

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende analisar a tentativa impossível, seus contornos e sua possível punibilidade nos ordenamentos jurídico brasileiro e no português.

O direito penal é parte da ciência jurídica que trata do aspecto mais revelador da força do estado: a pena. A noção antiga de punição, com aplicação da velha máxima do olho por olho e dente por dente já não é mais adequada e suficiente nos tempos atuais.

A pena e seu caráter socializador e de prevenção geral, como se percebe nas sociedades atuais, não é uma ideia tão antiga e possui grande relação com os modos de produção e a necessidade de manutenção da população da época em que foi inaugurada. Com a maior e crescente necessidade de mão de obra, menos penas de morte e mais criação de instituições prisionais ocorreram. Assim, no aspecto de prevenção de delitos, o povo (qualificado conforme as normas de culpabilidade e capacidade penal) é o primeiro destinatário do direito penal, prevenindo o crime com o conhecimento e possível temor a penas aplicáveis em determinadas situações. Mas, a norma penal também é destinada ao autor do delito, com caráter educativo e ressocializador, a chamada prevenção especial. Com isto, é certo dizer que a pena tem que ser alta o suficiente para prevenir delitos, ter comoção social e ser baixa o bastante para servir de meio de reinserção do autor do delito na sociedade. Além disso, a pena também serve para restringir o poder de punir do Estado, por intermédio do princípio da reserva legal ou legalidade penal, que assevera que só pode ser punido criminalmente aquilo que for previamente definido como crime pela legislação. Arbitrariedades são afastadas e mais segurança é trazida ao ordenamento jurídico com a aplicação do citado princípio que não deixa nas mãos do aplicador da pena a possibilidade de escolha do modo e o objeto de punição.

Uma das funções básicas do Direito Penal moderno é restringir o poder punitivo do Estado, contemplando o modo de atuação do Estado frente às condutas desabonadoras de bens jurídicos dos cidadãos suscetíveis de penas. Assim, a sociedade escolhe, por intermédio de Leis, quais são suas prioridades e valores mais frágeis a serem protegidos pelo direito penal e punem o atentado desses valores com as penas. Como exemplo, percebe-se que os códigos fascistas (Código

de Processo Penal de 1930) protegem com maior vigo o Estado, com a distribuição de penas mais acentuadas aos que maculem o modelo estatal posto na época. Assim sendo, pode-se dizer que a lei penal muda conforme os contornos sociais e estatais da sociedade. Ressalte-se também que tal caráter punitivo, por ser o mais gravoso, deve ser o último recurso do Estado (ou *ultima ratio*), devendo priorizar primeiramente as restrições administrativas e cíveis antes da aplicação da pena restritiva de liberdade.

Os bens jurídicos protegidos são, portanto, valores sociais ou institucionais indispensáveis à sobrevivência, à organização e a prosperidade de uma sociedade em um dado momento histórico. Os bens jurídicos penais são estes valores, no entanto, protegidos pela norma penal.

Em Portugal e no Brasil, em matéria de direito Penal, para além da obrigatoriedade da lei escrita, existem uma série de outros fatores reguladores da aplicação de pena. Entre eles está o Princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, ou seja, princípio de que não há crime nem pena sem lei. Tais assertivas legais são aptas a, por exemplo, estabelecer a irretroatividade da lei penal, determinar o diploma normativo adequado para o sancionamento penal e estabelecer a necessidade de taxatividade e clareza da norma penal, ampliando a atuação do princípio da legalidade.

A pena privativa de liberdade é a mais comum pena do direito penal moderno e seus contornos oscilam de conforme o ordenamento jurídico analisado.

Segundo José de Souza e Brito, da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, ocorre uma subordinação da legislação penal à Constituição da República. Esta subordinação do direito penal à Constituição não se limita apenas aos princípios constitucionais em matéria penal ou princípios da política criminal com valor constitucional. Na medida em que as sanções penais pressupõem a ilicitude, e tanto o juízo de ilicitude como a graduação da ilicitude material se fazem em função da totalidade das normas da ordem jurídica, todas as valorações constitucionais que contribuem para a definição de bens jurídicos, de direitos subjetivos e de regras de comportamento se refletem no direito penal. Assevera ainda que não se trata apenas da compatibilização legislativa, por adaptação e reforma do direito anterior, das definições de bens jurídicos e valores que resultam das normas penais com as que resultam da Constituição. Para ele, ainda há o trabalho de harmonização axiológica da doutrina e da jurisprudência, que se reflete no próprio conteúdo das

normas penais, que não devem ser aplicadas na medida da sua inconstitucionalidade (arts. 280º a 282º), e que no mais se devem interpretar em harmonia com a Constituição. Assevera ainda que há aqui um enorme espaço a percorrer, em particular pelo juiz através da medida judicial da pena, sempre dentro dos limites impostos pelo princípio da legalidade, visto que há grande disparidade entre a visão do mundo do Código de 1852, que no essencial ainda nos rege, e a do legislador constituinte.

Do exposto é perceptível que o direito penal se sujeita à axiologia, ou seja, o conjunto de valores de determinada época. Sendo que para fins deste trabalho, a norma será vista com o sentido de um ato legal que impõe, proíbe ou faculta uma dada conduta humana.

