

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - UnB
FACULDADE DE DIREITO**

FERNANDA SOUZA CARMO NOGUEIRA

TENTATIVA INIDÔNEA EM DECORRÊNCIA DE APARATOS DE VIGILÂNCIA

**BRASÍLIA
DEZEMBRO DE 2011**

Fernanda Souza Carmo Nogueira

Tentativa inidônea em decorrência de aparatos de vigilância

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB), como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadores: Prof.^a Dr.^a Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de Rezende e Prof. Dr. Juarez Estevam Xavier Tavares.

**Brasília
Dezembro de 2011**

Fernanda Souza Carmo Nogueira
Tentativa inidônea em decorrência de aparatos de vigilância

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília (UnB), como requisito à
obtenção do título de Bacharel em Direito, aprovada
com conceito [].
Brasília (DF), _____ de dezembro de 2011.

Prof.^a Dr.^a Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de Rezende
Professora orientadora

Juarez Estevam Xavier Tavares, pós-doutor em Direito
Penal pela Universidade de Frankfurt am Main
Co-orientador e membro da banca examinadora

Ana Carolina Andrade Carneiro, bacharel em Direito pela
Universidade de Brasília (UnB)
Membro da banca examinadora

Aos meus pais maravilhosos, pelo apoio e incentivo constantes.

Aos meus queridos avós, pelo carinho e exemplo.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, sou grata a Deus, por tudo.

Em seguida, agradeço ao Prof. Dr. Juarez Tavares pela atenção com que me orientou e por seus valiosos ensinamentos.

Minhas menções também à Prof^ª. Dr^ª. Beatriz Vargas, pelo carinho que dedicou à orientação deste trabalho.

Obrigada, ainda, aos que estiveram ao meu lado durante esta jornada: familiares, amigos, professores e colegas de trabalho. Um agradecimento especial para Eduardo Henrique Krueel Rodrigues.

Por fim, agradeço a **todos** aqueles que me ajudaram a desenvolver este trabalho, com sugestões e incentivos preciosos.

RESUMO

Em razão da crescente modernização tecnológica observada atualmente, aparatos e técnicas de vigilância têm sido cada vez mais utilizados com o objetivo de impedir a ocorrência de infrações. Com isso, os julgadores têm se deparado frequentemente com casos nos quais a consumação da conduta delituosa foi impedida pela ação de dispositivos de segurança existentes no local dos fatos. Dessa forma, é evidente a necessidade de avaliar se a presença de mecanismos e técnicas de vigilância interfere de maneira absoluta na idoneidade da conduta, impossibilitando de maneira categórica a consumação do crime. Tal estudo foi realizado no presente trabalho, por meio de uma análise crítica da doutrina, da legislação pertinente e de julgados significativos. Assim, após um exame detalhado dos principais aspectos da tentativa idônea e do crime impossível, verificou-se que a presença de dispositivos e técnicas eficientes de segurança realmente inviabiliza, de maneira absoluta, a consumação de determinados delitos praticados em sua presença, devendo ser reconhecida a atipicidade da conduta. É o caso, por exemplo, do furto, do contrabando ou descaminho, da corrupção ativa e passiva (salvo na modalidade de solicitação) e do tráfico de drogas. Constatou-se, ainda, a importância de se analisar as peculiaridades do caso concreto, de modo a avaliar a extensão, qualidade e eficácia dos mecanismos de vigilância, a fim de que se tenha certeza da inidoneidade da tentativa.

Palavras-chave: Vigilância. Crime impossível. Tentativa inidônea. Segurança. Caso concreto.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 FUNDAMENTOS DA TENTATIVA	11
1.1 Critérios de punibilidade da tentativa	12
1.1.1 Teorias objetivas	13
1.1.2 Teorias subjetivas.....	14
1.1.3 Teoria sintomática.....	15
1.1.4 Teoria da impressão.....	15
1.1.5 Teoria mista.....	16
1.2 A caracterização do início da execução	17
1.2.1 Atos preparatórios.....	18
1.2.2 Teoria subjetiva.....	19
1.2.3 Teoria formal-objetiva	21
1.2.4 Teoria material-objetiva	21
1.2.5. Teoria objetivo-subjetiva.....	22
1.3 A consumação	23
2 CRIME IMPOSSÍVEL	26
2.1 Concepções acerca da punibilidade do crime impossível.....	27
2.1.1 Teorias objetivas	27
2.1.2 Teorias subjetivas.....	28
2.1.3 Teorias intermediárias	30
2.2 Crime impossível no Código Penal brasileiro	31
2.2.1 Diferenças em relação a outros conceitos	32
2.2.2 A ineficácia do meio empregado	34
2.2.3 A impropriedade do objeto.....	35
2.2.4 O exame da idoneidade	36
3 TENTATIVA EM FACE DE MECANISMOS DE VIGILÂNCIA	38
3.1 A proteção dos bens jurídicos como função do Direito Penal	38

3.2 Condições que interferem na idoneidade do meio e do objeto	40
3.2.1 <i>Defeito intrínseco do meio</i>	40
3.2.2 <i>Impossibilidade objetiva de lesão no bem jurídico</i>	42
3.3 Extensão, qualidade e eficácia dos dispositivos de segurança.....	43
3.4 Vigilância, crime impossível e sentimento de impunidade	45
4 CASOS PRÁTICOS	47
4.1 Furto.....	47
4.2 Contrabando ou descaminho.....	51
4.3 Corrupção passiva.....	55
4.4 Corrupção ativa.....	58
4.5 Tráfico ilícito de entorpecentes.....	60
CONCLUSÃO.....	65
REFERÊNCIAS	69

INTRODUÇÃO

O uso de técnicas e aparatos de vigilância com o objetivo de inibir condutas delituosas tem se tornado cada vez mais comum, em razão da crescente modernização tecnológica observada nos dias atuais. Com efeito, os mecanismos de segurança têm estado cada vez mais presentes no cotidiano social. Alarmes, câmeras de vídeo, gravadores de áudio e outros dispositivos destinados a monitorar comportamentos podem ser encontrados nos mais variados contextos, os quais envolvem desde estabelecimentos comerciais até operações organizadas pela polícia com o objetivo de flagrar determinado delito.

Como consequência, os julgadores brasileiros têm se deparado com um número significativo de crimes cuja consumação foi impedida pela presença de aparatos de vigilância. Dessa forma, faz-se necessário examinar a idoneidade da tentativa praticada em tais circunstâncias, observando-se a extensão da influência exercida pelos mecanismos e técnicas de segurança sobre a conduta delituosa. Tal estudo será desenvolvido neste trabalho, cujo objetivo primordial é aferir se a vigilância de fato torna absolutamente impossível a consumação de determinadas infrações.

Para obter as respostas desejadas, no primeiro capítulo será realizado um estudo cuidadoso da tentativa, o qual partirá do exame de suas principais características e do tratamento destinado ao referido instituto pelo Código Penal brasileiro. Também serão abordadas as principais teorias que buscam justificar a punição do crime tentado, de modo que se possam compreender as razões pelas quais o ordenamento jurídico-penal repressende uma ação que não chegou a produzir o resultado típico. Em seguida, será analisado o momento em que se inicia a execução, distinguindo-a dos atos preparatórios. Além disso, indicar-se-á em que consiste a consumação e quando ela ocorre. Dessa maneira, será possível observar os aspectos gerais da tentativa, além de situá-la adequadamente no desenvolvimento do delito.

Outra tarefa fundamental é executar uma análise detalhada do crime impossível, o que será realizado no segundo capítulo deste trabalho. Primeiramente, serão abordadas as concepções teóricas mais expressivas acerca da punibilidade da tentativa inidônea. Em seguida, será examinado o tratamento destinado a ela pelo Código Penal vigente, o que envolve um estudo cuidadoso do que significa a ineficácia absoluta do meio empregado e a total impropriedade do objeto da ação. Também será feita a distinção entre o crime impossível e outros conceitos pertinentes, tais como a desistência voluntária, o arrependimento eficaz, o delito putativo e a tentativa supersticiosa. Da mesma forma, tratar-

se-á da questão relativa ao agente provocador e sua relação com o delito de consumação inviável. Ainda no segundo capítulo, será examinado o momento no qual a idoneidade da conduta deve ser aferida.

Após ressaltar os aspectos essenciais da tentativa idônea e do crime impossível, pode-se adentrar na principal questão do presente trabalho: o estudo do crime tentado cometido na presença de aparatos e técnicas de vigilância. Assim, o terceiro capítulo abordará a importância da tarefa do Direito Penal de tutelar os bens jurídicos considerados relevantes. Além disso, será avaliada a maneira como a presença de mecanismos de segurança interfere na idoneidade do objeto do delito e dos meios empregados pelo agente na conduta. Também será examinado se a extensão, qualidade e eficácia dos aparatos de vigilância possuem algum relevo no que diz respeito à influência dos equipamentos sobre a tentativa praticada. Ademais, será brevemente analisada a sensação de impunidade decorrente do reconhecimento do crime impossível.

Por fim, o quarto capítulo deste trabalho apresentará alguns casos práticos, com o intuito de demonstrar de forma mais clara a interferência dos mecanismos de segurança sobre a idoneidade da conduta perpetrada. Serão avaliados cinco precedentes significativos do Superior Tribunal de Justiça, os quais tratam de delitos comumente praticados em situações que envolvem algum tipo de aparato ou técnica de vigilância: furto (art. 155 do Código Penal), contrabando ou descaminho (art. 334), corrupção passiva (art. 317), ativa (art. 333) e tráfico de drogas (art. 33 da Lei 11.343/06). As principais características de cada um dos crimes mencionados serão analisadas para que, em seguida, seja possível examinar, de maneira confiante, os precedentes judiciais selecionados.

O estudo desenvolvido neste trabalho tem como objetivo possibilitar a adoção de um posicionamento claro e bem embasado quanto à idoneidade da conduta praticada na presença de aparatos e técnicas de vigilância. Trata-se de tarefa extremamente importante, uma vez que não há, na doutrina ou na jurisprudência, posicionamento pacífico a respeito do tema. Ressalte-se, ainda, que o número de processos acerca da questão é significativo, especialmente no que se refere à tentativa de furto cometida no interior de estabelecimento comercial equipado com dispositivos de segurança. Dessa forma, é essencial obter respostas claras e convincentes, não apenas para que os operadores do Direito possam eliminar suas dúvidas sobre o tema, mas também para que sejam proferidas decisões justas e bem fundamentadas.

1 FUNDAMENTOS DA TENTATIVA

Há situações nas quais, por circunstâncias não relacionadas à vontade do agente, o delito não se consuma, embora tenha sido iniciada a sua execução. Em outras palavras, a conduta delituosa permanece incompleta, uma vez que foi interrompida ao longo de seu desenvolvimento, ou simplesmente porque não produziu o efeito almejado pelo sujeito ativo do crime. Em tais situações, configura-se a tentativa, prevista no artigo 14, inciso II, do Código Penal brasileiro:

Art. 14 - Diz-se o crime:

Crime consumado

I - consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal;

Tentativa

II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Pena de tentativa

Parágrafo único - Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços.

Quando comparada ao delito consumado, a tentativa é vista como um ato imperfeito, uma vez que lhe faltam a concretização da conduta típica e o desfecho desejado pelo agente do crime. Trata-se de figura jurídica dependente, desprovida de significado quando não relacionada a algum dos delitos descritos na Parte Especial do Código Penal. Em outras palavras, sua punibilidade requer a combinação da norma que a define (artigo 14, inciso II, do CP) com o tipo penal infringido. Ainda assim, apesar de sua clara dependência em relação aos crimes descritos na Parte Especial, a tentativa pode ser considerada uma espécie jurídica dotada de certa autonomia, uma vez que possui elementos próprios. Assim ensina MARINA BECKER:

Considerada em si mesma, a tentativa apresenta tipicidade dependente, mas completa. Nela está presente o elemento subjetivo, que é o mesmo da figura correspondente da Parte Especial, e o elemento objetivo, que apresenta dois aspectos: um de caráter positivo representado pelo início de execução, tendo como resultado a criação de perigo, e outro de caráter negativo consistente na involuntária incompletude do crime que era o desígnio do autor. A tipicidade objetiva do delito tentado é incompleta apenas em relação ao delito consumado. (2008, p. 75-76)

São elementos do crime tentado o início da execução da figura típica, a ausência de consumação por motivos não relacionados à vontade do agente e a existência de resolução para o fato. Cumpre registrar, primeiramente, que a indicação do momento no qual é iniciada a execução nem sempre é tarefa fácil, motivo pelo qual foram elaboradas diversas teorias a respeito, as quais serão analisadas no tópico 1.2 deste trabalho.

Deve-se reiterar que a configuração da tentativa exige que as circunstâncias impeditivas da consumação do delito sejam completamente alheias à vontade do agente. Caso contrário, estar-se-á diante da figura da desistência voluntária, existente quando o próprio sujeito ativo abre mão de dar continuidade à prática delituosa, ou do arrependimento eficaz, o qual se configura quando o agente, embora tenha praticado os atos de execução, impede que o resultado típico ocorra. Ambas as figuras típicas encontram-se descritas no artigo 15 do Código Penal brasileiro.

A configuração do crime tentado requer, ainda, a presença de resolução para o fato. Trata-se de elemento subjetivo do injusto que envolve o dolo, direcionado à totalidade dos elementos que constituem o tipo objetivo, e também outros aspectos subjetivos da figura típica, como é o caso das intenções especiais que compõem determinados crimes. Ademais, exige-se, por óbvio, que a vontade do agente seja a de provocar um resultado mais grave do que aquele que efetivamente vem a ocorrer.

No ordenamento jurídico brasileiro, a tentativa é punida com a pena correspondente ao crime consumado, porém reduzida de um a dois terços (artigo 14, parágrafo único, do Código Penal). Isso significa que, em primeiro lugar, o magistrado deverá calcular, com base no sistema trifásico, a sanção que seria aplicada ao delito caso houvesse ocorrido a sua consumação. Apenas após tal cálculo é que deverá ser aplicada a causa de diminuição de pena referente à tentativa.

Cumprido observar que o índice de redução da reprimenda é inversamente proporcional à proximidade da consumação do crime. Em outras palavras, quanto mais o autor tiver progredido na execução do delito, menor será a fração aplicada para diminuir sua pena. Ressalte-se que o juiz deverá apresentar, em sua decisão, os motivos que o levaram a reduzir a reprimenda em maior ou menor grau em razão da tentativa. Além disso, no caso de concurso de pessoas (artigo 29 do Código Penal), a diminuição referente ao crime tentado deve beneficiar a todos os agentes da mesma forma, haja vista o caráter incindível do delito.

1.1 Critérios de punibilidade da tentativa

O conhecimento de que a tentativa é reprimida no ordenamento jurídico nacional, ainda que com pena mais branda do que aquela cominada ao delito consumado, não afasta a necessidade de analisar os fundamentos de sua punibilidade. Isso porque o crime tentado corresponde a um delito interrompido ao longo de seu desenvolvimento, sem a

realização do resultado almejado por seu autor. Dessa forma, percebe-se que a conduta não chega a lesar o bem jurídico tutelado, o que leva a questionamentos quanto à legitimidade de sua repreensão. Daí a importância de examinar as principais teorias elaboradas com o objetivo de justificar a punição daqueles que cometeram crimes tentados, o que será feito a seguir.

