) a da enfermidade (Infirmitätstheorie) que considera fraca e enferma, inoperativa, a vontade na tentativa desistida; d) a da presumpção (Presumptionstheorie), para a qual a punibilidade da tentativa assenta na presumpção de que o agente, assumindo a attitude vedada pela norma, perdeu o dominio sobre o effeito, ora a desistencia destróe essa presumpção e por isso faz desaparecer a tentativa.—2.º) a theoria de fundamento utilitario tem por base o brocardo *melius est occurrere in tempore quam post exitum vindicare*; a promessa legal de exculpação em caso de desistencia tempestiva previne delictos que provavelmente se consummariam si não fosse a impunidade decorrente do arrependimento; a pena seria, em taes condições, em vez de contra-spinta criminosa, um impulso a ultimar o delicto.

O ponto de vista positivo é intuitivo: si o arrependimento denota, pelas circumstancias do facto e pelos antecedentes do agente, que a tenta-

tiva foi méro episodio na vida sempre honesta do seu auctor e que a desistencia tempestiva não é mais que a reacção da sua indole fundamentalmente bôa contra fugaz impulso ante-social,—não ha motivo para repressão penal, porque elle não é perigoso para a sociedade; si, porém, a desistencia é producto de difficuldade de momento, antes um adiamento que uma renuncia,—então o finalismo penal, o prevencionismo aconselha a punição.

Neste ponto, o ensinamento de Carrara muito mais se approxima do criterio positivo do que o da maioria dos classicos. O criminalista italiano distingue tres causas que tornam o delicto imperfeito: a) causa *voluntaria*, e só se diz tal a que provém de mudança toda espontanea da vontade, da renuncia livre ao fim criminoso, e então o agente *suffragio justae poenitentiae absolvitur*. Um individuo, tendo penetrado no recinto em que se acha o dinheiro, que elle tem ao seu alcance, desiste de levar por deante o crime, pela revolta da propria consciencia ou pelo temor da pena; não incorrerá em tentativa de furto ou roubo, devendo ser apenas punido por violação domiciliar; b) causa *casual*, a que obsta physicamente o agente de consummar o crime, forçando a sua renuncia; não exculpa o delinquente (quebra se a chave falsa na fechadura); c) causa *mixta* a que se origina de accidentalidade ou circumstancia externa ao delinquente que motive a mudança do seu proposito; tambem não aproveita ao desistente (o ladrão ouve passos e foge, a victima grita e o homicida não conclue a acção letal).

XV—Passemos ao exame da questão dos GRAOS NA TENTATIVA. Os velhos criminalistas já distinguiram entre o *conatus remotus*, ou actos preparatorios (*si quis gladium strinxerit*) o *conatus proximus* ou tentativa (*si quis percussit*) o *delictum perfectum*, o que actualmente chamamos crime falho (*quando ex latere hujus enitentis delinquere nihil agendum superest ad criminis perfectionem*).

Modernamente ainda é acceita por alguns auctores e consagrada em poucos codigos a subdistincção da tentativa em tentativa propriamente dita e crime falho, ou delicto frustrado, ou tentativa acabada (*beendeter Versuch*, como a denominam os allemães).

A differenciação está em que, na tentativa, a força physica subjectiva ficou incompleta, ao passo que no crime falho ella se exauriu; na tentativa a execução foi interrompida, no crime falho não foi interrompida mas não produziu resultado; na tentativa o delicto é subjectivamente incompleto, no crime falho é subjectivamente completo.

Definição de Carrara: «crime falho é a execução de todos os actos necessarios á consummação de um delicto, praticada com a explicita intenção de perpetrar tal delicto, mas não seguida do effeito desejado pela intercorrença de circumstancias independentes da vontade e do modo de obrar do agente».

Não se justifica a criação do delicto frustrado como entidade autonoma ou figura diversa da tentativa.

Já não cuidando da impossibilidade de se praticarem *todos os actos necesarios* á consummação e desta não se verificar, salta aos olhos que, nem subjectivamente nem objectivamente, é defensavel o crime falho como conceito á parte.

Que differença substancial ou pratica haverá entre estes dous casos: A., querendo matar B., vibra a punhalada, mas o golpe é detido em caminho por um terceiro;—o *motu corporis* se exhaure, mas o punhal parte-se de encontro á cota de malha ou a uma medalha que a victima trazia comsigo.

Além disso, é o proprio Carrara que confessa que, na pratica, é problema arduo applicar a distincção escolastica entre tentativa e crime falho.

E si os proprios criminalistas se sentem embaraçados na differenciação, o grosso publico é que de todo não comprehende essas especiosidades e subtilezas que, em casos como os do exemplo ha pouco figurado, mandam punir desegualmente individuos que patentearam equal temibilidade.

XVI—Resta indagar COMO DEVE SER PUNIDA A TENTATIVA: No desenvolvimento historico da theoria da tentativa tornam-se evidentes, como diz Ernest Miller, as tres phases evolutivas da sciencia penal:—a primeira se caracteriza pela consideração exclusiva do resultado, e, por isso que a tentativa é o crime sem resultado, ella não é punivel; a segunda se assignala pelo criterio retributivo e pela proporcionalização da pena ao delicto, e, justamente porque a tentativa é um *minus* com relação ao delicto consummado, deve ser punida mais brandamente que o delicto completo; a terceira, que só agora se inicia, é a da individualização da pena na medida da temibilidade do delinquente, e, sendo certo que esta periculosidade tanto se denuncia na tentativa como na consummação, a consequencia é a parificação do tratamento penal nos dois casos.