Pretende-se analisar neste artigo a compatibilidade axiológica da punibilidade da tentativa impossível, frente aos princípios e funções do direito penal, em especial, os princípios da legalidade, ofensividade e intervenção mínima, em tempos de crescimento da intervenção penal, bem como fazer um breve levantamento jurisprudencial do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal no âmbito da fundamentação de aplicação das penas à tentativa impossível.

Para ser considerada crime, ressalvada a doutrina divergente e complementar, a conduta (ação ou omissão humana, voluntária e dirigida a um fim), deve ser típica (compatível com a descrição legal de conduta penalmente proibida, conhecida como *aufheben* pelos alemães), ilícita (contrária ao ordenamento jurídico) e culpável (realizada por alguém capaz de ser penalmente punido dadas as circunstâncias). A conduta deve ter nexos causal com o resultado, objetivamente previsível. Ressalte-se que este resultado deve sempre ofender um bem jurídico penalmente protegido a qual se imputa uma pena, com diversos fatores que engrossam a trama e vão tornar mais complexos os conceitos aqui trazidos.

A tentativa pode ser vista como um crime incompleto, tendo em vista que a totalidade dos elementos do crime não restou presentes por vontade alheia a do agente, em especial a execução.

Em Portugal, desde o Código Penal de 1852, a tentativa recebe sistematização legislativa completa, sendo que o regramento da tentativa estava disposto naquele código nos arts. 6.º a 11.º, do Capítulo 1.º (“Crimes”), do Título I (“Dos crimes em geral e dos criminosos”), do Livro Primeiro (“Disposições geraes”); após isto, complementa-se com o art. 89.º, do Capítulo 3.º (“Da aplicação das penas nos casos de reincidência, acumulação de crimes, cumplicidade e tentativa”), do Título III (“Da aplicação e execução das penas em geral”) do Livro I¹.

Já no Brasil, a tentativa aparece sistematizada pela primeira vez a partir de 1830 em um código penal conhecido por sua crueldade, nos art. 2º, § 2º² e na parte de dosimetria da pena. Esta legislação foi alterada em 1890, pelo art. 12, com maior aprofundamento do tema.³

Naturalmente, no decorrer dos anos, em ambos os ordenamentos, a sistemática de punição da tentativa foi aperfeiçoando-se, na medida em que o estudo doutrinário e a análise jurisprudencial foi densificando-se.

¹ Para fins de comparação com a legislação atual, colaciona-se o texto legislativo da época, que possuía o seguinte teor simplista mas ainda essencialmente semelhante aos textos atuais de legislação referente à tentativa: art. 6º, considera-se tentativa do crime qualquer acto exterior e voluntário, que constitua começo de execução do crime. Art. 7º A tentativa do crime é punível quando começada foi suspensa por efeito de circunstancia independente da vontade do criminoso.

² Com o mesmo intuito supra, transcreveu-se o texto da legislação: “a tentativa do crime, quando for manifestada por atos exteriores, e princípio de execução, que não teve efeito por circunstâncias independentes da vontade do delinquente”

³ Constatou o seguinte texto na legislação: Haverá tentativa de crime sempre que, com intenção de cometê-lo, executar alguém atos exteriores que, pela sua relação direta com o fato punível, constituam começo de execução, e esta não tiver lugar por circunstâncias independentes da vontade do criminoso

Alguns tipos penais são incompletos no plano jurídico-fático, um grande exemplo deles é a tentativa. O crime possui um caminho a ser percorrido até a sua perfectibilização, denominado *de Iter Criminis*, que apesar da oscilação doutrinária, pode ser dividido em 03 fases: a subjetiva, a subjetiva e objetiva e a executória.

Na fase subjetiva, que se inicia no plano do intelecto do sujeito, com a denominada cogitação, é feito um traçado mental do crime. Via de regra, a simples cogitação não é punível, haja vista o princípio da *Cogitationen Penun Nemo Patitur*, ou em livre tradução, a cogitação por si só não justifica a imposição de pena.

A segunda fase é composta pelo planejamento e pela preparação, como por exemplo, comprar uma arma. Ressalte-se, no entanto, que a premeditação pode ter um caráter de aumento de pena ou de crime em si e estaria inserida dentro desta fase, pois os atos preparatórios se dão no âmbito objetivo. Com isto, cuidam-se de atos externos, mas que ainda não ingressaram no âmbito da execução em si.

A fase executória, em que há o início do núcleo do tipo penal e o início da realização do ato proibido pela legislação penal é fase em que ocorre de fato a ação ou omissão estabelecida. No momento em que o crime se aperfeiçoa (reúne todos os elementos do tipo), pode-se dizer que o crime foi consumado. Tudo o que ocorre depois da consumação é, em regra, exaurimento.

Em outra perspectiva os doutrinadores portugueses Simas Santos e Leal-Henriques estabelecem uma divisão tripartite diferente da esposada anteriormente. Eles informam que o *Iter Criminis* é dividido em: atos preparatórios, tentativa e crime consumado. Sendo que os atos preparatórios, na visão do Código Português de 1886, consistiriam nos atos conducentes a facilitar ou preparar a execução de crime, não tratando da definição de a definição de atos de execução.⁴

Ressaltam ainda que a cogitação expressa a máxima que o mero pensamento de natureza delituosa por si só não constitui um fator de perturbação social; ainda encontra-se no âmbito interno do sujeito, como tal está protegido de forma absoluta e tem como contrapartida uma obrigação geral de respeito (de conteúdo negativo) – qualquer atividade de sindicância deste âmbito interno é que representa já uma conduta socialmente perturbadora⁵.