1.1.1 Teorias objetivas

As concepções objetivas defendem que o fundamento da punição da tentativa reside na exposição do bem jurídico tutelado a uma situação de risco, provocada por ato executivo idôneo à realização do fim almejado pelo agente do delito. Contudo, tendo-se em vista a inoccorrência de lesão efetiva ao bem jurídico protegido, a tentativa deve ser punida com reprimenda inferior àquela aplicada ao delito consumado, uma vez que se trata de fato menos grave do que a plena concretização do objetivo almejado pelo sujeito ativo do crime. Nesse sentido é a lição de EUGENIO RAÚL ZAFFARONI e de JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI:

Segundo esta teoria, a pena da tentativa deve, necessariamente, ser inferior à do delito consumado, porque o perigo do resultado sempre importa um injusto menor que o da realização. É a teoria adotada pela nossa lei positiva, a qual, além de prever uma escala menor para a tentativa, também estabelece ser essa redução obrigatória (parágrafo único do art. 14). Não obstante, é insuficiente para fundamentar a punição da tentativa inidônea, razão pela qual é de ser repudiada, como um critério insatisfatório para fundamentar a punição da tentativa, tal como o fazia a lei penal anterior. (2010, p. 32)

Vale registrar que as teorias objetivas que buscam fundamentar a punibilidade da tentativa foram desenvolvidas sob a influência das concepções liberais. Dessa forma, preocupam-se em limitar a esfera punitiva do Poder Público, de modo que a intervenção do Estado na liberdade individual só ocorra em casos de efetiva lesão aos direitos dos cidadãos. Além disso, baseiam a sanção imposta ao autor do comportamento repudiado na gravidade de sua conduta.

Para a concepção objetiva pura, a questão relativa à idoneidade do meio empregado pelo agente na tentativa é essencial, uma vez que fundamenta a punição do crime tentado no risco causado pelo comportamento do autor ao bem jurídico protegido. Deve-se levar em conta que a inidoneidade do meio utilizado na prática da conduta implica a incapacidade de lesar o bem jurídico, ou mesmo de colocá-lo em perigo efetivo. Dessa maneira, o comportamento inidôneo é considerado atípico, não podendo ser visto como ato de tentativa, uma vez que lhe falta a ofensividade característica do crime tentado.

Já a teoria objetiva temperada, ao contrário da concepção objetivista pura, entende fundamental a distinção entre a inidoneidade absoluta e a relativa. Inexiste qualquer perigo ao bem jurídico quando o autor do crime utiliza meios completamente ineficazes ao realizar sua conduta, ou mesmo quando dirige seu comportamento a objetos totalmente impróprios, incapazes de serem lesionados. Logo, em tais casos, o comportamento é atípico. Contudo, quando a inidoneidade dos meios empregados ou do objeto do delito é relativa, verifica-se que o bem jurídico protegido foi colocado em risco, restando configurada a tentativa.

1.1.2 Teorias subjetivas

Embora a teoria objetiva temperada tenha minimizado os exageros da concepção objetivista pura, ainda assim é considerada insuficiente por aqueles que defendem a ideia de que a ordem jurídica não pode basear-se apenas no desvalor do resultado, devendo levar em conta a intenção contrária à lei manifestada pelo agente do delito. Para as teorias subjetivas, o que importa não é o perigo de lesão suportado pelo bem jurídico, mas sim a exteriorização de uma vontade avessa ao Direito. Assim ensina MARCELO SEMER:

Nas críticas ao objetivismo reside o ponto de partida das teorias subjetivistas, que deslocam o fundamento da punição do perigo ao objeto protegido para a simples manifestação exteriorizada de sua vontade, contrária ou inimiga do Direito. O fundamental para a doutrina subjetivista é o injusto da ação, não do resultado como nas teorias objetivas. O legislador combate a vontade criminosa desde que manifestada, ao passo que pela teoria objetiva estaria a combater apenas os efeitos bem sucedidos dessa vontade. Na essência da teoria subjetiva o delito é a violação do dever de obediência, e não necessariamente a produção de uma lesão. É a rebelião da vontade individual contra a coletiva. (2002, p. 26)

Ao fundamentar a punibilidade da tentativa somente na exteriorização da vontade delituosa, as teorias subjetivas não dão importância à diferenciação entre a tentativa idônea e a inidônea. Em ambos os casos, o agente manifesta uma intenção contrária ao Direito, o que basta para a punição da conduta. Percebe-se que os subjetivistas defendem a punição da vontade do agente, sem preocuparem-se com a maneira como ela se exterioriza. Dessa forma, conclui-se que a aplicação das teorias subjetivas pode ter consequências absurdas, como a repreensão de indivíduos que manifestaram sua intenção avessa ao Direito de modo completamente incapaz de produzir qualquer resultado típico.

O caráter autoritário das concepções subjetivistas é evidente. A ideia de que a contradição entre o comportamento e a lei fundamenta a punição da tentativa, sem que se considere o perigo de lesão a que foi submetido o bem jurídico tutelado, denota a intervenção

ativa do Estado na esfera individual, com o emprego da pena como método de intimidação coletiva. É inegável que as teorias subjetivas defendem a ampliação do rol de comportamentos puníveis, tornando menos claras as distinções entre o delito tentado e o consumado, uma vez que ambos envolvem a manifestação de uma vontade criminosa. Em outras palavras, as concepções subjetivistas coadunam-se com o autoritarismo do Direito Penal de autor, o qual não pode ser tolerado em um ordenamento jurídico democrático.

1.1.3 Teoria sintomática

De acordo com a concepção sintomática, os atos exteriorizados pelo agente na tentativa revelam a sua ofensividade, o que justifica a intervenção do Estado e a punição da conduta. Com isso, desloca-se o juízo de periculosidade do comportamento para o próprio autor do crime. Para a teoria sintomática, nem todas as manifestações de vontades reprováveis merecem punição, mas apenas aquelas que tenham demonstrado o caráter perigoso do agente. Em respeito à função preventiva da pena, esta só deve ser imposta àqueles que tenham revelado ser efetivamente capazes de ofender o bem jurídico protegido. Dessa forma, percebe-se que a concepção sintomática evita os exageros advindos das teorias subjetivistas, mas concentra sua atenção no autor do crime, e não na periculosidade do fato praticado.

A questão referente à idoneidade da tentativa não possui grande relevância para a concepção sintomática, à qual basta a manifestação da ofensividade do agente. Contudo, a utilização de meios inidôneos no delito tentado pode revelar que o indivíduo não é realmente perigoso, afastando a punibilidade do comportamento. A pena, por sua vez, possui como objetivo a prevenção utilitária: retira-se o autor do delito do convívio em sociedade para que se possa neutralizar sua característica perigosa, evitando-se que cometa novos crimes. Assim, verifica-se que a teoria em exame é completamente insatisfatória, haja vista estar intimamente relacionada ao Direito Penal de autor, castigando o agente por sua suposta periculosidade, e não com base no ato efetivamente praticado por ele.

1.1.4 Teoria da impressão

Embora justifique a repreensão da tentativa por meio da exteriorização da vontade de ofender um bem jurídico, a teoria da impressão busca reduzir o âmbito de punição proposto pelas concepções subjetivistas. O crime tentado só deve ser reprimido quando a conduta praticada pelo agente prejudicar a confiança depositada pela sociedade sobre o

ordenamento jurídico. Em outros termos, exige-se que o fato praticado tenha criado intranquilidade social, comprometendo a crença da coletividade na ordem jurídica.

Dessa forma, observa-se que, para a teoria da impressão, qualquer manifestação de vontade delituosa é punível, desde que capaz de provocar um alarme social. Contudo, não se pode deixar de levar em conta que todos os delitos, tentados ou consumados, são passíveis de gerar um sentimento de insegurança perante a coletividade. Caso contrário, não estariam tipificados. Por tal motivo, é equivocado entender que o autor da tentativa deve ser punido pelo desconforto provocado por seu comportamento, e não pelo perigo a que submeteu o bem jurídico tutelado. Além disso, não se pode ignorar que, em determinados casos, a tentativa se configura mesmo sem a ocorrência da intranquilidade social.

Ao invés de limitar o âmbito de punição da tentativa por meio da incorporação de critérios objetivos, a teoria da impressão acabou ampliando a subjetividade quanto à repressão do crime tentado. Isso porque a noção de *alarme social* é demasiadamente vaga, conduzindo a uma inegável insegurança no momento de determinar quais tentativas efetivamente prejudicam a confiança da coletividade na ordem jurídica, merecendo punição. Nesse sentido assevera MARINA BECKER:

O fundamento da punição da tentativa não pode ser buscado no “alarme social” ou na “comoção do ordenamento jurídico”, conceitos extremamente vagos, ambíguos e subjetivos. A indicação de quais são os atos que impressionam a generalidade das pessoas, e a determinação do grau desta impressão se ressentem de um subjetivismo óbvio. Um fato pode produzir profunda sensação de insegurança jurídica em algumas pessoas, e ser indiferente a outras, a depender da diversidade de formação cultural, religiosa, posição social e outros fatores. (2008, p. 96)

1.1.5 Teoria mista

Um exame crítico e atento das teorias mencionadas acima demonstra que os critérios de punibilidade da tentativa não podem ser apenas objetivos ou subjetivos. A insuficiência das concepções baseadas em pressupostos unilaterais conduziu ao desenvolvimento da teoria mista, que considera como fundamentos da punição do crime tentado tanto os aspectos objetivos quanto os elementos relativos à intenção contrária ao Direito. Sendo o delito uma entidade incindível, somente a ocorrência simultânea da exteriorização da vontade criminoso e da exposição do bem jurídico a *efetivo* perigo de lesão é que fundamenta a punição do crime tentado.

Para a teoria mista, a distinção entre tentativa idônea e inidônea é de grande relevância. Isso porque apenas condutas aptas à realização do resultado podem ser repreendidas, haja vista que o fundamento da punição do crime tentado é justamente a

exposição do bem jurídico a um perigo concreto, real e imediato. Além disso, resta imperativa a diferenciação entre a inidoneidade relativa e a absoluta, devendo a punibilidade ser excluída quando a consumação do delito mostrar-se impossível.

De todas as teorias desenvolvidas com o escopo de fundamentar a punibilidade da tentativa, a concepção mista é a que mais se aproxima de um Direito Penal democrático, uma vez que estabelece um equilíbrio saudável entre os aspectos objetivos e subjetivos, possuindo como principal meta a garantia da vida em comunidade por meio da proteção dos bens jurídicos, mantendo o foco sobre os fatos praticados, e não sobre o autor do delito.

1.2 A caracterização do início da execução

Desde o momento no qual a intenção delituosa surge no foro íntimo do indivíduo, até a consumação do crime, ocorre uma sequência de fases, sendo que nem todas são necessariamente exteriorizadas pelo agente. Tal processo é denominado *iter criminis* (caminho do crime), e envolve “o conjunto de etapas que se sucedem, cronologicamente, no desenvolvimento do delito” (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2010, p. 17). Em geral, identificam-se ao longo do *iter criminis* as fases de cogitação e desígnio, o momento da preparação, as etapas executórias e a consumação.

A cogitação, fase que dá início ao desenvolvimento do crime, refere-se ao surgimento da intenção delituosa na mente do autor. O desígnio, por sua vez, diz respeito ao momento no qual o agente decide praticar o delito e avalia os meios necessários à realização do resultado almejado. Tanto a cogitação quanto o desígnio ocorrem na esfera íntima do indivíduo, o que justifica que o Direito Penal não considere puníveis tais fases do *iter criminis*.

Com efeito, nem mesmo a manifestação do desígnio de maneira verbal ou escrita é considerada ilícita, desde que constitua mera exteriorização dos pensamentos do agente. Isso porque a ordem jurídica democrática não reprime a simples concepção de um crime. Além disso, a revelação de uma intenção delituosa somente é punida quando lesa um bem jurídico ou o coloca em perigo por si mesma, como ocorre no crime de ameaça (artigo 147 do Código Penal).

Justamente por seu caráter íntimo e subjetivo, a cogitação e o desígnio constituem etapas sem grande relevância para a análise da tentativa. Na realidade, apenas quatro fases do *iter criminis* são efetivamente importantes para o estudo do crime tentado: a

etapa de preparação, o momento da tentativa propriamente dita, com a configuração de atos de execução, bem como as fases da consumação e do exaurimento.

A doutrina e a jurisprudência são pacíficas quanto ao entendimento de que a tentativa se configura quando o agente inicia o ataque direto ao bem jurídico protegido pela norma penal, isto é, quando começam os atos executivos. Faltam, entretanto, critérios claros para distinguir a etapa preparatória, considerada atípica, do início da execução, momento a partir do qual a conduta é punível. A respeito do tema, assim ensinam ZAFFARONI e PIERANGELI:

Contudo, qualquer que seja a diferença legislativa, verdade é que a tentativa é uma conduta que se realiza entre a preparação e a consumação, sendo claramente determinável o limite que a separa da consumação, mas sumamente problemática a sua delimitação em relação aos atos preparatórios. [...] A fórmula quase universalmente aceita do *começo de execução* diz bem pouco, não deixando de ser uma convenção ou lugar-comum, ficando esse difícil problema destinado à doutrina e à jurisprudência. (2010, p. 23)

Diante de tal dificuldade, diversas concepções teóricas foram desenvolvidas com o objetivo de indicar, como maior segurança, o momento no qual começa a execução do delito. As teorias acerca da caracterização do início da fase executiva do *iter criminis* serão detidamente analisadas nos próximos tópicos deste trabalho. Antes, porém, é necessário compreender quais atos constituem a etapa preparatória da infração.

1.2.1 Atos preparatórios

Os atos preparatórios são aqueles realizados antes do início da execução, mas que a ela se dirigem, com o escopo de torná-la possível. A fase de preparação não pertence ao foro íntimo do autor, uma vez que se consubstancia em ações exteriores, o que justifica sua relevância para o exame do crime tentado. No entanto, embora tenham o condão de sugerir a meta do agente, as ações preparatórias são atípicas e não compõem a tentativa em si. Isso porque, ao contrário dos atos executivos, a etapa de preparação não revela, necessariamente, dano ou risco imediato de lesão ao bem jurídico protegido. No mesmo sentido ensina BITENCOURT:

Mesmo fora da escola positiva, alguns autores admitem como puníveis os atos preparatórios, se os agentes são indivíduos criminalmente perigosos. Mas não foi essa a orientação adotada pelo Código Penal brasileiro, que assume, como regra geral, entendimento contrário, nos seguintes termos: "o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado" (art. 31). Na verdade, falta-lhes a tipicidade, em geral, também a antijuridicidade, características essenciais de todo fato punível. A ausência desses dois caracteres da conduta é suficiente, no nosso

ordenamento jurídico-penal, para tornar os atos preparatórios indiferentes para o Direito Penal. (2010, p. 466)

Cumprir registrar, todavia, que em certos casos, por motivos de política criminal, o legislador estabelece a punição de determinados atos preparatórios, o que pode ocorrer de duas maneiras. A primeira consiste em ampliar a proibição para além da esfera referente à tentativa, de modo que a tipicidade abranja parte da etapa de preparação. Em outras palavras, modifica-se o alcance da fórmula geral contida no artigo 14, inciso II, do Código Penal, possibilitando que o dispositivo aumente o âmbito da figura típica. Ressalte-se que tal método não cria uma tipicidade independente, mas apenas abre uma exceção à regra geral da tentativa. É o que ocorre, por exemplo, no artigo 152 do Código Penal Militar (conspiração para a prática de motim) e no artigo 260 do Código Penal brasileiro (perigo de desastre ferroviário).