Hermann Seuffert, outro notavel professor allemão, confessa que, por maior que fôsse sua isenção, não pode deixar de se impressionar com a leitura da quasi unanimidade das publicações scientificas e legislativas em favor do postulado da menor punição da tentativa.

Ou seja resultado da tradição, pois que certas idéas se tornam consuetudinarias e passam em julgado sem que alguém se lembre de apurar-lhes a verdade e a procedencia; ou seja o horror á pena de morte que, em certos paizes, impede a parificação penal; ou seja um caso de reminiscencia do grosseiro talião germanico, que tinha uma tabella de preços para as infracções, conforme a gravidade objectiva de cada uma das tarifas do *Wergeld* ou do *Manngeld*); o facto é que a opinião ainda hoje fortemente dominante, tanto na doutrina como no direito positivo, é pela desigualdade da punição.

Todas essas distincções entre consummação e tentativa, conatus remoto e proximo, tentativa acabada e inacabada, visam uma escola pa-

rallela de penalidades, reprimindo-se mais brandamente o crime falho do que o consummado, a tentativa do que o delicto frustrado, a tentativa remota do que a proxima.

E' bem de ver que o positivismo penal diverge fundamentalmente: elle nega formalmente essa relação proporcional entre a quantidade material do facto e a quantidade correspondente de punição, affirmando, ao revez, a individualização da pena para que a sociedade se defenda na razão da periculosidade do aggressor.

Ora, na tentativa ou no crime falho, o delinquente revela tanta temibilidade como no crime consummado, e a circumstancia fortuita, toda extranha á indole criminosa do agente, não tem a virtude de diminuir a ante-socialidade da sua attitude.

D'aqui a these inversa ao do classismo: a equiparação da pena da tentativa á da consummação.

A União Internacional de Direito Penal, fundada por Liszt, Prins e Hamel, que em seu seio reúne as notabilidades da criminalistica contemporanea, approvou em sessão plenaria as theses perante ella sustentadas por Seuffert, uma das quaes affirma que, em principio, a pena da tentativa é a mesma da consummação, salvo ao juiz a faculdade limitada de minoral-a, conforme a individualidade do criminoso.

XVII — Relativamente á CONCEITUAÇÃO LEGAL DA TENTATIVA, averiguamos que os codigos vigentes e os projectos de reforma fazem a distincção entre ella e a consummação, caracterizando o conatus como começo de execução; o proprio contra-projecto allemão de 1911 mantém a tradicional degradação da pena em caso de delicto tentado; os projectos e os codigos modernos articulam a desistencia espontanea como excriminante e definem a tentativa impossivel para o fim de a declarar impunivel; nenhum distingue entre a tentativa acabada e a inacabada, ou tentativa e crime falho.

A definição legal da tentativa é dada pelo nosso codigo no art. 13.

São elementos da tentativa: a) a intenção do agente de commetter o crime, e é a intenção directa de commetter determinado crime, não bastando o dolo indeterminado; b) o começo de execução, o qual se apura pelo criterio da univocidade ou referibilidade, «actos exteriores que, pela sua relação directa com o facto punivel constituam começo de execução»; c) a não consummação por circumstancias independentes da vontade do criminoso, o que significa que a desistencia espontanea e tempestiva faz desaparecer a tentativa.

O art. 14 adopta a distincção entre inidoneidade absoluta e relativa do meio ou do objecto.

O começo desse artigo está obscuramente redigido, devendo, porém, ser entendido, para evitar absurdo, que a apreciação sobre a aptidão ou efficacia do meio é objectiva, feita pelo juiz, e não subjectiva ou do agente, pois que este sempre julga idoneo o meio de que lança mão para a perpetração do attentado.

A violação do domicílio, o porte de armas prohibidas, o damno, etc. são infracções especialmente definidas.

Si o criminoso não for punivel com pena de tentativa, apesar de já ter praticado algum desses actos para a obtenção de mais grave fim,— ou porque o conatus não chegou a se caracterizar, ou porque d'elle desistiu o criminoso, — incorrerá nas penas prescriptas para taes factos, art. 15.

O cod. brasileiro não faz como o italiano, art. 62, e o portuguez, art. 10, distincção entre tentativa e crime falho ou frustrado; aos casos desta ultima especie se applicam os dispositivos sobre a tentativa.

O art. 16 exclue a punição da tentativa de contravenção e a de crime ao qual não esteja imposta mais grave pena que a de um mez de prisão cellular.

No art. 63 firma a regra de que a pena de tentativa é dois terços da pena comminada contra o crime consummado.

Esta regra tem excepções consignadas na parte especial do codigo. Assim, nos arts. 107 e 108 só é punivel a tentativa; e a razão é obvia, —a consummação é a victoria da revolução, e em materia politica o crime é não vencer... Nos arts. 127, 168 e 360 é parificada á da consummação a pena da tentativa.