⁴ SANTOS. Simas, Henriques-Leal. *Noções de Direito Penal*. 5ª Edição. Lisboa: Rei dos Livros, p. 127-128.

⁵ FIGUEIREDO DIAS, o.c., pág. 7; e Günther JAKOBS, *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, (traducción: Joaquin Cuello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo), 2.ª edição corrigida, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, S.A., 1997, pág. 852-853.

A professora Tereza Pizarro Beleza, em sua obra, bem exemplifica a desistência, tentativa e a execução com o seguinte exemplo:

L descobre que a sua namorada tem um romance com o seu melhor amigo. Resolve, assim, estragar o Ferrari do seu ex-melhor amigo e, desde então, odioso rival, riscando-o todo. Por isso foi a uma loja comprar um estilete, para poder fazer dos seus riscos uma verdadeira obra de arte. Ao passar por uma igreja, pensa nos velhos e bondosos conselhos da sua mãe, e decide fazer do seu maldoso estilete um honroso “abridor de cartas”. Como sabemos, o simples desejo não é punível. Mas L foi um pouco mais além. Não só se satisfaz em ter o desejo, mas concretizou-o quando comprou um estilete. Contudo, a compra do estilete em si não preenche nenhum elemento constitutivo de um crime, nem é capaz de produzir a morte de quem quer que seja e nem mesmo se pode esperar que a simples compra do estilete provocará o dano num automóvel. Sendo assim, L, que seguiu os conselhos da sua mãe, e não utilizou o estilete como pretendia, não poderá ser responsabilizado, de acordo com os arts. 21.º e 22.º CP. Todavia existem casos em que a lei considera actos preparatórios autonomamente como crime. É o caso dos artigos referentes aos atos preparatórios: 271.º (de contrafação de moedas, de valores selados, de selos...) ⁶

O código de Portugal atual já definiu o que seriam os atos de execução, não definido, no entanto, os atos preparatórios. Em suma, tudo o que fica atrás da linha limite da mera resolução ou cogitação será ato preparatório. Na definição dos autores supracitados, Simas Santos e Leal-Henriques, a tentativa de cometimento de um crime já pode ser em princípio punível, e os passos da resolução ou cogitação, atos de execução e não consumação por motivo alheio à vontade do autor precisam ser percorridos. Continua sua explanação ao caracterizar os atos de execução que configuram o início da tentativa, enunciando o pensamento de Figueredo Dias que elucida que há a execução quando certo ato preencha um elemento constitutivo de tipo-de-ílicito – ou apreciado na base de um critério de idoneidade, normalidade ou experiência comum, ou na base do plano concreto de realização – apareça como parte integrante da execução típica.⁷

Com isto, é certo dizer que o início da execução determina, em regra, o início da punibilidade, pois a tentativa só tende a ser relevante para o direito penal se já ocorreu o início da execução.

⁶ BELEZA, Tereza Pizarro. Lições de Direito Penal 2ª volume. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, p. 13.

Para que a ocorrência do crime tentado é necessário o início da execução, a não ocorrência da consumação por fator alheio à vontade do agente e dolo de crime consumado, tendo em vista que só há tentativa no crime doloso. Também não se admite a tentativa em crimes culposos, preterdolosos, unissubsistentes, omissivos próprios, entre outros. Restringindo-se o espectro estatal de punibilidade, ainda que exista a má intenção.

A partir deste ponto, os ordenamentos jurídicos brasileiro e português começam a perceber sensíveis divergências legais.

O artigo 14 do Código Penal Brasileiro informa que salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços. Alguns crimes, no entanto, possuem pena igual para o crime tentado e consumado, como a evasão de medida de segurança. Noutro giro, o artigo 23 do Código Penal Português, estabelece em seus incisos 1 e 2, que a tentativa só é punível com pena do crime consumado maior que 03 anos e que ocorre especial atenuação da pena quando o crime é meramente tentado. Neste último código, enquanto o artigo 22 estabelece diante da tentativa de crime, no artigo 23 o tópico tratado é a punibilidade da tentativa.

No Brasil não há a punição da tentativa impossível, ou crime impossível, conforme a dicção legislativa, aplicando-se a regra no sentido que uma vez reconhecida a impossibilidade da prática de determinado crime fica o agente livre de pena, diferentemente de Portugal, como veremos a seguir.

⁷ SANTOS. Simas, Henriques-Leal. Noções de Direito Penal. 5ª Edição. Lisboa: Rei dos Livros, p. 127-128.

2.1 A TENTATIVA IMPOSSIVEL

O código Penal Português de 1995 estabelece também a denominada tentativa impossível, sendo que a figura similar no direito brasileiro é denominada de crime impossível e ambas possuem alguns traços distintivos.