É preciso distinguir tais hipóteses dos *delitos de empreendimento*, nos quais a tentativa de produção de um resultado e a sua efetiva concretização são penalmente equiparados, em especial no que se refere à pena cominada. Em outras palavras, é promovida uma equivalência típica entre a tentativa e a consumação do crime. Um bom exemplo de delito de empreendimento está previsto no artigo 352 do Código Penal, que tipifica as ações de “*evadir-se ou tentar evadir-se o preso ou o indivíduo submetido a medida de segurança detentiva, usando de violência contra a pessoa*” (GOMES, 2007, p. 534).

A segunda forma de estabelecer a punição de ações preparatórias consiste na tipificação independente. Em tais hipóteses, transforma-se o ato de preparação em um delito com tipicidade própria, ao contrário do mecanismo de punição apresentado alhures, que dá ensejo a delitos dependentes de outras figuras jurídicas. A tipificação autônoma dá origem a crimes completos, com amplitude superior à da tentativa, como é o caso do delito de formação de quadrilha ou bando (artigo 288 do Código Penal). Deve-se ter em vista que, em tais hipóteses, o próprio ato preparatório já constitui, em si, um risco para o bem jurídico tutelado, o que justifica a sua tipificação independente.

1.2.2 Teoria subjetiva

A teoria subjetiva, desenvolvida na Alemanha por VON BURI, orienta a diferenciação entre a etapa preparatória e o começo da execução com base na representação do agente. Enfatiza-se, como critério distintivo, a própria convicção do autor do delito acerca do significado de suas ações. Em outras palavras, para a teoria subjetiva, a crença do agente

de que realiza um comportamento típico revela o início da execução, momento a partir do qual a tentativa é punível.

Tal critério, no entanto, não deve ser admitido, uma vez que a utilização da convicção do próprio autor do crime quanto ao momento a partir do qual iniciou a execução da conduta típica é permeada de intenso subjetivismo e de grande insegurança jurídica. A distinção entre atos atípicos e puníveis na tentativa deve ser realizada por meio da visão de um terceiro observador, de modo que se possa obter uma análise isenta.

Ademais, deve-se ter em vista que, ao enfatizar a representação do agente, e não o perigo a que foi exposto o bem jurídico protegido, a teoria subjetiva torna menos claros os limites entre a etapa preparatória e os atos de execução. Dessa forma, percebe-se que a referida concepção teórica pode conduzir a uma ampliação excessiva do âmbito das ações puníveis na tentativa, o que é temerário e justifica a sua não aplicação. Além disso, adotar o pensamento subjetivo acarretaria grandes dificuldades probatórias, já que a comprovação da imagem representativa do autor pode ser extremamente complexa.

Com o objetivo de restringir o âmbito de punição defendido pela concepção subjetiva, foi desenvolvida a *teoria da univocidade*, a qual sustenta que, para ser imputada como ato punível de tentativa, a ação externa deve ser inequivocamente direcionada à realização de uma figura típica. Dessa maneira, atos externos que podem dirigir-se tanto à prática delituosa quanto a uma ação atípica não poderiam ser vistos como parte da execução. De acordo com a concepção teórica em análise, os atos preparatórios são ambíguos, não revelando a terceiros um necessário propósito criminoso. As ações de execução, por outro lado, não deixam dúvidas acerca da intenção do agente de cometer um delito.

A teoria da univocidade teve ampla aceitação, especialmente entre a doutrina italiana. No entanto, apesar de restringir o âmbito de condutas puníveis na tentativa, tal critério não deve ser adotado. Isso porque conduz à conclusão de que os atos preparatórios podem ser punidos, bastando para isso que sejam considerados inequivocamente dirigidos à realização de uma conduta típica. Ademais, ao exigir a comprovação do desígnio do agente de praticar um crime específico, a teoria da univocidade acaba por não diferenciar, de maneira eficiente, a etapa preparatória e os atos de execução. É preciso levar em conta que, em diversos casos, a conduta do autor do delito pode demonstrar apenas uma intenção criminosa genérica, e não inequivocamente dirigida a um tipo penal específico.

1.2.3 Teoria formal-objetiva

Com o escopo de definir com maior segurança o âmbito dos atos executivos, retratado de maneira excessivamente ampla pelas concepções subjetivistas, a teoria formal-objetiva defende que a execução se inicia com o começo da realização formal da ação típica em sentido estrito. Entretanto, ao propor uma solução para eliminar as dificuldades relativas à distinção entre ações preparatórias e atos de execução, o critério formal-objetivo acaba gerando outro problema: a definição de quando se dá início à prática formal da conduta típica *stricto sensu*.

Nem sempre é fácil distinguir quais ações correspondem ao começo da execução do delito pela mera análise do núcleo do tipo, o qual se consubstancia em um verbo genérico, tal como “matar” ou “subtrair”. Além disso, ao centrar-se no exame da atividade tipificada em lei, a teoria formal-objetiva minimiza a importância de analisar os aspectos materiais em torno dos quais a ação ocorreu, o que faz com que atos efetivamente executivos sejam ignorados, apenas porque não representam a realização formal da ação típica em sentido estrito.

Embora implique maior respeito ao princípio da legalidade e da segurança jurídica quando comparado às concepções subjetivas, tendo inclusive sido adotado pelo Código Penal brasileiro, o critério formal-objetivo também não é suficiente para estabelecer uma distinção clara entre os atos preparatórios e as atividades de execução, devido a seu enunciado excessivamente estreito. Dessa maneira, conclui-se que a teoria em análise é demasiadamente rígida e não atende de modo satisfatório às expectativas de determinação eficaz do momento a partir do qual a tentativa é punível. Nas palavras de MARINA BECKER:

A grande acolhida que teve esta teoria é explicada pela segurança jurídica que oferece, através do absoluto respeito ao princípio da legalidade. A teoria apresenta organicidade e fundamentos teóricos e políticos nítidos, uma vez que se respalda num Direito Penal de tipos, que sanciona apenas condutas típicas. Sua rigidez, entretanto, acarreta sua insuficiência, porque limita excessivamente o alcance da tentativa, deixando impunes atos inquestionavelmente executivos. Em muitos casos, é quase impossível assinalar o ponto em que começa a conduta típica, levando a que o momento em que se configura a tentativa praticamente coincida com o momento consumativo. (2008, p. 116)

1.2.4 Teoria material-objetiva

Com a constatação da demasiada estreiteza da concepção formal-objetiva, a qual não inclui na esfera punitiva do crime tentado as ações que, embora anteriores ao começo efetivo da execução, já revelam um risco ao bem jurídico tutelado, foram desenvolvidos

critérios para ampliá-la. Assim surgiu a chamada teoria material-objetiva, que funciona como uma complementação do pensamento formal-objetivo. Assim ensinam ZAFFARONI e PIERANGELI:

A evidente insuficiência do critério formal-objetivo surgiu em face da clara ideia de que o legislador quis abarcar na sua proibição também os atos que são imediatamente anteriores à realização da mesma conduta típica, pois, do contrário, deixaria o bem jurídico desprotegido diante de condutas que constituem verdadeiras ofensas, por seu caráter ameaçador – o que as torna temíveis – e que o perturbam, podendo, inclusive, ofendê-lo eventualmente, através do perigo. Disto resulta que se buscasse ampliar a mencionada teoria, complementando-a com outros critérios, o que ocorreu com a chamada “teoria material-objetiva”, ainda que teoria ela não seja, posto que carece da unidade que nos permita assim classificá-la. (2010, p. 55)

De acordo com o critério material-objetivo, a tentativa deve incluir os atos que, por estarem diretamente vinculados à conduta típica, acabam por integrá-la, na esteira de uma “concepção natural”. Tal fórmula, desenvolvida por FRANK, recorre a um elemento valorativo com o escopo de aumentar o significado do verbo que constitui o núcleo do tipo penal. No entanto, embora consiga ampliar a esfera de projeção dos crimes, o pensamento material-objetivo dilui a precisão dos tipos, o que o torna temerário. Além disso, a compreensão acerca daquilo que corresponde à “concepção natural” pode sofrer grandes variações de acordo com o julgador, abrindo espaço considerável ao arbítrio judicial.

1.2.5. Teoria objetivo-subjetiva

A concepção objetivo-subjetiva, denominada *teoria objetiva individual* em sua formulação mais moderna, projeta-se sobre o exame da conduta típica particular, o que significa que se mantém no plano objetivo. Contudo, o pensamento teórico em questão introduz um elemento subjetivo fundamental: o exame do *plano individual do autor* aliado à valoração da *proximidade imediata da concretização do crime*.

A análise do plano individual do autor permite uma identificação mais segura do ato que, de acordo com o projeto esboçado pelo agente para a realização do delito, dirige-se de maneira imediata à concretização da conduta típica. A partir de tal momento deve haver a punição da tentativa, mesmo que o autor do crime ainda não tenha adentrado o “núcleo do tipo”. Deve-se levar em conta que cada delito possui suas particularidades, uma vez que inserido em um contexto único, composto de circunstâncias características. Dessa forma, o início da execução só pode ser adequadamente indicado por meio da análise do nível de desenvolvimento obtido pela conduta de acordo com o plano traçado pelo agente para a consumação do crime.

Haja vista tratar-se da teoria mais evoluída para a indicação do momento a partir do qual a tentativa deve ser punida, entende-se que a concepção objetiva individual deve ser adotada para resolver o problema da distinção entre a etapa preparatória e o início da execução. Com efeito, JUAREZ CIRINO DOS SANTOS defende que o critério objetivo-subjetivo é o que se adequa da melhor maneira à construção de uma teoria moderna da tentativa:

Assim como a teoria causal da ação e o correspondente modelo objetivo de tipo de injusto engendraram as teorias objetivas da tentativa, a teoria final da ação e o correspondente modelo objetivo e subjetivo de tipo de injusto originaram as teorias objetivo-subjetivas da tentativa. O conceito de início de execução, que caracteriza a tentativa de um delito doloso e separa ações preparatórias impuníveis e ações executivas puníveis, antigamente definido pela pauta objetiva do modelo causal de crime, hoje deve ser definido pelo critério objetivo-subjetivo do modelo final de crime da lei penal. Em conclusão, uma teoria moderna da tentativa deve partir da representação do fato pelo autor e mostrar (a) que o plano do autor se manifesta no início de execução da ação típica e (b) que a ausência do resultado é independente da vontade do autor. (2008, p.386-387)

Entretanto, embora consista na teoria que mais se aproxima do cerne do problema, a concepção objetiva individual não chega a resolvê-lo por completo. Isso porque se trata de um simples princípio geral de orientação, sem estabelecer qualquer regra absoluta. Dessa maneira, nem todas as dúvidas relativas ao momento inicial da execução são eliminadas quando se aplica o critério objetivo-subjetivo aos casos concretos. Ainda assim, EUGENIO RAÚL ZAFFARONI e JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI sustentam a importância e a utilidade do referido pensamento teórico:

Com a teoria “objetivo-individual”, pelo menos, podemos ter alguns pontos mais ou menos claros, e acreditamos que possa, no futuro, servir de base concreta para um trabalho indagatório mais profundo: *a) o “começo da execução do delito” não é o “começo da execução da ação típica”; b) o começo de execução do delito abarca aqueles atos que, conforme o plano do autor, são imediatamente anteriores ao começo de execução da ação típica (e, logicamente, também o começo de execução da ação típica); c) um ato parcial será imediatamente precedente da realização da ação típica quando entre este e a ação típica não exista outro ato parcial; d) para se determinar se há ou não outro ato parcial intermediário dever-se-á tomar em conta o plano concreto do autor, e não o que possa imaginar um observador alheio.* (2010, p. 62, grifo dos autores)

1.3 A consumação

Como visto anteriormente, a tentativa corresponde ao comportamento punível realizado entre a etapa preparatória e a consumação da conduta típica. Contudo, para que se possa compreender tal conceito adequadamente, é necessário entender no que realmente consiste a consumação, a qual não corresponde apenas ao momento final do *iter criminis*. Determina o Código Penal brasileiro que o crime se consuma “quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal” (artigo 14, inciso I). Com isso, observa-se que a

consumação acontece quando a conduta descrita no tipo penal é completamente realizada e dá ensejo ao resultado, nas hipóteses em que este é exigido para a configuração do crime. Dessa forma, a infração pode consumir-se no próprio momento em que é realizada a conduta típica ou posteriormente, a depender do crime cometido.

Ressalte-se que a consumação do delito exige a total realização do tipo descrito em lei, o que significa que a mera produção do resultado proibido pela norma não é o suficiente para a sua configuração. Requer-se também que o fato se desenvolva nas circunstâncias eventualmente previstas na figura típica. Em outras palavras, a consumação demanda a presença de todos os elementos descritos no tipo inserido na Parte Especial do Código Penal vigente.

De acordo com a antiga classificação causal, dividem-se os delitos em *unissubsistentes* e *plurissubsistentes*. Nos primeiros, como é o caso da injúria (artigo 140 do CP), a completa realização do crime pode ocorrer com uma única ação. Já no caso das infrações plurissubsistentes, as quais constituem a maior parte das condutas tipificadas no Código Penal brasileiro, a conduta pode ser subdividida em uma sequência de atos que se sucedem cronologicamente. Dessa forma, o crime não se consuma enquanto seu autor não tiver realizado todas as ações necessárias à total concretização do tipo. Tendo-se em vista que a tentativa corresponde a uma interrupção do desenvolvimento do delito, constata-se que, em regra, ela só pode ocorrer nos crimes plurissubsistentes, nos quais a ação e o resultado podem ser dissociados.

Atualmente, contudo, prevalece classificação mais moderna, a qual diferencia os *crimes de mera atividade* dos *delitos de resultado*. Nestes, pressupõe-se a ocorrência, no mundo exterior, de um resultado separado da ação, ainda que apenas de maneira imaginária. Dentre os delitos de resultado, destacam-se os *crimes qualificados pelo resultado*, configurados quando, por meio da realização de um delito principal, produz-se também, ainda que culposamente, uma consequência especial da ação. Em tais hipóteses, ocorre uma agravamento da pena, como no caso do crime de extorsão mediante sequestro do qual resulta lesão corporal de natureza grave para a vítima (artigo 159, §2º, do Código Penal). Cumpre observar que os delitos qualificados pelo resultado consomem-se quando advém a consequência especial da ação.

Por outro lado, os crimes de mera atividade não pressupõem a ocorrência de resultado no mundo exterior, uma vez que a prática da conduta tipificada em lei é suficiente para preencher o tipo de injusto. É o caso, por exemplo, do delito de violação de domicílio (artigo 150 do Código Penal). Ao contrário dos crimes de resultado, os delitos de mera

conduta não costumam admitir a tentativa, uma vez que neles a consumação ocorre com a simples prática da ação típica, sem que se exija a ocorrência de qualquer resultado.

Vale registrar que, no caso de determinados tipos penais, a indicação do momento no qual o delito se consuma pode ser uma tarefa complexa. Isso porque o sentido preciso dos elementos descritos na figura típica, bem como sua identificação na situação concreta, podem acarretar diversos questionamentos. É o caso, por exemplo, do crime de furto (artigo 155 do Código Penal), no qual o exato significado do termo “subtrair” traz dúvidas quanto ao momento consumativo do delito. Tal dificuldade inclusive levou ao desenvolvimento de teorias que buscam trazer maior certeza quanto à ocasião na qual o delito de furto se concretiza.