O artigo 23, 3, do referido Código Lusitano, estabelece que não seja punível a tentativa quando for manifesta a inaptidão do meio empregado pelo agente ou a inexistência do objeto. De acordo com o entendimento do Tribunal da Relação do Porto, apenas a literalidade da lei ainda não é inteiramente suficiente para uma boa interpretação do diploma normativo, pois só pode ser tido como “meio inepto quando seja claro, ostensivo, público ou evidente, não para o agente, mas para a generalidade das pessoas que não pode conduzir à consumação do crime.”⁸

Assim, estamos defronte de uma qualificação da tentativa comum com novos requisitos, que podem ser considerados como os seguintes: não verificação do resultado, assim como na tentativa; por circunstâncias alheias à vontade do agente (com ciência de terceiros e não do agente), assim como na tentativa; por inadequação manifesta do meio ou inexistência de objeto essencial à consumação do crime. Desta maneira ao tentar furtar um cofre vazio⁹, descarregar uma arma de brinquedo ou tentar matar alguém com amor não são tentativa idôneas de crime.

A inadequação ou inidoneidade do meio precisa ser absoluta, ou naturalmente inapta, ou seja, aquela que nunca é capaz de produzir resultado, pois se for relativa, ou de alguma maneira capaz de produzir o resultado, estaremos defronte da tentativa impossível punível, ressalte-se que o meio inicialmente inidôneo que se torna apto também é caso de inadequação relativa. Admite-se também a inidoneidade superveniente, que algum outro motivo não previsível naquele momento torna inidônea a tentativa da maneira intentada pelo agente no caso concreto.

Pela análise do artigo supra-apresentado, resta saber se a impossibilidade do meio ou a inexistência do objeto são evidentes ou, como utilizado na legislação,

⁸ PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. Processo 1936/10.6JAPRT.P1. N° do Documento: RP201406111936/10.6JAPRT.P1. Data do Acórdão: 11/06/2014. Votação: UNANIMIDADE. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/361d90f535f659ec80257d0800387353?OpenDocument>

Acesso em 20/03/2017 às 15:30

manifestamente inapto para a generalidade de pessoas¹⁰. A aparência da inaptidão pode ser relevante para a classificação da tentativa.

Parte da doutrina alerta para o fato do legislador ter optado pelo termo “manifesta” indica que a tentativa impossível é punível. Pois do contrário seria suficiente suprimir a sua existência e libertar de pena todas as tentativas tidas como impossíveis.

Alguns exemplos de julgamento e assentamento de entendimento a cerca da tentativa impossível podem ser extraídos do STJ de Portugal. Vejamos um caso abaixo.

Uma pessoa, que trabalhava arduamente na mina embaixo de um sol de 40°C, nunca havia encontrado uma pedra de diamante. Um belo dia, como que presenteado pela sorte, subtraiu do leito seco de um rio, uma pedra de beleza inigualável. Meteu-a no fundo do bolso julgando tratar-se de um diamante e que com a venda deste poderia finalmente realizar o seu sonho: “Viver de sombra e água fresca”. Conforme uma análise minuciosa fora constatado que se tratava de uma simples pedra de quartzo, sem qualquer valor comercial.¹¹ No caso, como a pedra encontrada não tem valor comercial, pode ser considerado impossível enquadrar a conduta como furto de diamantes.

Em Portugal, é preciso ainda pontuar a diferença entre crime impossível e erro de factual idade típica, que ocorre quando há um descompasso entre a representação mental do agente frente à situação objetiva. Assim, se alguém encontra alguém que julgava morto e resolve, por não querer acionar as autoridades, atirá-lo no rio para livrar-se daquela situação, mas posteriormente descobre que a pessoa estava apenas desmaiada, não pratica crime impossível, mas ocorre erro sobre a factualidade típica, pois a pessoa acima citada cometeu um crime (homicídio) sem saber, com a percepção fática em descompasso com a realidade.

Já no Brasil, para o jurista brasileiro Fernando Capez, o crime impossível "é aquele que, pela ineficácia total do meio empregado ou pela impropriedade absoluta do objeto material é impossível de se consumar".¹² No mesmo sentido, Antônio José

⁹ PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo 46987, de 07/06/1995.

¹⁰ Idem, Processo 46310, de 18/02/1986

¹¹ Ibidem, Processo 35236, de 07/12/1955.

¹² CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal. Volume 1: parte geral - 11 Edição revisada e atualizada - São Paulo: Saraiva, 2007, p. 256

Miguel Feu Rosa chama de crime impossível "a atitude do agente, quando o objeto pretendido não pode ser alcançado dada a ineficácia absoluta do meio, ou pela absoluta impropriedade do objeto".¹³

No mesmo sentido, o Código Penal brasileiro trata do crime impossível como uma excludente de tipicidade sem possibilidade de punibilidade, pois uma vez reconhecido que determinado crime era impossível, fica inteiramente excluída a tipicidade do fato. Deve ser analisado, conjuntamente, a ineficácia absoluta dos meios e modos de execução e a impropriedade absoluta do objeto empregado. Como exemplo, um revólver sem bala pode matar via coronhada, mas é impossível de se atingir a finalidade pelo método originalmente concebido. Como impropriedade do objeto, temos a impossibilidade de se matar um cadáver. Como a má intenção não é punível, somente a lesão, e como no crime impossível não há lesão a bem jurídico, logo não há crime.

O crime impossível também é chamado pela doutrina brasileira de tentativa inidônea, quase crime ou tentativa inadequada.

Assim, uma pessoa que tenta, sem ferramentas, abrir um cofre robusto, comete crime impossível, pois se valendo da premissa do terceiro observador, percebe-se que é impossível abrir um objeto com alto grau de proteção sem o equipamento adequado, logo, a coisa alheia nunca saiu do domínio do proprietário.

A grande diferença entre as duas figuras, brasileira e portuguesa, é que não há punibilidade do crime impossível no Brasil. Aplica-se, portanto, a regra do tudo ou nada, pois uma vez reconhecida a inidoneidade do crime o mesmo não chegou a se inserir no campo da tipicidade. Nem há início da execução, não havendo formas reflexas de punição como ocorre em Portugal, com a figura da tentativa impossível punível. Se há um risco mínimo ao bem jurídico, não que se falar em crime impossível, pois a execução pode ser considerada iniciada, e como já dito, se não há risco não há crime. Com isto, é perceptível que o ordenamento brasileiro mistura o conceito de risco e ofensividade para determinar e conceituar o crime impossível.

Em Portugal, há a punibilidade da tentativa impossível que é fundamentada em diversas teorias, que serão expostas a seguir.

¹³ ROSA, Antonio José Miguel Feu. Direito penal: parte geral. São Paulo: Revista dos tribunais, 1995, p. 312

3 A PUNIBILIDADE DA TENTATIVA IMPOSSÍVEL

Como dito anteriormente neste trabalho a tentativa impossível pode ser punida em Portugal. Mas, nem toda tentativa impossível é punível, somente as que preenchem determinados requisitos, como veremos.

O próprio artigo 23, 3, do atual Código Penal de Portugal já nós auxilia na descoberta de qual seria a tentativa punível, pois o mesmo estabelece que a inaptidão do meio empregado precisa ser “manifesta” para a tentativa não ser punível. Ao qualificar a inaptidão, o código, ainda que por lógica exclusão, revela que parte dos atos partidos poderão ser punidos, quais sejam, aqueles em não forem manifestamente excluídas a aptidão para a prática do crime.

No anteprojeto do atual Código Penal de Portugal o termo “manifesta” não estava presente, mas sim o termo “aparente”. Sendo que quando fosse aparente a inaptidão do meio ou a inexistência do objeto, a tentativa não seria punível. Isto reforça o argumento que o legislador quis restringir ao máximo a punição da tentativa impossível, mas ao analisar as jurisprudências portuguesas ao que tudo parece foi flexibilizada esta rigidez em nome de uma proteção social, ainda que em atos de lesividade aparente a bem jurídicos.

Foi criado também, como já dito anteriormente, ramificações da inidoneidade do objeto, em absoluta e relativa, sendo que a inidoneidade relativa abre espaço para a punibilidade da tentativa dita impossível. Tal fato fica estranho até quando analisado o aspecto linguístico do termo, haja vista que o termo impossível não admite gradação, não existe algo menos impossível que outro e sim um impossível absoluto.

Em dissertação, Maria Vaz nos informa que nem todas as tentativas são iguais sob um ponto de vista circunstancial e sob o ponto de vista da perigosidade. Assim: existem umas –classificadas como possíveis –que se mostram mais idóneas a produzirem o resultado, demonstrando maior perigosidade; enquanto outras –as impossíveis –se mostram inidóneas à produção do resultado e são, por isso, detentoras de menor grau de perigosidade (ou inofensivas). Sendo

que idoneidade deve ser sempre avaliada sob o ponto de vista de um homem médio, com base em um juízo ex ante de prognose póstuma.¹⁴

Em termos de principiologia, ambos os ordenamentos analisados, de alguma maneira possuem como aceitáveis os princípios da ofensividade e da intervenção mínima em matéria penal, ainda que com terminologias diferentes. O princípio da ofensividade estabelece que não pode existir crime sem lesão ou ofensa a um bem jurídico que a sociedade protege, com isto ninguém pode ser punido pelo estado de ser e pelos modos de consciência, pois o punível é tão somente as condutas ofensivas aos valores jurídicos. Com isto temos como consequências lógicas que ninguém pode ser incriminado pelo que é, mas só pelo que faz ou omite e que o papel do direito penal é proteger os bens jurídicos mais relevantes. Portanto, no campo legislativo o princípio da ofensividade promove a seleção de condutas puníveis e no campo judicial pode ocorrer a adequação social, adentrando em outros campos como o princípio da insignificância.

A punição da tentativa impossível pode esbarrar também no princípio da intervenção mínima, que é orientado ao legislador e diz que o direito penal não deve resolver todas as querelas ou problemas sociais, mas deve ser a resposta final mais severa de todas (*ultima ratio*). Assim, a cada relativização da tentativa impossível para abarcar novas situações, o princípio da *ultima ratio* vai se esvaziando e se esgotando de efetividade no ordenamento jurídico.

3.1 FUNDAMENTOS DA PUNIBILIDADE DA TENTATIVA IMPOSSÍVEL

Primeiramente, fique-se claro que a posição taxada no atual Código Penal de Portugal é que a tentativa impossível manifestamente inapta pelo do meio empregado pelo agente ou a inexistência do objeto essencial não é punível, nos termos do no art. 23.º, n.º 3 CP, ou seja, a punibilidade da tentativa é a leitura deste artigo em contrario ou na via de exceção.