Por fim, é necessário diferenciar a consumação do *exaurimento*. Para que o crime se consuma, não é preciso que o objetivo almejado pelo agente tenha se realizado, mas somente que todos os elementos da figura típica estejam presentes. O exaurimento do delito, por outro lado, corresponde ao momento no qual o autor atinge a meta por ele definida. Assim assevera MARINA BECKER: “considera-se o delito exaurido quando tiver produzido todos os efeitos danosos consequentes à violação, não podendo mais o agente intervir para impedi-los” (2008, p. 53).

Cumpramos observar que os resultados lesivos decorrentes da ação do agente podem ocorrer mesmo após a consumação do crime, conduzindo ao êxito pleno da empreitada delituosa. Isso porque, embora seja comum que aconteçam simultaneamente, a consumação e o exaurimento nem sempre ocorrem de tal forma. O crime de extorsão mediante sequestro (artigo 159 do Código Penal), por exemplo, embora se consuma quando a vítima é arrebatada pelo agente, apenas se exaure com o recebimento do resgate.

2 CRIME IMPOSSÍVEL

Toda conduta que, embora esteja dirigida à realização de uma figura típica, não apresente qualquer ofensividade em relação ao bem jurídico tutelado, é denominada *crime impossível*, instituto também conhecido como *tentativa inidônea* ou *inútil*. Tendo-se em vista que um comportamento apenas é considerado típico quando efetivamente capaz de ofender um interesse protegido pela norma penal, observa-se que o crime impossível consiste em uma hipótese de atipicidade. Com efeito, assim determina o Código Penal brasileiro em seu artigo 17: “não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime”.

Diferentemente do que ocorre na tentativa idônea, a consumação é irrealizável no delito impossível, ainda que o resultado seja viável na imaginação do agente. A impossibilidade de concretização da figura típica pode ocorrer pela completa impropriedade do objeto da ação, pela ineficácia absoluta do meio empregado pelo autor, ou por ambos os motivos. ZAFFARONI e PIERANGELI, preocupados com a precisão terminológica, defendem que a ausência de objeto passível de ser lesionado pela ação do agente implica a própria inexistência de tentativa, a qual ocorreria, na modalidade inidônea, apenas na hipótese de total ineficácia do meio utilizado. Confira-se:

A tentativa de impossível consumação é uma *tentativa inútil*, porque nunca se pode acreditar que possa causar o resultado típico, excluída a imaginação do autor. Porém, a consumação pode ser impossível por várias razões, que, fundamentalmente, são duas: porque falta algum elemento do tipo objetivo (fundamentalmente o objeto) ou porque o meio é grosseiramente inidôneo para produzir o resultado. Em ambos os casos a consumação resulta impossível, mas no primeiro deles não há tentativa, enquanto, no segundo, ela existe, porque a tentativa pressupõe a falta de consumação do tipo objetivo, mas não a falta dos elementos do mesmo. A falta da tipicidade objetiva da tentativa deve-se ao fato de não se ter chegado a ela, mas não à inexistência dos elementos exigidos para a ela se chegar. (2010, p. 79).

No entanto, antes de examinar com mais detalhes as hipóteses nas quais se configura o crime impossível, bem como o tratamento que lhe confere o Código Penal brasileiro, é necessário registrar que nem todas as correntes doutrinárias são favoráveis à sua atipicidade. Com efeito, as diversas teorias elaboradas para fundamentar a punibilidade da tentativa divergem quanto ao tratamento conferido ao delito impossível. Dessa forma, deve-se analisar a maneira como cada uma das proposições teóricas mais relevantes aborda o instituto em análise, inclusive para identificar o posicionamento adotado pela legislação penal vigente.

2.1 Concepções acerca da punibilidade do crime impossível

Podem-se dividir as principais teorias acerca da punibilidade da tentativa em três grupos: objetivas, subjetivas e intermediárias. Como já mencionado neste trabalho, as primeiras relacionam a punição do crime tentado ao perigo oferecido ao bem jurídico pela ação do agente, enquanto as concepções subjetivistas baseiam a repressão do comportamento na imagem representativa do autor. As teorias intermediárias, por sua vez, mesclam pressupostos objetivos e subjetivos para fundamentar a punição da tentativa. Cada uma de tais concepções aborda o crime impossível de uma forma, sendo necessário analisá-las para melhor compreender o referido instituto.

2.1.1 Teorias objetivas

As concepções objetivistas em geral exigem, para a configuração da tentativa, que o comportamento do agente tenha colocado o bem jurídico tutelado em uma situação de perigo. A *teoria objetiva pura*, mais especificamente, considera atípica toda a ação incapaz de provocar lesão ao interesse protegido pela norma penal. Dessa forma, a referida teoria não se preocupa com o grau de inidoneidade apresentado pela conduta do autor. Não havendo dano ou mesmo risco de ofensa ao bem jurídico, o comportamento não deve ser punido.

Por não dar relevância ao nível de inidoneidade nos casos de tentativa inútil, a concepção objetiva pura foi considerada demasiadamente estreita, além de ter sido vista como uma estimuladora da impunidade. Diante de tais críticas, foi desenvolvida a *teoria objetiva moderada*, cuja diferença essencial em relação à concepção pura é a preocupação com o grau de ineficácia do comportamento, isto é, com a distinção entre a inidoneidade *absoluta* e a *relativa* dos meios utilizados pelo autor ou do objeto da conduta.

A teoria objetiva moderada busca explicar que a inidoneidade absoluta ocorre quando os meios empregados na ação ou o objeto sobre os quais incidem impossibilitam, em todas as hipóteses, a concretização do resultado típico. A inidoneidade relativa, por outro lado, é observada quando os meios e o objeto são eficazes para a produção do resultado em um contexto geral, mas tornam-se inidôneos em razão de peculiaridades do caso concreto.

Ensina MARCELO SEMER:

Pela teoria, um meio é absolutamente inidôneo quando em si e por si é ineficaz para a consumação do delito a que se dirigiu. É relativamente inidôneo, de outro lado, quando em si e por si poderia ser eficaz para determinado propósito, mas se mostra inapto para o emprego que dele se faz. (2002, p. 37)

Quanto ao objeto, cumpre observar que a teoria objetiva moderada defende que este é absolutamente inidôneo quando inexistente por completo. É a hipótese, por exemplo, de um agente que atira contra cama vazia situada em uma casa desabitada. Todavia, se houver pessoas na residência e a vítima desejada tenha se levantado da cama minutos antes do disparo, fala-se em inexistência eventual do objeto da ação, configurando-se apenas a tentativa relativamente inidônea.

Percebe-se que, para a teoria objetiva temperada, o crime impossível corresponde ao comportamento dirigido à realização de uma figura típica, porém praticado com meios absolutamente ineficazes ou dirigido a um objeto completamente impróprio. Trata-se de conduta que não causa dano ou mesmo perigo de lesão ao bem jurídico tutelado, o que justifica a atipicidade da tentativa inteiramente inútil. Por outro lado, segundo a doutrina em análise, o crime tentado se configura quando o objeto ou o meio empregado for relativamente inidôneo, uma vez que o bem jurídico protegido é exposto a certo grau de perigo, ainda que reduzido.

A concepção objetiva moderada foi adotada pelo Código Penal vigente em seu artigo 17. No entanto, embora seja louvável por mitigar os excessos do pensamento objetivo puro, deve-se reconhecer que a teoria temperada não oferece critérios capazes de diferenciar, no caso concreto, os dois níveis de inidoneidade, o que nem sempre constitui uma tarefa fácil. Além disso, não se pode ignorar que a valoração abstrata da idoneidade afasta-se da noção de perigo objetivo, abrindo espaço para o subjetivismo. É essencial que a consideração acerca da aptidão da conduta seja realizada a cada caso, com a observância de todas as circunstâncias concretas nas quais o fato ocorreu. A tentativa inidônea é aquela que não expôs a perigo efetivo o bem jurídico tutelado pela norma penal, não podendo ser aferida com base em meras considerações abstratas.

2.1.2 Teorias subjetivas

Para a corrente doutrinária subjetivista, a punição é justificada com base na representação do autor, que acredita estar praticando um comportamento típico, e não pela agressão ao bem jurídico protegido ou pela colocação deste em perigo. Assim, as teorias subjetivas centram-se no elemento anímico, de modo que a tentativa é considerada idônea sempre que o agente acreditar que seus atos são capazes de atingir a consumação do resultado típico.

Dentre as concepções subjetivistas, destaca-se a teoria desenvolvida na Alemanha por VON BURI, a qual parte de dois pressupostos básicos: a impossibilidade de adotar um critério objetivo de causalidade na tentativa e a necessidade de repreender as manifestações de vontade contrárias ao Direito, com base na imagem representativa do agente. Em relação à primeira premissa, pode-se dizer que VON BURI, autor da teoria da equivalência das condições, não considerava viável a atribuição de causalidade ao crime tentado, já que a inocorrência do resultado é exatamente o que caracteriza tal espécie de delito.

Sob tal perspectiva, a distinção entre ações idôneas e inidôneas não se justifica, uma vez que, por não lograr a concretização do resultado típico, toda tentativa é considerada inútil. Para VON BURI, caso os atos praticados pelo agente fossem realmente eficazes, a consumação do delito teria sido alcançada. Além disso, a noção de perigo, tão importante para a configuração da tentativa segundo as teorias objetivas, não se aplica ao crime tentado de acordo com o pensamento do referido jurista alemão. Isso porque o risco envolve uma causalidade entre ação e resultado, a qual não existe na tentativa.

Da mesma forma, a idoneidade também estaria intimamente relacionada à ideia de causalidade, a qual é afastada pela inocorrência de consumação. Assim, o fundamento da punibilidade do delito tentado repousa sobre a representação do agente, que acredita estar realizando um comportamento típico. Tendo-se em vista que tal imagem representativa está presente tanto na tentativa idônea quanto na inidônea, ambas devem ser igualmente punidas.

O segundo pressuposto da teoria subjetiva de VON BURI é a necessidade de repreender as exteriorizações de vontades delituosas. De acordo com tal premissa, a punibilidade do comportamento não deve ser afastada devido ao mero fato de que o resultado almejado não se concretizou por completo. Tal assertiva baseia-se na crença de que o Direito Penal tem como função principal evitar condutas contrárias a ele, e não resguardar os bens jurídicos relevantes. Trata-se de característica típica do Direito Penal de autor, o qual não é admitido no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Cumpre registrar, neste ponto, que a *teoria sintomática*, embora se relacione à concepção subjetiva por não fundamentar a punição do crime tentado no perigo de lesão a que o bem jurídico é submetido, afasta-se dela ao basear a punibilidade da tentativa na periculosidade demonstrada pelo agente por meio de seu comportamento. Para tal pensamento teórico, tanto os crimes tentados quanto os consumados são capazes de evidenciar o caráter perigoso do autor.

Deve-se ressaltar, contudo, que a concepção sintomática preocupa-se em analisar os meios utilizados pelo agente em seu comportamento. Isso porque, se forem claramente inidôneos à realização do resultado típico, demonstram que o autor do fato não é efetivamente perigoso, não havendo necessidade de repreendê-lo. Logo, percebe-se que, ao contrário do pensamento subjetivo, a teoria sintomática dá importância à diferenciação entre a tentativa idônea e a inútil. Não se trata, todavia, de doutrina que mereça acolhida em um Direito Penal democrático, uma vez que não se debruça sobre o fato delituoso, dedicando-se apenas à aferição da periculosidade do agente.

2.1.3 Teorias intermediárias

Há ainda teorias destinadas à fundamentação da punibilidade da tentativa e do crime impossível que não podem ser classificadas somente como objetivas ou subjetivas, haja vista mesclarem pressupostos de ambas as correntes teóricas. Diante disso, tais concepções são denominadas intermediárias. É o caso, por exemplo, da *teoria da prognose póstuma* elaborada por FRANZ VON LISZT, a qual parte de um elemento objetivo: o crime tentado só deve ser punido quando provocar um risco de lesão ao bem jurídico protegido, ou seja, quando a conduta do agente evidenciar um risco iminente de concretização do resultado típico.

Com efeito, a teoria da prognose póstuma defende que a aferição da periculosidade da tentativa em relação ao bem jurídico tutelado não deve ser realizada por meio de uma abstração genérica, mas sim com base na verificação do risco concreto a que foi submetido o interesse protegido pela norma penal. Dessa maneira, resta evidente a proximidade do pensamento teórico em análise em relação à concepção objetivista. No entanto, VON LISZT inova ao propor que a avaliação da periculosidade da tentativa deve ocorrer por meio de um prognóstico realizado posteriormente, baseado em “um juízo de previsão realizado após o fato, mas no qual o juiz se remeta ao momento em que a ação se inicia” (SEMER, 2002, p. 50). Trata-se, pois, de uma aferição *ex ante* do perigo, ainda que realizada em momento posterior ao fato.

Vale ressaltar que tal verificação do risco deve considerar as circunstâncias notórias, bem como as efetivamente conhecidas pelo autor quando este praticou a ação. Aquelas que só foram descobertas pelo agente após o comportamento, por outro lado, devem ser desconsideradas. Assim, o caráter perigoso da tentativa apenas é afastado quando, avaliadas as circunstâncias notórias e as conhecidas pelo autor no momento da conduta, esta é

considerada totalmente inidônea à concretização do resultado típico. Dessa forma, a teoria da prognose póstuma aproxima-se demasiadamente das concepções subjetivas, o que prejudica a sua aplicação.

Outra doutrina intermediária é a *teoria da impressão*, a qual parte do fundamento subjetivista de que a punibilidade reside no sentimento de insegurança provocado pelo comportamento contrário ao Direito na coletividade. Trata-se de concepção teórica essencialmente preocupada com o aspecto preventivo geral do Direito Penal, baseada na ideia de que o mau exemplo fornecido pelo agente pode influenciar o comportamento dos demais indivíduos, colocando em perigo o conjunto dos interesses protegidos pelas normas penais. De acordo com tal entendimento, todas as ações geradoras de intranquilidade social deveriam ser punidas, ainda que incapazes de lesar o bem jurídico protegido.

Deve-se levar em conta que a teoria da impressão é excessivamente focada na prevenção geral, uma vez que não exige, para a punição do comportamento, efetiva lesão ao interesse tutelado pelo ordenamento jurídico, mas apenas a perturbação da segurança social. Em outras palavras, a corrente teórica em análise fundamenta-se no desassossego enfrentado pela comunidade, e não no risco a que é submetido o bem jurídico, o que conduz à punição de condutas que deveriam ser vistas como crimes de consumação impossível.