A punibilidade da tentativa impossível é resultado da conjugação de algumas correntes teóricas. Além, de ampliar o espectro de punibilidade criminal do

¹⁴ VAZ, Maria João Carvalho. A PUNIBILIDADE DA TENTATIVA IMPOSSÍVEL POR INEXISTÊNCIA (OU AUSÊNCIA) DO OBJETO: Um problema de (in)validade material. Coimbra: dissertação de mestrado na Universidade de Coimbra. 2014, p. 58

ordenamento jurídico português, a punibilidade da tentativa impossível é um tanto quanto um viés de insegurança para o sistema penal lusitano, pois as possibilidades de inclusão de fatos objetivos se dá por meio da exclusão, a partir do termo “manifesta” presente no artigo 23, 3, do Código Penal, como já trabalhado anteriormente.

O STJ oscila na justificativa da punibilidade da justificativa impossível, pois a lei não traz um caráter objetivo, como deveria.

No acórdão 01P1769, de 12/03/2009, o STJ de Portugal, por unanimidade, julgou que “No crime tentado o agente desencadeia o processo objetivo causal, processo de execução conducente ao resultado desviante, simplesmente este não se verifica por motivos alheios à sua vontade.” e seguiram fundamentando que “Na denominada tentativa impossível, através dos atos de execução praticados o agente cria um perigo objetivo, embora aparente, que desencadeia ou pode desencadear alarme ou intranquilidade na comunidade, e é isso que lhe confere dignidade punitiva.”¹⁵. Sem explicar exatamente como se dá esse perigo objetivo, ainda que aparente e como ele pode causar um dano a um bem jurídico, foi condenado o réu no caso. Ao tratar dos outros requisitos da tentativa e da tentativa impossível, o mesmo órgão ainda decidiu que:

A punição da tentativa impossível depende de a inexistência do objeto essencial à consumação do crime ou a inaptidão do meio utilizado pelo agente serem manifestas, à data da prática do facto ilícito – art. 23.º, n.º 3, do CP. Este conceito de “manifesto” é, então, sinónimo de claro, ostensivo, público ou evidente, não para o agente, mas para a generalidade das pessoas, posto que o primeiro tem que estar convencido da idoneidade do meio, sem o que não é possível imputar-lhe a intenção de cometer o crime; sendo assim, este juízo sobre a aptidão ou inaptidão do meio é um juízo objetivo. A inidoneidade do meio (falta de potencialidade causal para produzir o resultado típico) pode ser absoluta (aquele que por essência ou natureza nunca é capaz de produzir o resultado) ou relativa (se o meio normalmente eficaz deixou de operar pelas circunstâncias em que foi empregado), sendo certo que só o meio absolutamente inidóneo exclui a tentativa, configurando a tentativa inidónea ou impossível – cf. Marques da Silva, Direito Penal Português, II, Editorial Verbo, 1998, pág. 249; Cavaleiro de Ferreira, Lições de Direito Penal, Parte Geral, I, 4.ª ed., págs. 436-438; Simas Santos e

¹⁵ PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça Processo: 07P1769. Nº do Documento: SJ200903120017693
Data do Acórdão: 12/03/2009. Disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/886ad227bc3cd9238025759900482d5d?OpenDocument>
Acesso em : 30/03/2017 às 17:30

Leal-Henriques, *Noções Elementares de Direito Penal*, 3.^a ed., Rei dos Livros, 2009, págs. 131-132; e Acs. do STJ de 07-01-1998, Proc. n.º 1030/97 - 3.^a, de 12-04-2000, Proc. n.º 841/99 - 3.^a, e de 01-06-2000, Proc. n.º 126/00 - 5.^a.¹⁶

Assim, extrai-se que um dos critérios estabelecidos pelo órgão supremo português é o possível desencadeamento de alarme ou intranquilidade na comunidade. Motivo não previsto na legislação e com um grande potencial amplificador para cabimento de um grande espectro de ações, tendo em vista o seu caráter subjetivo, pois é difícil de saber de antemão quais atos causam alarme em terceiros, em especial em tempos de mídia alarmista e crescente sociedade policialesca como os atuais.

De maneira próxima, no entanto diversa da anterior, o STJ julgou no mesmo ano, divulgou o acórdão de nº11 em que o perigo também é a base de punibilidade da tentativa impossível, ressalte-se que este perigo é revelado ainda que não exista de fato um bem jurídico protegido e ainda que só abstratamente seja ofendido este bem, revelando grave dano à principiologia penalista já tratada anteriormente e digno de fortes críticas. Abaixo se colaciona pequeno trecho da fundamentação deste acórdão:

A essência da punibilidade da tentativa impossível está «na avaliação da perigosidade referida ao bem jurídico, sendo certo que nesta hipótese, em boas contas, o bem jurídico não existe, o que há é uma aparência de bem jurídico e neste sentido pareceria que a tentativa impossível quando não fosse manifesta a inexistência do objeto também não deveria ser punível, pois que falta o bem jurídico. Todavia, tem de se fazer apelo, neste ponto, a uma ideia de normalidade - segundo as aparências - que se baseia num juízo *ex ante* de prognose póstuma. É que, entende-se, dado o circunstancialismo em que o agente actuou o desvalor da acção merece ser punido não obstante não existir o bem jurídico.¹⁷

Em outro sentido, está o pensamento da Professora Tereza Beleza, que nos instrui que o motivo da punição de uma tentativa impossível está baseado na perigosidade em relação ao bem jurídico, embora este não exista. Ou seja, a ideia de perigo está presente no pensamento da autora. Segue nos informando ainda que aqui se deve entender que o agente deve ser punido, pois ele atuou visando a

¹⁶ IDEM

¹⁷ IDEM. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça nº 11/2009 de 18-06-2009.

infracção de um bem jurídico. Em certos casos a punição do agente deve ser efetuada, pois o Direito Penal tem em vista a proteção dos bens jurídicos incriminando as condutas que levam à violação ou o perigo inerente à violação desses¹⁸. Fica a crítica que agir contra um bem jurídico sem, no entanto, ofendê-lo não pode ser considerado crime, pois o princípio da ofensividade precisa ser observado para não criarmos uma punição penal desenfreada e sem controle.

Ainda segundo a Professora Tereza Beleza, citando Paulo Matta, em conformidade com o atual art. 23.º, n.º 3 CP não há mais qualquer necessidade de se distinguir entre inidoneidade absoluta e inidoneidade relativa. Querer transformar a inidoneidade absoluta em impossibilidade manifesta e a inidoneidade relativa em impossibilidade não manifesta é um completo disparate.¹⁹

O STJ, no processo 46778, de 06/04/1995, de maneira ainda diferente julgou que seria estranho se a punição da tentativa impossível assenta-se apenas na sorte do agente em conseguir perpetuar o crime. Ao afastar esta possibilidade o STJ puniu um agente no crime de furto em que o bem não se encontrava disponível no local procurado, ou seja, ainda que o objeto fosse inteiramente impossível, o clamor social acabou falando mais alto.

A razão de punibilidade da tentativa impossível parece estar bem próxima das da tentativa em geral. Para explicar a punibilidade da tentativa surgiram a teoria objetiva, subjetiva e eclética.

Segundo, Vitor Pereira, citando o fundamento da punibilidade da tentativa encontra-se na colocação em perigo (abstrato) para o bem jurídico ou do objeto do facto em prejuízo do bem jurídico descrito no tipo. É o perigo, para o bem jurídico ou um objeto de ataque que implica a execução da ação, que fundamenta a punição da tentativa. Ou seja, o fundamento da punibilidade da tentativa reside na perigosidade de toda a ação capaz objetivamente de produzir um resultado.²⁰

Para a teoria subjetiva, em forte síntese, a gênese que funda a punibilidade da tentativa encontra-se na vontade delituosa do agente conhecido como ânimo de cometer o crime, ou melhor, na vontade contrária ao direito objetivo posta em que o agente pratica, ou ainda, segundo Jakobs, no perigo para a validade da norma

¹⁸ BELEZA, Tereza Pizarro. Lições de Direito Penal 2ª volume. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, p. 25

¹⁹ IDEM, apud MATTA, Paulo Saragoça da: in Casos e materiais de direito penal, pág 341ss.

suposto pelo dolo do agente, aqui no sentido de efetividade. Para este, a tentativa inidónea deve ser sempre punida porque toda a tentativa é ex post inidónea e uma resolução manifestada por atos externos, de carácter executivo, representa já um perigo sério para a ordem jurídica.²¹

A teoria eclética mistura as duas anteriormente apresentadas, formando uma cadeia mais complexa de punibilidade, a partir da tentativa de construir a tentativa como uma categoria nova de delito. Conforme Vitor Pereira, dentro das teorias ecléticas, podem assinalar-se dois grupos – 1. as teorias integradoras; e: 2. as teorias dualistas – em função da síntese entre os elementos subjetivos e objetivos. Dentro das teorias integradoras, há a distinguir entre as teorias nas quais nas quais a preponderância recai sobre o elemento subjetivo (as teorias da impressão) e aquela teoria na qual se verifica a prevalência do elemento objetivo (a teoria normativo-funcional da tentativa). Nas teorias dualistas, dá-se relevo à teoria do autor.²², Complementa ainda que a punibilidade da tentativa ganhou foros de cidadania com o direito moderno e, por força do princípio da legalidade, o delito tentado só é punível em função da essencialidade de específicos bens jurídicos a justificar a sua punição.²³

Assim, podemos visualizar que existe um grande aprofundamento teórico, ainda que com fundamentos diversos sobre a punibilidade da tentativa. Com isto, acabou por punir-se um perigo hipotético e sem concretude, abrindo espaço para interpretações para além do permitido pelo Direito penal moderno. O desvalor atribuído à conduta pudesse ser punido com penal, caberia ao legislador com toda a clareza necessária fazer a incriminação e enquadramento da tentativa como possível de punibilidade.

Neste mesmo sentido, está o entendimento dos que lavraram as atas da comissão revisora do projeto do Código Penal prima que discorda da ligação entre a tentativa impossível e o crime de perigo, com base em argumentos estritamente formais e sem a densidade necessária para gerar punibilidade penal, assim a

²⁰ PEREIRA, Vitor de Jesus Ribas. Da punibilidade da tentativa . Coimbra: Universidade de Coimbra, dissertação de mestrado, 2009, p. 81, APUD MAURACH/ GÖSSEL/ ZIPF, Derecho Penal, pág. 25, e SERRANO-PIEDCASAS, “Fundamento de la punición de la tentativa”, pág. 523.