2.2 Crime impossível no Código Penal brasileiro

Em sua redação original, o Código Penal de 1940 abordava o crime impossível no artigo 14, já adotando a teoria objetiva moderada, a qual foi mantida na versão atual do Decreto-Lei. No entanto, fazia-se também uma concessão ao pensamento teórico sintomático, uma vez que, verificada a periculosidade do agente da tentativa inidônea, este deveria ser submetido a medida de segurança, como estabeleciam os artigos 76, parágrafo único, e 94, inciso III, da redação original do Código de 1940. Tal determinação legal é fortemente criticada por ZAFFARONI e PIERANGELI:

A solução é francamente censurável: como se pode aplicar medida de segurança a uma ação atípica? Como ficará o princípio democrático de governo quando se associa uma sanção penal a uma conduta não tipificada, que não ataca bem jurídico algum? A isso podemos denominar de “estado perigoso sem delito”. Será constitucional? Acreditamos que não é constitucional, porque lesa o princípio republicano e fere o princípio da legalidade: numa República, num Estado de Direito, nenhum crime pode existir e nenhuma sanção penal pode se irrogar sem que um bem jurídico seja atacado. (2010, p. 76)

Com a reforma operada na Parte Geral pela Lei 7.209/84, contudo, foi afastado o sistema do duplo binário e a cominação de medidas de segurança a indivíduos imputáveis. Dessa maneira, embora tenha mantido o texto original do dispositivo referente ao crime impossível, o legislador deixou de estabelecer a imposição de medida de segurança ao agente de tentativa inútil que fosse considerado perigoso. Assim, o Código Penal vigente apenas determina, em seu artigo 17, que a tentativa não será punida quando, por completa ineficácia do meio ou total impropriedade do objeto, a consumação do delito for inviável. Observa-se, dessa forma, que a tentativa somente será idônea e punível quando apta a atingir a realização do resultado típico, o que não ocorre nas hipóteses de crime impossível.

2.2.1 Diferenças em relação a outros conceitos

Para uma melhor compreensão do instituto, é necessário diferenciar a tentativa inútil de outros conceitos, tais como a desistência voluntária, prevista no artigo 15 do Código Penal brasileiro. Enquanto o crime impossível caracteriza-se pela inviabilidade de consumação do delito devido à inidoneidade do objeto ou dos meios empregados, a desistência voluntária configura-se quando o resultado típico não ocorre em razão do abandono da execução do crime por vontade do próprio agente. Vale lembrar que, nesta hipótese, exige-se o início da realização de atos executivos idôneos à consumação do delito. Caso o autor desista de crime cuja concretização lhe seria impraticável, trata-se de tentativa inidônea, e não de desistência voluntária.

O delito impossível também se distingue do arrependimento eficaz (artigo 15 do CP), hipótese na qual, após praticar a conduta, o autor impede a efetivação do resultado típico. Observa-se que o arrependimento eficaz não se refere a situações nas quais a consumação é inviável, pelo contrário. O crime apenas não se concretiza por ação do próprio agente. Vale lembrar que, tanto nos casos de desistência voluntária quanto nos de arrependimento eficaz, o autor responde apenas pelos atos já praticados. Ou seja, o sujeito ativo somente é punido pelas ações típicas que realizou antes de desistir da execução ou de impedir a produção do resultado.

Cumprir registrar, ainda, que o agente pode responder pelo crime-meio quando o delito-fim for de concretização impossível, uma vez que ambos se incluem no mesmo desígnio criminoso. É a hipótese, por exemplo, do indivíduo que invade casa habitada, porém desprovida de qualquer bem de valor, com o intuito específico de furtar joias. A impossibilidade de consumação do crime de furto (artigo 155 do Código Penal) por absoluta

impropriedade do objeto não obstaculiza a punição do agente pelo delito de violação de domicílio (artigo 150). No entanto, vale ressaltar que, se a residência estiver completamente vazia e desabitada, a violação de domicílio não se configura, uma vez que se trata de delito contra a liberdade individual, que não é ofendida pela entrada em imóvel inteiramente desocupado.

Também é necessário diferenciar o crime impossível do delito putativo. Enquanto o primeiro se refere a uma conduta cuja consumação é absolutamente inviável, em razão da inidoneidade do objeto ou dos meios empregados, o segundo remete a uma situação na qual o agente acredita praticar uma ação típica, embora seu comportamento não seja realmente incriminado pela ordem jurídica. Percebe-se, contudo, que ambas as figuras envolvem um erro por parte do agente: no crime putativo, há um erro relacionado à ilicitude do comportamento, enquanto o delito impossível envolve um erro sobre os próprios elementos do tipo. Assim afirma MARINA BECKER:

No crime putativo, o dolo se endereça à produção de um resultado lícito que o autor imagina ilícito. O autor conhece o significado fático de sua conduta e supõe que seja a mesma delituosa. O crime putativo é um conceito jurídico que pertence ao mundo do direito. A impossibilidade é jurídica. No crime impossível existe dolo dirigido a um efeito ilícito, acompanhado de erro relacionado à causalidade, aos meios ou ao objeto, sendo atinente à materialidade da ação. A impossibilidade é física.

[...]

O delito putativo ou imaginário é um *erro sobre a ilicitude do fato* ou erro de direito, ao revés. O crime impossível ou tentativa inidônea é um *erro sobre elementos do tipo* ou erro de fato, ao revés. Nas duas hipóteses, o agente incorre em erro, seja porque supõe a existência de uma norma que proíbe sua conduta, seja porque acredita presente em seus atos uma característica que na realidade não existe. (2008, p. 141-142, grifos da autora)

Não se pode negar que a distinção entre o crime putativo e o delito impossível nem sempre é livre de dificuldades. Uma figura que incita questionamentos é a do agente provocador, hipótese na qual alguém estimula outra pessoa a cometer um crime, ao mesmo tempo em que se prepara para surpreendê-la na execução do delito, impossibilitando a sua consumação. Parte da doutrina, na qual se inclui NÉLSON HUNGRIA, defende tratar-se de hipótese de crime putativo, ao argumento de que a prática da conduta delituosa ocorreria apenas no imaginário do autor.

No entanto, é mais correto inserir a hipótese do agente provocador na esfera do delito impossível, uma vez que, em tal situação, o bem jurídico é protegido¹ de maneira intensa, com o objetivo de inviabilizar a consumação do crime, possibilitando apenas que o

¹ Tal proteção pode decorrer da vigilância exercida por dispositivos e técnicas de segurança, como será demonstrado no capítulo 4 deste trabalho.

agente seja surpreendido em flagrante. Não se pode olvidar que as circunstâncias do caso concreto devem ser sempre levadas em consideração. Dessa forma, caso o delito se consuma mesmo com toda a proteção dedicada ao bem jurídico, obviamente não há que se falar em crime impossível. Assim assevera MARCELO SEMER acerca da questão:

No âmbito do crime impossível, onde nos parece mais acertado localizar a hipótese do agente provocador, a ineficácia do meio ou a impropriedade do objeto tornam sempre atípica a tentativa, seja oriunda de um flagrante preparado ou meramente esperado. Tanto a provocação do crime quanto a preparação do flagrante podem tornar – e em regra tornam – inviável a consumação e, por conseguinte, inidônea a ação, ainda que os impeditivos sejam causados pelo excessivo acautelamento do bem pela vítima ou agentes policiais. (2002, p. 92)

Cumprе observar, ainda, que o crime impossível não se confunde com a tentativa irreal ou supersticiosa, a qual se baseia em uma causalidade que não pode ser concretamente verificada. Em tais hipóteses, o agente sequer dá início efetivo à execução do delito, visto que acredita atuar por meio de forças que não podem ser comprovadas cientificamente, tais como espíritos, duendes e feitiços. Já na tentativa inidônea, os atos de execução são iniciados, sendo que a conduta seria relevante para o Direito Penal, desde que não fosse completamente incapaz de realizar o resultado típico.

Após a distinção do crime impossível de outros conceitos pertinentes, restam bem delimitados os seus contornos. Contudo, uma melhor compreensão da tentativa inidônea exige uma avaliação cuidadosa das hipóteses nas quais o instituto se configura. Em outras palavras, é necessário demonstrar o que significa a absoluta ineficácia do meio utilizado pelo agente e a total impropriedade do objeto da ação, o que será realizado nos itens a seguir.

2.2.2 A ineficácia do meio empregado

Segundo a doutrina, meio absolutamente ineficaz é aquele inapto à concretização do resultado típico por sua própria natureza. Em outras palavras, o meio é completamente inidôneo quando incapaz de criar um nexο causal efetivo entre a conduta e o fim almejado pelo autor. Por outro lado, fala-se em ineficácia relativa quando o meio utilizado é normalmente apto à consumação do delito, a qual não ocorre somente devido às circunstâncias concretas em que a conduta é praticada, ou então porque o meio foi empregado de maneira inadequada.

Cumprе registrar que a expressão “meio” não pode ser entendida apenas como o instrumento utilizado pelo agente. Trata-se de termo muito mais amplo, que envolve o próprio comportamento do autor, isto é, a maneira por ele escolhida para alcançar o resultado

típico. Deve-se ter em vista que os meios selecionados para a execução, embora considerados idôneos pelo agente, nem sempre são efetivamente aptos à concretização do delito, caracterizando o crime impossível. Nesse sentido ensinam ZAFFARONI e PIERANGELI:

A esta altura já sabemos que por “meio” não se pode entender o “instrumento” de que se vale o autor, mas sim a conduta em si que realiza enquanto põe em marcha a causalidade no mundo físico, ou seja, o seu comportamento. Supõe-se que todo autor atua racionalmente enquanto realiza a conduta, no sentido de que submete a crítica a sua decisão de fazer com que a mesma seja o meio adequado para a realização do fim proposto. Não obstante, na prática, isso não sucede, porque nem sempre o homem atua racionalmente, seja quando se propõe a cometer um delito como quando se propõe à mais virtuosa das ações. (2010, p. 89)

Não se pode olvidar que a inidoneidade, tanto na forma absoluta quanto na relativa, não decorre exclusivamente de aspectos intrínsecos dos meios empregados, podendo advir de causas alheias ao comportamento do autor. A eficácia causal deve ser aferida por intermédio do confronto das características dos meios utilizados em relação às peculiaridades da situação concreta na qual a conduta se desenvolveu. Assim entende MARINA BECKER:

A ineficácia que torna o delito impossível não é apenas a relacionada aos atos do agente. A impossibilidade pode ser determinada por causas estranhas à conduta. Eficácia ou capacidade causal é a força operando no sentido determinado pelo sujeito. Não depende apenas das qualidades intrínsecas dos meios, mas destas confrontadas com eventuais resistências. (2008, p. 135)

De acordo com a teoria objetiva temperada, a qual é adotada pelo Código Penal brasileiro, a tentativa só é atípica quando considerada absolutamente inidônea. Nos casos em que é apenas relativamente incapaz de atingir a consumação, a conduta deve ser punida. No entanto, embora a diferenciação doutrinária seja bastante clara, no plano concreto costumam surgir situações limítrofes nas quais indicar se o meio empregado foi completamente inapto à produção do resultado, ou apenas de modo relativo, torna-se uma tarefa complexa. É o caso, por exemplo, da tentativa praticada sob a vigilância de aparatos de segurança, a qual será detidamente analisada no próximo capítulo.

2.2.3 A impropriedade do objeto

Extrai-se do artigo 17 do Código Penal que, além da hipótese de completa ineficácia dos meios empregados, o crime impossível também se configura em caso de absoluta impropriedade do objeto, ou seja, quando este não é passível de sofrer o resultado desejado pelo autor da conduta. Em tais hipóteses, a consumação do delito é inviável em

razão de circunstâncias desconhecidas pelo agente, as quais tornam o objeto da ação incapaz de ser ofendido.

A impropriedade do objeto da conduta pode ser absoluta ou apenas relativa. A primeira hipótese ocorre quando aquele é inexistente desde o início da execução ou desprovido de alguma característica essencial à concretização do delito. Em tais hipóteses, constata-se a ocorrência do crime impossível, restando imperativo o reconhecimento da atipicidade da conduta. Isso porque o bem jurídico protegido não foi colocado em perigo, requisito essencial à punição do comportamento. A impropriedade relativa, por outro lado, configura-se quando circunstâncias eventuais impedem que o objeto da ação seja lesionado, inviabilizando a produção do resultado típico. Em tais situações, não se verifica a atipicidade do comportamento, devendo a tentativa ser reprimida.

2.2.4 O exame da idoneidade

É importante que a verificação acerca da idoneidade da conduta seja baseada em aspectos fáticos, e não em meras considerações abstratas. Isso porque a eficácia do meio empregado pelo agente, assim como a vulnerabilidade do objeto da ação, varia de acordo com as peculiaridades da situação concreta. Para ZAFFARONI e PIERANGELI, não se pode abrir mão da análise do plano do autor para uma aferição adequada da idoneidade da conduta. Em outras palavras, de acordo os referidos juristas, é preciso avaliar *ex ante* a adequação do comportamento praticado em relação ao resultado desejado pelo agente:

Toda tentativa é idônea se nos remetemos ao pensamento do autor no momento de empreendê-la – *ex ante* – mas é também inidônea quando a vemos historicamente, como acontecimento do passado – *ex post*. O fundamental será pois, situar-se *ex ante* e questionar sobre a adequação da conduta ao fim visado pelo autor. Logicamente, deve-se ter em conta o *plano do autor*, vale dizer, a idoneidade deve ser valorada concretamente, e não no campo abstrato. (2010, p. 89, grifo dos autores)

Tal posicionamento doutrinário, contudo, não é unânime. MARCELO SEMER, por exemplo, embora concorde que a análise das particularidades do caso concreto é essencial para a aferição da idoneidade do comportamento, prefere privilegiar uma avaliação *ex post*, levando em conta as circunstâncias que influenciaram o desenvolvimento da conduta e que já existiam desde o início da execução. Não é outro o ensinamento do referido autor:

Tem-se propugnado, no entanto, que a verificação da idoneidade ou inidoneidade dos meios empregados pelo agente deve levar em conta as circunstâncias em que os fatos transcorreram, fazendo-se, assim, uma aferição *ex post*. Como consideração *ex post* se pretende uma averiguação posterior, com o conjunto das circunstâncias que

atuaram no curso da ação – mas que já existissem (sejam preexistentes ou concomitantes) no início da execução.

A incorporação dos fatos transcorridos na análise da idoneidade dos meios possibilita a conclusão de que um meio absolutamente inidôneo possa servir na prática à consumação do crime [...]. Permite ainda afastar-se da consideração da tentativa uma inidoneidade *apenas relativa* – e, portanto, típica –, baseada em um raciocínio meramente especulativo, que se divorcie da realidade fática. (2002, p. 87-88)

Em todo caso, o mais importante é ter em vista que a expressão “absoluta”, utilizada no artigo 17 do Código Penal, refere-se à inidoneidade na situação concreta e específica, e não em um contexto geral, para qualquer hipótese. Isso porque um meio completamente incapaz de matar uma pessoa saudável pode ser apto a ceifar a vida de um indivíduo com um determinado problema de saúde, por exemplo. Nenhum comportamento pode ser considerado inidôneo, de maneira absoluta ou relativa, com base apenas em considerações abstratas. Em outros termos, a análise da realidade fática é indispensável.

3 TENTATIVA EM FACE DE MECANISMOS DE VIGILÂNCIA

Quando se introduz o tema do crime tentado cometido sob a vigilância de dispositivos de segurança, logo se pensa na tentativa de furto praticada no âmbito de grandes estabelecimentos comerciais, tais como lojas de departamentos e supermercados. Com efeito, os referidos locais costumam possuir mecanismos de vigilância variados, tais como câmeras, etiquetas magnéticas, alarmes e mesmo funcionários cuja função específica é observar os clientes e evitar a ocorrência de furtos. No intuito de ampliar ao máximo suas margens de lucro, os estabelecimentos comerciais têm se munido de cada vez mais aparatos destinados a impedir a subtração de seus produtos.

Deve-se observar, no entanto, que o presente tema não se restringe às tentativas de furto cometidas no interior de lojas equipadas com mecanismos de vigilância. Na realidade, os operadores do Direito têm de lidar com a questão dos dispositivos de segurança nos mais diferentes contextos, envolvendo diversos delitos além do furto, como será demonstrado no próximo capítulo. Dessa forma, constata-se a extrema relevância do estudo da influência dos aparatos e técnicas de vigilância sobre o crime tentado.

Assim, é preciso aferir se a presença de mecanismos de segurança interfere de maneira absoluta na idoneidade do meio empregado ou do objeto da ação, tornando inviável a produção do resultado típico. Em outras palavras, é essencial analisar se a tentativa praticada em local equipado com sistema de vigilância é delito de consumação impossível ou não. Caso a resposta seja positiva, resta imperativo o reconhecimento da atipicidade da conduta, uma vez que a intervenção do Direito Penal só se justifica quando um bem jurídico relevante tiver sido lesado ou efetivamente exposto a perigo.

3.1 A proteção dos bens jurídicos como função do Direito Penal

No Estado Democrático de Direito, paradigma que repudia a noção de um ordenamento penal arbitrário e desprovido de limites, entende-se que só existe crime quando um bem jurídico considerado digno de proteção é ofendido ou colocado em perigo. Com efeito, de acordo com CLAUS ROXIN, “a imputação ao tipo objetivo pressupõe a realização de um perigo criado pelo autor, não coberto pelo risco permitido, dentro do alcance do tipo” (2002, p. 310). Dessa maneira, percebe-se que a teoria da imputação objetiva segundo ROXIN, concepção bastante aclamada nos dias atuais, demonstra estreita vinculação à ideia de que um

Direito Penal democrático deve ocupar-se da proteção dos bens jurídicos. Assim assevera o referido autor:

A teoria da imputação objetiva, em cuja renovação e desenvolvimento moderno tenho tido uma participação destacada, decorre inexcusavelmente do princípio de proteção de bens jurídicos e, nesta direção, tem chegado a alcançar uma ampla difusão internacional. Querendo o Direito penal proteger bens jurídicos contra os ataques humanos, isto só será possível na medida em que o Direito penal proíba a criação de riscos não permitidos e, ademais, valere a infração na forma de uma lesão do bem jurídico, como injusto penal. Portanto, ações típicas são sempre lesões de bens jurídicos na forma de realização de riscos não permitidos, criados pelos homens. (2009, p. 40)

Cumpra observar que é muito difícil fornecer um conceito exaustivo de bem jurídico, uma vez que não se trata de definição estritamente jurídica, mas também permeada por aspectos referentes ao contexto econômico e político em que se insere. Além disso, trata-se de conceito que assumiu diferentes significados ao longo do desenvolvimento do Direito Penal, de acordo com as visões político-criminais predominantes em cada momento histórico. Ainda assim, é possível extrair uma noção moderna de bem jurídico das palavras de JUAREZ TAVARES:

Bem jurídico é um elemento da própria condição do sujeito e de sua projeção social, e nesse sentido pode ser entendido como um valor que se incorpora à norma como seu objeto de preferência real e constitui, portanto, o elemento primário da estrutura do tipo, ao qual se devem referir a ação típica e todos os seus demais componentes. Sendo um valor e, portanto, um objeto de preferência real e não simplesmente ideal ou funcional do sujeito, o bem jurídico condiciona a validade da norma e, ao mesmo tempo, subordina sua eficácia à demonstração de que tenha sido lesado ou posto em perigo. Por isso são inválidas normas incriminadoras sem referência direta a qualquer bem jurídico, nem se admite sua aplicação sem um resultado de dano ou de perigo a esse mesmo bem jurídico. A existência de um bem jurídico e a demonstração de sua efetiva lesão ou colocação em perigo constituem, assim, pressupostos indeclináveis do injusto penal. (2003, p. 198)

Importa ressaltar, ainda, que a intervenção jurídico-penal é hipótese de *ultima ratio*, devendo ocorrer apenas quando indispensável e devidamente justificada. Dessa forma, aquelas condutas incapazes de lesar ou expor a perigo qualquer bem jurídico relevante devem ser excluídas do âmbito de proteção do Direito Penal, uma vez que este não pode fundamentar a punição na mera desobediência de suas normas. Nesse sentido é a lição de FABIO ROBERTO D'AVILA:

Não basta o reconhecimento de um bem jurídico dotado de dignidade penal como objeto de tutela da norma – o que significa, para além de analogia material com a Constituição e necessidade de tutela penal, o reconhecimento de um valor trans-sistemático e concretizável –, mas é também necessário que esse mesmo bem jurídico tenha sofrido, no caso concreto, um dano/violação – ofensa própria dos crimes de dano –, ou um perigo/violação, nas formas de concreto pôr-em-perigo e cuidado-de-perigo – formas de ofensa exigidas, respectivamente, nos crimes de perigo concreto e nos crimes de perigo abstrato –. Ou cairíamos no discurso

falacioso e metodológico equivocado de que, para tutelarmos bens jurídicos é preciso proibir fatos não ofensivos a bens jurídicos. (2009, p. 54)

Dentre entre as condutas incapazes de lesar ou expor a perigo um bem jurídico incluem-se as tentativas praticadas na presença de dispositivos de segurança eficientes. Como será demonstrado nos tópicos a seguir, o uso de aparatos de vigilância eficazes interfere na idoneidade do meio empregado e do objeto da ação, tornando impossível a consumação do delito. Dessa maneira, é preciso reconhecer a atipicidade de tais condutas, em razão da inocorrência de lesão ou mesmo de risco ao bem jurídico tutelado. De maneira semelhante entende MARCELO SEMER:

De se notar que em certos casos o incremento dos dispositivos de segurança tende com mais facilidade e eficiência a reduzir a criminalidade do que a utilização do Direito Penal. Em relação a esta modernização da segurança pode-se aventar a prescindibilidade da punição nas tentativas de furto realizadas em grandes supermercados ou em lojas de auto-serviço, sem qualquer esvaziamento na função protetiva do ordenamento. A segurança tem-se estruturado de tal forma a tornar praticamente impossível a subtração dos pertences – pelos dispositivos eletrônicos de alarme ou a vigilância das câmeras de vídeo –, mantendo protegido em grande escala o patrimônio da vítima. Não se vislumbra nestas hipóteses em tela, em que os bens estão cada vez mais protegidos, a necessidade de recorrer ao Direito Penal. (2002, p. 165)

3.2 Condições que interferem na idoneidade do meio e do objeto

Como já mencionado neste trabalho, a tentativa inidônea se configura quando o meio empregado no comportamento é absolutamente ineficaz, assim como nas hipóteses em que o objeto da ação é totalmente impróprio, inviabilizando a produção do resultado típico almejado pelo autor. A presença de dispositivos de segurança eficientes no local da prática da conduta interfere tanto na idoneidade do meio utilizado pelo agente quanto na do objeto da ação, como restará evidenciado pelos argumentos tecidos abaixo.

3.2.1 Defeito intrínseco do meio

Ao escolher a maneira como praticará a conduta delituosa, o agente seleciona meios que acredita serem aptos a alcançar o resultado típico desejado. Por exemplo: para furtar roupas de uma loja de departamentos, é possível que o sujeito ativo decida esconder as mercadorias em uma bolsa que carrega consigo. Evidentemente, a retirada dos itens das araras e seu depósito no interior da sacola ocorrerão quando ninguém estiver por perto, de modo que o autor da ação sinta-se seguro de que não é observado.

No entanto, o que parece ser um meio capaz de produzir o resultado típico torna-se completamente inútil diante de um sistema de vigilância plenamente eficaz. Caso a loja do exemplo acima possua câmeras de vídeo estrategicamente posicionadas, cujas imagens sejam transmitidas em uma sala ocupada por um funcionário encarregado de vigiar a movimentação dos clientes, a conduta criminosa será facilmente observada. Dessa maneira, os seguranças do estabelecimento serão prontamente acionados para que interceptem o autor do delito.

Pode ocorrer, ainda, que algum dos empregados da loja considere suspeitas as atitudes do agente, prestando atenção na conduta delituosa desde o começo. Com isso, a ação será rapidamente interrompida no momento em que for constatada a intenção do autor de subtrair as roupas. Dessa forma, a consumação do furto é inviável, uma vez que o comportamento do sujeito ativo foi vigiado desde o seu início, com o exato propósito de impedir a concretização do resultado típico.

Também é possível que a loja em questão atrele, às peças de roupa expostas à venda, etiquetas magnéticas retiradas somente após a efetuação do pagamento. A utilização de tais dispositivos permite que, caso alguém decida sair do estabelecimento sem pagar pelas mercadorias, os sensores posicionados junto às saídas acionem um alarme, chamando a atenção dos seguranças. Dessa maneira, se por algum motivo não tiver levantado a suspeita de nenhum dos funcionários do local, e também não tenha sido flagrado pelas câmeras de vídeo instaladas, o agente será surpreendido ao sair da loja pelo alarme acionado graças às etiquetas magnéticas. A pronta ação da equipe de segurança interromperá a conduta delituosa, cuja consumação já era impossível desde o seu início, em razão da vigilância constante e eficaz.

O exemplo mencionado acima envolve um estabelecimento comercial equipado com diversos mecanismos de segurança, funcionando adequadamente e propiciando uma vigilância plena e eficiente. Em tais hipóteses, os dispositivos de segurança tornam o meio empregado pelo autor da conduta completamente inidôneo, incapaz de atingir a consumação do delito. O sujeito ativo não tem como concretizar o resultado típico diante de vigilância tão eficaz, não havendo qualquer dano ou mesmo risco de lesão ao bem jurídico protegido pela norma penal.

Não se pode ignorar a possibilidade de que, ciente da presença de mecanismos de segurança no local, o agente utilize, na prática delitiva, um meio cujo objetivo seja burlar o sistema de vigilância. Ainda em relação ao exemplo do furto de roupas na loja de departamentos, pode ser que o indivíduo que deseja levar as peças sem pagar por elas utilize um estilete para arrancar as etiquetas magnéticas antes de esconder as mercadorias em sua

bolsa. No entanto, tal atitude não necessariamente viabiliza a consumação do delito, uma vez que é necessário analisar em conjunto todas as circunstâncias pertinentes ao caso. Daí a importância de que o magistrado analise o caso concreto ao julgar a ação penal, de modo a evitar decisões arbitrárias e inadequadas. A questão acerca da relevância do exame das circunstâncias fáticas será retomada no tópico 3.3 deste trabalho.

Cumpra ainda reiterar que, embora o exemplo acima mencionado faça referência apenas ao crime de furto (art. 155 do Código Penal), a presença de aparatos de vigilância plenamente eficazes interfere na idoneidade dos meios empregados na prática de diversos outros delitos, inviabilizando a produção do resultado típico. É o caso, por exemplo, da corrupção em sua modalidade passiva² (art. 317), ativa³ (art. 333), do contrabando ou descaminho (art. 334) e do tráfico ilícito de entorpecentes⁴ (art. 33 da Lei 11.343/06). Exemplos concretos serão cuidadosamente examinados no capítulo 4.

3.2.2 *Impossibilidade objetiva de lesão no bem jurídico*

Os mecanismos de segurança, quando eficazes, protegem o bem jurídico tutelado de maneira tão eficiente que se torna impossível ofendê-lo ou mesmo colocá-lo em perigo efetivo. Dessa forma, tendo-se em vista que a vigilância torna o bem jurídico intangível, deve-se reconhecer a atipicidade da conduta, uma vez que comportamentos absolutamente desprovidos de lesividade devem ser excluídos do âmbito de punição do Direito Penal. Nas palavras de MARCELO SEMER:

Na medida em que o Direito Penal se limita a proteger os bens jurídicos, que é sua função essencial e por intermédio da qual realiza as demais – como reforçar valores ético-sociais nos indivíduos ou a vigência da própria norma –, excluem-se de seu âmbito de proteção as condutas que não lesem ou não exponham a perigo bens jurídicos. (2002, p. 114)

Cumpra observar que o bem jurídico protegido e o objeto material da conduta não são sinônimos. Com efeito, o primeiro consiste em um valor considerado pelo Direito Penal digno de proteção, enquanto o objeto material refere-se ao indivíduo ou à coisa sobre a qual incide o comportamento do sujeito ativo. “No furto, por exemplo, o bem é o patrimônio,

² Exceto na modalidade de solicitação.

³ Não se ignora a natureza formal atribuída às duas modalidades de corrupção ativa: *oferecer* ou *prometer* vantagem indevida a funcionário público, para que este pratique, omita ou retarde ato de ofício. No entanto, a possibilidade de configuração de crime impossível em decorrência do flagrante preparado será bem demonstrada no próximo capítulo.

⁴ Quando praticado apenas um dos verbos nucleares previstos no tipo objetivo.

o objeto material a coisa alheia móvel que está sendo subtraída” (SEMER, 2002, p. 107). Quanto à importante distinção entre os dois conceitos, assim assevera JUAREZ TAVARES:

O bem jurídico, por seu turno, não se confunde com o objeto da ação, pois não pode ser entendido no sentido puramente material, como se fosse uma pessoa ou uma coisa, mas no sentido da característica dessa pessoa e de suas relações, isto é, como valor decorrente da vida individual e social, indispensável à sua manutenção e ao seu desenvolvimento. (2003, p. 202)

No entanto, embora não se confundam, o objeto da ação e o bem jurídico protegido pela norma penal estão intimamente relacionados. Especialmente nos crimes materiais, o objeto da conduta faz uma referência direta ao bem jurídico tutelado. Quando aquele é atingido de alguma forma pelo comportamento do agente, o bem jurídico que se busca resguardar também é alcançado, sendo efetivamente lesado ou apenas exposto a perigo.

Nesse sentido ensina MARCELO SEMER:

Ressalte-se que nem toda vulneração do objeto será necessariamente uma lesão ao bem – o princípio da insignificância é um exemplo –, ao passo que nem toda lesão ao bem depende de uma vulneração a objeto da ação – caso dos crimes de mera conduta. Ainda que não se confundam, curial se observar que em certos crimes – como os materiais, o objeto da ação vem a ser a referência concreta do bem jurídico idealizado. Sem a afetação do objeto que o representa não se perfaz a lesão ao bem jurídico. (2002, p. 107)

Dessa maneira, resta bem demonstrada a relação direta existente entre o objeto da ação e o bem jurídico tutelado pela norma penal. Com isso, torna-se evidente que, ao proteger de maneira plena o objeto material da conduta, tornando-o absolutamente impróprio à produção do resultado típico, o sistema de vigilância eficiente acaba por acautelar também o bem jurídico resguardado pela figura típica. Em outros termos, os dispositivos de segurança totalmente eficazes acabam por impedir que o bem jurídico protegido seja ofendido ou mesmo submetido a situação de risco. Conclui-se, portanto, que os aparatos de vigilância, além de tornarem inútil o meio empregado pelo agente, também interferem na idoneidade do objeto da ação, restando plenamente configurado o crime impossível.

3.3 Extensão, qualidade e eficácia dos dispositivos de segurança

É fundamental ter em vista que a configuração da tentativa absolutamente inidônea em decorrência de aparatos de vigilância exige que estes sejam extensos, plenos e eficazes. É evidente que, caso os dispositivos de segurança possuam falhas, pouca amplitude, ou possam ser facilmente burlados, a consumação do delito será viável, apenas não ocorrendo

por circunstâncias alheias à vontade do agente, não havendo que se falar na hipótese do artigo 17 do Código Penal brasileiro, mas sim em tentativa punível.