²¹ JAKOBS, Derecho Penal, pág. 861, FIGUEIREDO DIAS, idem, pág. 689-690.

²² PEREIRA, Vitor de Jesus Ribas. Da punibilidade da tentativa . Coimbra: Universidade de Coimbra, dissertação de mestrado, 2009, p. 94

²³ IDEM, p. 119

discordância da tentativa como crime de perigo funda na necessidade de certeza de uma intenção dirigida à prática de um facto ilícito e típico.²⁴

Assim, juntou-se uma pretensa intranquilidade gerada pelo ato combinada, com perigo abstrato e um senso de periculosidade ao agente vinculado à sua “personalidade”²⁵ para sintetizar a punição da tentativa impossível.

A diversidade da fundamentação, especialmente ao analisar a jurisprudência do STJ revela a fragilidade da punibilidade da tentativa impossível. A própria regra do *in dubio pro reu*, o princípio da legalidade, da *ultima ratio* aparentam ser constantemente relativizados no intuito de promover um aumento no espectro de punibilidade da tentativa impossível, pois as bases de punibilidade e a *ratio legis e ratio decidendi* que fundamentam a punibilidade da tentativa impossível são extremamente frágeis e oscilam com frequência, por ora baseando-se em uma ideia de perigo (abstrato) a bens jurídicos, ora pautando-se na sorte do agente, ora na paz social gerada com esta punição.

4 CONCLUSÃO

Como visto e discutido neste trabalho, o direito penal deve ser a última resposta, a mais severa e processualmente segura, dada pelo direito no intuito de coibir e punir condutas graves e socialmente desvalorizadas.

Neste trabalho foi feito um breve desenho do percurso legislativo penal da tentativa nos ordenamentos jurídicos do Brasil e Portugal. Tratou-se brevemente dos princípios da legalidade e ofensividade e sua relação com a punição da tentativa impossível.

A punibilidade da tentativa impossível em Portugal parece juridicamente insegura e inserida em um campo de justificativa frágil e incompatível com a lógica penalista centenariamente construída. A oscilação na fundamentação teórica da tentativa impossível foi demonstrada neste artigo e foram feitas críticas dos efeitos gerados por esta oscilação e pela punição da tentativa impossível em si.

²⁴ Actas das sessões da comissão revisora do Código Penal: Parte Geral: I volume. Separata do Boletim do MJ. Lisboa: Ministério da Justiça, 1965, p. 168.

²⁵ IDEM, p. 178

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Atas das sessões da comissão revisora do Código Penal: Parte Geral: I volume. Separata do Boletim do MJ. Lisboa: Ministério da Justiça, 1965

BELEZA, Tereza Pizarro. Lições de Direito Penal 2ª volume. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

BRITO, José de Souza e. A LEI PENAL NA CONSTITUIÇÃO [Artigos 29º n.ºs. 1, 2, 3, 4; 167º, alínea e)]. Faculdade de direito da Universidade Nova de Lisboa. Disponível em:
www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/jsb_ma_8368.doc
Acessado no dia 20 de jan de 2017 às 17:30

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal. Volume 1: parte geral - 11 Edição revisada e atualizada - São Paulo: Saraiva, 2007

JAKOBS, Derecho Penal, pág. 861, FIGUEIREDO DIAS, idem, pág. 689-690, POLITOFFLIFSCHITZ, o.c., pág. 110; JESCHECK, o.c., pág. 465 e CEREZO MIR, idem

PEREIRA, Vitor de Jesus Ribas. Da punibilidade da tentativa . Coimbra: Universidade de Coimbra, dissertação de mestrado, 2009

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça Processo: 07P1769. Nº do Documento: SJ200903120017693
Data do Acordão: 12/03/2009. Disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/886ad227bc3cd9238025759900482d5d?OpenDocument>
Acesso em : 30/03/2017 às 17:30

PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. Processo 1936/10.6JAPRT.P1. Nº do Documento: RP201406111936/10.6JAPRT.P1. Data do Acordão: 11/06/2014. Votação: UNANIMIDADE. Disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/361d90f535f659ec80257d0800387353?OpenDocument>
Acesso em 20/03/2017 às 15:30

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo 46987, de 07/06/1995.

PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. Processo 1936/10.6JAPRT.P1. Nº do Documento: RP201406111936/10.6JAPRT.P1. Data do Acórdão: 11/06/2014.

Votação: UNANIMIDADE. Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/361d90f535f659ec80257d0800387353?OpenDocument>

Acesso em 20/03/2017 às 15:30

ROSA, Antonio José Miguel Feu. Direito penal: parte geral. São Paulo: Revista dos tribunais, 1995

SANTOS. Simas, Henriques-Leal. Noções de Direito Penal. 5ª Edição. Lisboa: Rei dos Livros

VAZ, Maria João Carvalho. A PUNIBILIDADE DA TENTATIVA IMPOSSÍVEL POR INEXISTÊNCIA (OU AUSÊNCIA) DO OBJETO: Um problema de (in)validade material. Coimbra: dissertação de mestrado na Universidade de Coimbra. 2014