Isso ocorre porque, quando os mecanismos de segurança não são suficientemente aptos a obstaculizar a consumação do delito, o meio empregado pelo agente pode ser eficaz mesmo diante da vigilância. Também pode ocorrer que, embora interfiram na idoneidade do meio adotado pelo agente, os aparatos de segurança o tornem apenas relativamente ineficaz à produção do resultado, sem inviabilizar a consumação do crime de maneira absoluta. Em tais casos, a tentativa é idônea e deve haver a punição do autor.

A falta de qualidade dos aparatos de segurança também torna o objeto da conduta passível de ofensa ou exposição a perigo pela ação do agente do delito. Em outras palavras, a vigilância ineficiente não acautela o objeto da ação de maneira plena, sendo impossível afirmar sua total impropriedade. Em tais situações, o comportamento do autor pode atingir o bem jurídico tutelado, ainda que somente por meio da exposição deste a situação de risco. Assim, tendo-se em vista que o crime tentado cometido sob a vigilância de mecanismos ineficientes de segurança é capaz de colocar em perigo o objeto da ação, atingindo o bem jurídico ao qual faz referência, não há que se falar na hipótese do artigo 17 do Código Penal, mas sim em tentativa punível, ainda que haja inidoneidade relativa.

Ante o exposto, percebe-se a importância de que cada caso seja cuidadosamente analisado, de modo que o exame das circunstâncias fáticas possa demonstrar a extensão, a qualidade e a eficácia dos aparatos de vigilância presentes no local onde ocorreu a conduta delituosa. Faz-se necessário reunir, ao longo da instrução criminal, provas acerca da eficiência dos dispositivos de segurança no dia e momento dos fatos, a fim de que o magistrado possa chegar a uma decisão adequada. “Somente o julgador do processo é que poderá avaliar o caso concreto, verificando, assim, a ineficácia ou impropriedade absoluta do objeto” (CALLEGARI, 1998, p. 16).

Infelizmente, no entanto, é comum que os juízes brasileiros evitem a análise minuciosa da situação fática, preferindo adotar entendimentos absolutos. A grande maioria defende que o sistema de vigilância jamais impede por completo a consumação do delito, enquanto outros, em menor número, asseveram que os mecanismos de segurança sempre tornam o crime impossível. Observa-se, assim, que os julgadores minimizam a importância da verificação do caso concreto. Contudo, a análise das circunstâncias fáticas, embora aumente o trabalho do magistrado, é essencial, uma vez que reduz a arbitrariedade, possibilitando decisões mais fundamentadas e justas.

Os julgadores também devem levar em conta que a vigilância plena, extensa e eficaz não corresponde a um sistema ideal de segurança. Com efeito, como qualquer outro produto da ação humana, os aparatos de vigilância não estão imunes a falhas. No entanto, é totalmente possível que os mecanismos de segurança adotados estejam em perfeita função no momento de um determinado fato, ou que a ação simultânea de diversos dispositivos e técnicas de vigilância inviabilize de maneira absoluta a consumação de um delito. Todavia, a maior parte da doutrina e da jurisprudência não entende dessa forma, por razões que ultrapassam a fria análise do artigo 17 do Código Penal, como será demonstrado a seguir.

3.4 Vigilância, crime impossível e sentimento de impunidade

O reconhecimento da tentativa inidônea em decorrência de aparatos eficientes de vigilância tende a incomodar muitos doutrinadores e magistrados. Isso não ocorre apenas por discordarem de que a presença de dispositivos de segurança torne impossível a consumação do crime, mas também em razão de um suposto sentimento de impunidade. Com efeito, deixar de punir o agente que apenas não logrou produzir o resultado típico devido à vigilância eficaz à qual sua ação foi submetida pode ofender o senso de justiça de alguns. Nas palavras de MARCELO SEMER:

Do ponto de vista político, a impunibilidade do crime impossível é um incômodo. Significa manter ao largo da punição o agente que exterioriza uma manifestação delituosa, que se lança na execução de um crime com o pleno propósito de consumá-lo, apenas porque, por defeito de seu planejamento ou por circunstâncias favoráveis ao resguardo do objeto tutelado, sua ação é inidônea ou incapaz de obter o resultado pretendido. (2002, p. 146)

Determinados doutrinadores e magistrados chegam até mesmo a afirmar que o reconhecimento do crime impossível em decorrência de vigilância eficiente pode incentivar a prática de delitos em locais munidos de mecanismos de segurança, levando o agente a crer que, caso seja surpreendido no curso da ação, não sofrerá consequências, uma vez que seu comportamento será considerado atípico. Confira-se, a título de exemplo, trecho do acórdão da apelação criminal nº 70027494194, julgada em 18/02/2009 pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

Os sistemas de proteção existentes em lojas de departamentos, ainda que capazes de acompanhar desde o início a atividade criminosa, não são suficientes para impedir, na totalidade dos casos, a subtração de bens, e no caso, a acusada já havia retirado a etiqueta eletrônica dos produtos a serem subtraídos, não conseguindo sair do estabelecimento comercial por ser flagrada em atitude suspeita por um dos funcionários.
[...]

Acrescenta-se, ainda, que no caso de se acolher a tese esposada na decisão apelada, estar-se-á abrindo sérios precedentes, inclusive no sentido de estar descriminalizando-se a tentativa de furto em supermercados e lojas que possuem vigilância pessoal, de modo a incentivar práticas deste tipo, inculcando maior sensação de impunidade, porquanto, cada vez que alguém for surpreendido praticando delitos desta natureza, imediatamente, levantará a bandeira do chamado crime impossível. (RIO GRANDE DO SUL, 2009, p. 04-05, grifo nosso)

A noção de que o agente deve ser repreendido por uma conduta cuja consumação é impossível, como é o caso da tentativa inútil em decorrência de mecanismos de segurança eficazes, possui inegável relação com a ideia de que qualquer manifestação contrária à ordem jurídica deve ser punida. No entanto, não se pode olvidar que um Direito Penal democrático não deve preocupar-se com condutas incapazes de lesar um bem jurídico ou mesmo de colocá-lo em perigo. Com efeito, trata-se de instrumento subsidiário que só deve ser utilizado quando outras formas de coerção não se mostrarem eficientes. Além disso, o Direito Penal possui natureza fragmentária, o que significa que sua intervenção só deve ocorrer com a finalidade de proteger bens jurídicos relevantes de ataques significativos.

Dessa maneira, percebe-se que uma expansão exagerada do ordenamento jurídico-criminal não é benéfica para a sociedade, uma vez que a repressão penal não ataca o problema da criminalidade em suas raízes, sendo insuficiente para conferir maior segurança à coletividade. Logo, inexistem justificativas para que seja aceita a punição de uma conduta cuja consumação seria inviável, como é o caso da tentativa inidônea em decorrência de aparatos de vigilância eficazes, não havendo que se falar em combate ao sentimento de impunidade. Nesse sentido é a lição de SEMER:

Não se justifica, assim, sob a ótica de uma política criminal democrática, permeada pela intervenção mínima, a punibilidade do crime impossível. Quer porque representa um certo resíduo da punição sintomática, quer pelo afastamento da função instrumental do Direito Penal, não servindo efetivamente como forma de proteção de bens jurídicos. (2002, p. 165)

4 CASOS PRÁTICOS

Os efeitos da influência de aparatos e técnicas de vigilância eficientes sobre a idoneidade de determinadas condutas tornam-se mais claros por meio da análise de casos concretos. Como já demonstrado no presente trabalho, a apreciação das circunstâncias fáticas é imprescindível, uma vez que permite a verificação da qualidade, extensão e eficácia dos dispositivos de segurança presentes no local dos fatos. Dessa forma, torna-se possível avaliar a idoneidade do meio empregado, bem como do objeto da ação.

Diante disso, foram selecionados alguns julgados significativos do Superior Tribunal de Justiça (STJ), os quais envolvem crimes comumente praticados na presença de mecanismos de vigilância: furto (art. 155 do Código Penal), contrabando ou descaminho (art. 334), corrupção passiva (art. 317) e ativa (art. 333), além de tráfico ilícito de entorpecentes (art. 33 da Lei 11.343/06). A análise cuidadosa do inteiro teor do acórdão de cada um dos precedentes escolhidos possibilitará uma demonstração mais clara da influência dos dispositivos de segurança sobre a idoneidade da conduta.

4.1 Furto

O crime de furto busca proteger a posse, a propriedade e mesmo a detenção de coisas móveis, isto é, de objetos capazes de serem deslocados de um local para outro. É essencial que a coisa subtraída seja *alheia*, ainda que seu proprietário, possuidor ou detentor não possa ser identificado. Os objetos que não pertencem a nenhuma pessoa, por outro lado, não constituem objeto de furto. É o caso, por exemplo, da *res derelicta* (coisa abandonada por seu dono), da *res nullius* (que nunca pertenceu a alguém) e, em regra, da *res commune omnium*⁵ (utilizada por todos, como a luz do sol e o ar). Para uma melhor compreensão do assunto, leia-se o que determina o artigo 155 do Código Penal:

Furto

Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§1º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno.

§2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.

§3º - Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.

⁵ No entanto, se a coisa comum for empregada para gerar energia, pode constituir objeto de furto.

Furto qualificado

§4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido:

I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa;

II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza;

III - com emprego de chave falsa;

IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas.

§5º - A pena é de reclusão de três a oito anos, se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior.

O furto é crime comum, o que significa que pode ser praticado por qualquer indivíduo, à exceção do proprietário da coisa. O sujeito passivo do delito, por sua vez, pode ser o dono do objeto, seu mero possuidor ou “[...] mesmo o *detentor* da coisa alheia móvel, desde que tenha algum interesse legítimo sobre a coisa subtraída” (BITENCOURT, 2011a, p. 33, grifo do autor). Trata-se, ainda, de crime material, comissivo, de forma livre e que pode se desenvolver em diversas etapas. É também delito de dano, consumando-se apenas quando o bem jurídico protegido, consubstanciado no patrimônio da vítima, for efetivamente lesado.

A conduta deve ser dolosa, não havendo a tipificação do furto culposo. Em outras palavras, exige-se que o agente tenha a intenção consciente de subtrair objeto móvel que saiba pertencer a outrem. Vale lembrar que o dolo deve abranger todas as elementares da figura típica, de modo a afastar a hipótese prevista no artigo 20 do Código Penal. O tipo subjetivo do furto também é composto por um *especial fim de agir*, o qual consiste na finalidade de se apropriar do objeto subtraído, para si mesmo ou para outra pessoa. Caso o agente não aja com o fim específico de apossamento definitivo, isto é, com *animus appropriativo*, o crime não se configura.

A indicação do momento consumativo do furto dá ensejo a grande debate doutrinário e jurisprudencial. Embora seja pacífica a natureza material do delito, que apenas se consuma com a ocorrência do resultado previsto no tipo, é difícil precisar quando efetivamente acontece a subtração. Diante de tal dificuldade, foram desenvolvidas algumas teorias com o objetivo de determinar o momento no qual o crime se consuma. Acerca do tema, assim ensina NÉLSON HUNGRIA:

Em torno ao momento consumativo do crime de furto, debatem-se várias teorias, umas extremadas, outras temperadas: a da *contrectatio*, a da *apprehensio*, a da *amotio*, a da *ablatio*. Se para alguns basta o tocar com as mãos a coisa móvel alheia, *cum affectu furandi*, para que o furto se consuma, outros, divergindo *ex diametro*, entendem que somente ocorre a consumação quando a *res furtiva* é levada *ad locum quo destinaverat fur*. Mas há os que buscam um meio-térmo entre tais extremos: não basta tocar com as mãos, nem tampouco segurar ou apreender a coisa, mas também não é necessário que o agente consiga transportá-la a um predeterminado lugar *ad quem*: é suficiente a deslocação da coisa, mas de modo que esta se transfira para a posse exclusiva do ladrão. Mas, aqui, também, há controvérsia. Que se deve entender por essa transferência de posse, ou, melhor, quando se pode dizer realizada tal transferência? Afirmam uns que surge a posse do ladrão quando êste consegue afastar-se da esfera de atividade patrimonial, de custódia ou de vigilância do

dominus, ainda que, perseguido, venha a ser imediatamente despojado. Opinam outros, entretanto, que é necessário estabelecer-se um estado *tranquilo*, embora transitório, de detenção da coisa por parte do agente. Inclino-me, decididamente, por esta última solução. (1955, p. 22-23)

Segundo CEZAR ROBERTO BITENCOURT (2011a), o furto se consuma quando o objeto é afastado do âmbito de disponibilidade da vítima, garantindo ao agente a posse tranquila da *res furtiva*, ainda que momentaneamente. No entanto, a indicação concreta e precisa do momento consumativo do crime nem sempre é tarefa fácil, uma vez que a execução do furto pode ocorrer de maneira exígua, quase se confundindo com a sua consumação, embora se trate de crime material e que pode se desenvolver em várias etapas.

Cumpra observar que a forma tentada do delito é plenamente possível, ocorrendo sempre que o *iter criminis* for interrompido, por razões alheias à vontade do agente, antes que a coisa móvel subtraída seja retirada do âmbito de disponibilidade do ofendido, passando à posse pacífica do autor do crime. Vale lembrar, contudo, que a tentativa não é punida nas hipóteses de ineficácia absoluta do meio empregado e de completa impropriedade do objeto da ação, como ocorre quando o furto tentado ocorre em local equipado com aparatos de vigilância plenamente eficazes. Tal questão foi abordada no agravo regimental no recurso especial nº 1.132.592/MG, de relatoria do Ministro Jorge Mussi, julgado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça em 20/09/2011. Segue, abaixo, transcrição da ementa do referido precedente judicial:

TENTATIVA DE FURTO. ESTABELECIMENTO COMERCIAL. SISTEMA DE VIGILÂNCIA. CRIME IMPOSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. Conforme jurisprudência desta Corte, o fato da acusada estar sendo vigiada, por sistema de segurança do estabelecimento comercial, não impede, por inteiro, a consumação do delito patrimonial, afastando-se, portanto, a figura do crime impossível.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1132592/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/09/2011, DJe 29/09/2011)

Na situação em análise, a agravante tentou furtar roupas expostas à venda em um hipermercado, arrancando as etiquetas magnéticas atreladas às peças com as mãos e os dentes, para logo em seguida esconder as mercadorias em sua bolsa. No entanto, a acusada foi flagrada pelo sistema de câmeras de vídeo instalado no local, cujas imagens eram continuamente observadas por um dos funcionários do estabelecimento. Assim que a intenção criminosa da agente foi constatada, suas ações passaram a ser cuidadosamente monitoradas, possibilitando que os seguranças do hipermercado a abordassem no estacionamento do local.

Condenada pelo juízo singular, a acusada apelou da sentença e foi absolvida pela Corte estadual. Contra o acórdão que assim decidiu, a acusação interpôs recurso especial perante o Superior Tribunal de Justiça. Por meio de decisão monocrática, o relator deu provimento à irresignação. Inconformada, a defesa interpôs agravo regimental, pugnando pelo reconhecimento do crime impossível. Ao julgar o referido recurso, o Ministro Jorge Mussi posicionou-se da seguinte maneira:

A jurisprudência desta Corte já firmou posição no sentido de que o fato de o indivíduo ser apanhado antes de sair do estabelecimento comercial com as mercadorias subtraídas, devido a [*sic*] existência de sistema de vigilância, não é capaz de afastar a tipicidade da conduta. Na verdade, o instituto da tentativa serve exatamente para punir, embora mais brandamente, a pessoa que por circunstâncias alheias à sua vontade, não conseguiu consumir seu intento criminoso.

[...]

Assim, no âmbito da decisão agravada não se adotou em momento algum a teoria subjetiva quanto à configuração da tentativa, e sim a própria teoria objetiva asseverada pela agravante, pois, como demonstrado pela jurisprudência acima colacionada, a conduta perpetrada pela ré acarretou perigo ao bem jurídico tutelado pela norma – patrimônio –, haja vista que, como asseverado acima, havia probabilidade de causação do resultado ilícito – ineficácia **relativa** do meio –, sendo de rigor o reconhecimento da prática criminosa pela sentenciada, na forma tentada, devendo os autos serem remetidos ao Tribunal de Origem para prosseguir no julgamento da apelação defensiva quanto às demais matérias lá ventiladas (BRASIL, 2011, p. 04-06, grifo do autor).

Ao contrário do que entendeu a Quinta Turma do STJ, o caso em exame não apresenta hipótese de tentativa relativamente inidônea, mas sim de crime impossível. Extrai-se do inteiro teor do acórdão que os aparatos de vigilância instalados no hipermercado, consistentes em sistema eficiente de câmeras de vídeo, cujas imagens eram acompanhadas de modo contínuo por funcionário do local, bem como em seguranças estrategicamente posicionados, tornaram categoricamente inviável a consumação do delito.

Com efeito, os dispositivos de vigilância presentes no estabelecimento comercial interferiram de maneira absoluta na idoneidade da conduta. O meio utilizado pela agente na prática delitiva tornou-se absolutamente ineficaz em face do monitoramento constante exercido pelas câmeras de vídeo instaladas no local, as quais produziram imagens de qualidade, atentamente observadas por um dos funcionários da loja. Além disso, o sistema de segurança resguardou os produtos expostos à venda de maneira plena, fazendo com que se tornassem objetos completamente impróprios à concretização do resultado típico. Dessa forma, verifica-se que o bem jurídico tutelado esteve completamente protegido, não tendo sofrido qualquer ofensa ou mesmo exposição a perigo. Logo, a absolvição da acusada deveria ter sido mantida pela Corte Superior, em razão da atipicidade de sua conduta.

Cabe ressaltar, ainda, que o fato de os seguranças do hipermercado terem interceptado a agente apenas no estacionamento do local não afasta a inidoneidade da tentativa praticada. Isso porque os funcionários de estabelecimentos comerciais costumam ser treinados para abordar os suspeitos de furto somente nas saídas das lojas, de modo a evitar tumultos no interior destas, haja vista que qualquer agitação pode assustar os demais clientes e prejudicar as vendas. Nesse sentido é a lição de ANDRÉ LUÍS CALLEGARI, que discorre da seguinte maneira sobre a influência da vigilância eficiente sobre o furto tentado:

Logo, nos casos em que a conduta do agente é previamente vigiada, é dizer, desde o início é controlada, por exemplo, por agentes de segurança de um estabelecimento comercial, torna-se impossível a consumação do delito, ainda que os agentes esperem o momento adequado para efetuar a prisão. Não há como se falar em tentativa de furto, posto que se analisada a situação, veremos que o meio utilizado pelo agente era absolutamente ineficaz. Isso porque desde o início era vigiado, o que impossibilitaria a consumação do delito. Ocorre que nesses casos em que a ação é percebida desde o início pela vigilância, torna-se *ex ante* inidônea, em face do conjunto das circunstâncias, visto que não apresenta perigo concreto ao bem jurídico. (1998, p. 16)

Ante o exposto, resta evidente que a tentativa de furto pode tornar-se completamente inidônea em face da presença de aparatos e técnicas de vigilância eficientes no local dos fatos. É necessário, contudo, avaliar as particularidades do caso concreto de maneira meticulosa, a fim de que se possa constatar com certeza suficiente que os mecanismos de vigilância interferiram de maneira absoluta na idoneidade do meio empregado e do objeto da ação, tornando impossível a consumação do delito.

4.2 Contrabando ou descaminho

O artigo 334 do Código Penal brasileiro apresenta duas figuras típicas distintas, mas que produzem efeitos jurídico-penais equivalentes por opção político-criminal. O *contrabando* consiste na importação ou exportação de produto proibido, enquanto o *descaminho* ocorre quando o autor do delito deixa de pagar direito ou imposto decorrente da entrada ou saída de mercadorias permitidas do território nacional. Confira-se, na íntegra, o que estabelece o tipo penal em questão:

Contrabando ou descaminho

Art. 334. Importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

§1º - Incorre na mesma pena quem:

- a) pratica navegação de cabotagem, fora dos casos permitidos em lei;
- b) pratica fato assimilado, em lei especial, a contrabando ou descaminho;

c) vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem;

d) adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal, ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos.

§2º - Equipara-se às atividades comerciais, para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências.

§3º - A pena aplica-se em dobro, se o crime de contrabando ou descaminho é praticado em transporte aéreo.

Ambas as figuras típicas buscam proteger a Administração Pública. Com efeito, deve-se reconhecer que a importação e exportação de artigos proibidos prejudicam interesses nacionais, especialmente de cunho econômico. Além disso, o delito previsto no artigo 334 do Código Penal também resguarda o erário público, o qual é lesado pelo não pagamento de direitos e tributos devidos em razão da entrada ou saída de mercadorias permitidas do país.

O crime em questão é comum, o que significa que não exige nenhuma condição especial de seu sujeito ativo, podendo ser cometido por qualquer indivíduo. Vale lembrar, no entanto, que se a conduta for praticada por funcionário público que infringe seu dever funcional específico, ocorre o delito previsto no artigo 318⁶ do Código Penal, e não a figura típica descrita no artigo 334. O sujeito passivo do crime de contrabando ou descaminho, por outro lado, é o Estado, o qual é representado por seus entes federativos e, de maneira mais específica, pelo “[...] erário público e a Receita Federal, que são fraudados em sua integridade orçamentário-fiscal” (BITENCOURT, 2011b, p. 251).

O delito de contrabando se consuma quando os produtos proibidos entram no território nacional, no caso de importação, ou quando saem dos limites alfandegários, na hipótese de exportação. Já o descaminho, quando ocorre por meio da aduana, tem seu momento consumativo com a liberação dos objetos sem o pagamento dos direitos e tributos devidos. No entanto, se a entrada ou saída das mercadorias ocorrer em outro lugar que não a alfândega, a infração se consuma assim que os produtos entrarem no território nacional ou saírem dele. De qualquer forma, caso a prática do contrabando ou descaminho aconteça por meio da aduana, a conduta apenas se consuma com a liberação dos produtos e sua entrega ao destinatário.

⁶ Facilitação de contrabando ou descaminho.

Ressalte-se que a forma tentada é admitida no delito previsto no artigo 334 do Código Penal, uma vez que se trata de crime cuja execução pode ser fracionada em duas ou mais etapas e interrompida antes da consumação. Com efeito, é plenamente possível que o agente tente importar ou exportar artigos proibidos, ou mesmo que busque entrar ou sair do território nacional com produtos permitidos sem pagar os direitos e impostos devidos, sendo impedido por circunstâncias inesperadas. Assim assevera CEZAR ROBERTO BITENCOURT:

A tentativa é teoricamente admissível, pois é perfeitamente possível fracionar o *iter criminis* tanto do contrabando quanto do descaminho. Em termos bem esquemáticos, é perfeitamente possível *tentar* importar ou exportar mercadoria proibida, ou *tentar liberar* mercadorias permitidas sem pagar as correspondentes obrigações alfandegárias, sendo inviabilizada por circunstâncias alheias à vontade do agente. No entanto, não nos parece possível reconhecer a *tentativa* de contrabando ou descaminho quando a mercadoria é apreendida na aduana, mesmo antes de transpor as barreiras alfandegárias. Poder-se-á estar, inclusive, diante de um crime impossível, dependendo das circunstâncias, ou, ainda, de meros atos preparatórios. Acreditamos que confisco e multa, no plano administrativo, resolvem satisfatoriamente a infração fiscal. (2011b, p. 266, grifos do autor)

A tentativa de contrabando ou descaminho pode ser completamente inidônea. Isso ocorre, por exemplo, quando a aduana é equipada com aparatos e técnicas eficientes de vigilância, com a fiscalização de todas as mercadorias importadas ou exportadas e de seus comprovantes de pagamento de tributos. É imprescindível analisar cuidadosamente todas as peculiaridades do caso concreto, de modo a verificar de que maneira ocorria a fiscalização alfandegária. Caso a vigilância seja constante, eficaz e tenha incidência sobre todas as importações e exportações, a configuração do crime impossível resta evidente. Dito isso, passa-se ao exame do *habeas corpus* nº 120.586/SP, de relatoria do Ministro Nilson Naves, julgado pela Sexta Turma do STJ em 05/11/2009, cuja ementa foi redigida da seguinte maneira:

Contrabando (condenação). Bolsas e porta-maquagens (marca contrafeita). Território nacional (ingresso). Crime (consumação/tentativa). Pena-base (cálculo). Habeas corpus (correção da pena).

1. Há vozes, e de bom tempo, por exemplo, a de Fragoso nas "Lições", segundo as quais, "se a importação ou exportação se faz através da alfândega, o crime somente estará consumado depois de ter sido a mercadoria liberada pelas autoridades ou transposta a zona fiscal".
2. Assim, também não há falar em crime consumado se as mercadorias destinadas aos pacientes foram, no caso, apreendidas no centro de triagem e remessas postais internacionais dos correios.
3. No cálculo da pena-base, o juiz há de dar toda atenção às circunstâncias estabelecidas pelo art. 59 do Cód. Penal. Unicamente a elas, é o que a melhor técnica recomenda.
4. Não se justifica a pena fixada no dobro do mínimo, quando, como no caso, a sentença só se refere às circunstâncias do crime - importação de mercadoria falsificada.
5. Havendo excesso de pena-base na sentença, é admissível a sua correção no julgamento da ação de habeas corpus.

6. A norma penal prevê a possibilidade de se aplicarem sanções outras que não a pena privativa de liberdade para crimes de pequena e média gravidade, como meio eficaz de combater a crescente ação criminógena do cárcere.

7. Ordem concedida para se reduzir a pena e para se substituir a privativa de liberdade por restritiva de direitos.

(HC 120586/SP, Rel. Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 05/11/2009, DJe 17/05/2010 RT vol. 898, p. 562)

No caso em tela, os produtos falsificados que os pacientes buscavam introduzir no país foram apreendidos pela fiscalização aduaneira. Após observarem a elevada quantidade de bolsas e porta-maquagens importados por meio de apenas duas remessas postais vindas da China, os fiscais desconfiaram da autenticidade das mercadorias e entraram em contato com a representante brasileira da grife internacional que supostamente fabricaria os produtos. Constatada a falsificação dos objetos, os pacientes foram denunciados pelo crime consumado de contrabando.

Superadas as devidas etapas processuais, ambos os acusados foram condenados a 02 (dois) anos de reclusão em regime semiaberto. A sentença foi posteriormente confirmada pela Corte estadual em sede de apelação. Em seguida, foi impetrada ordem de *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça, por meio da qual a defesa alegou que os acusados eram submetidos a constrangimento ilegal, uma vez que o delito a eles imputado não teria atingido a sua consumação. Tal entendimento foi acolhido pela maioria da Sexta Turma do STJ, que reconheceu a ocorrência do crime em sua forma tentada.

No caso em análise, a vigilância constante e eficaz não restou evidenciada. Com efeito, não foi demonstrado que a fiscalização aduaneira incidia sobre a totalidade das importações, de modo a tornar inviável a consumação do delito. Extrai-se do inteiro teor do acórdão que os fiscais apenas verificaram a procedência das mercadorias proibidas em razão da alta quantidade de produtos enviados da China por meio de somente duas remessas postais. Dessa forma, constata-se que o Superior Tribunal de Justiça decidiu corretamente ao reconhecer a tentativa idônea de contrabando.

Para que se configure o crime impossível, é necessário que a vigilância incidente sobre a conduta seja plena, abrangente, constante e eficaz. Isso não ocorre, por exemplo, quando a regularidade das importações e exportações é fiscalizada por amostragem. Em tais hipóteses, os fiscais da aduana verificam apenas alguns dos produtos que entram ou saem do país, e não a sua totalidade. Assim, o meio empregado pelo agente não se torna absolutamente ineficaz, também não havendo que se falar em objeto totalmente impróprio. Com isso, resta demonstrada, novamente, a importância da análise das circunstâncias fáticas nas quais a conduta se desenvolveu.

4.3 Corrupção passiva

A tipificação do delito de corrupção passiva possui como objetivo a proteção de um bem jurídico funcional, qual seja, a Administração Pública. Trata-se de figura típica que busca resguardar a integridade administrativa, de modo a evitar o desvirtuamento das funções públicas. Além disso, é delito autônomo em relação ao crime de corrupção ativa (art. 333 do CP), o que significa que a configuração de uma das espécies de corrupção nem sempre exige a realização da outra. Confira-se o que determina o artigo 317 do Código Penal brasileiro:

Corrupção passiva

Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

§ 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.

§ 2º - Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

O sujeito ativo da corrupção passiva é sempre um funcionário público, ainda que este se utilize de intermediário na execução do crime. Vale lembrar que o delito em questão pode ser praticado por agente público que não se encontre no exercício de sua função no momento da conduta, ou então que esteja temporariamente afastado de suas atividades, bastando que se utilize de seu cargo na prática delituosa. O sujeito passivo do delito, por outro lado, “é o Estado-Administração (União, Estado, Distrito Federal e Município), bem como a entidade de direito público, além do particular eventualmente lesado [...]” (BITENCOURT, 2011b, p. 110).

Seu tipo subjetivo é o dolo, ou seja, a intenção consciente de aceitar, receber ou solicitar, ainda que de maneira indireta, a vantagem indevida. É fundamental que o dolo abarque os elementos constitutivos do tipo por completo, de modo que não ocorra o erro de tipo (art. 20 do Código Penal). Ademais, exige-se a presença de um elemento subjetivo especial, o qual consiste na finalidade do comportamento: a obtenção de benefício impróprio, para si mesmo ou para outrem.

Observa-se que o crime de corrupção passiva possui três modalidades: *solicitar* ou *receber* vantagem indevida em razão de função pública, ou *aceitar* promessa de tal benefício. Quanto à solitação de vantagem imprópria, a corrupção passiva é delito formal, consumando-se instantaneamente, com a mera conduta de solicitar a regalia indevida. Em

relação às demais modalidades, por outro lado, a consumação do crime requer o efetivo recebimento ou o aceite da promessa de benefício impróprio, tratando-se de crime material.

Embora a tentativa não seja, em regra, admissível no que se refere à solicitação de vantagem indevida e ao aceite de promessa de benefício impróprio, não se pode asseverar que a forma tentada do delito de corrupção passiva é inviável. Isso porque, na situação concreta, é possível que o *iter criminis* seja passível de interrupção, restando configurada a tentativa. Nesse sentido é a lição de CEZAR ROBERTO BITENCOURT:

Não é, em regra, admissível a tentativa nas modalidades de solicitar vantagem indevida ou aceitar promessa dela, tratando-se, na terminologia de alguns autores, de crimes de consumação antecipada. Na verdade, em qualquer das modalidades, embora seja de difícil configuração a figura tentada, quando *in concreto*, for possível interromper o *iter criminis*, a tentativa poderá configurar-se. (2011b, p. 123)

Quanto à solicitação de vantagem indevida, não há que se falar em inidoneidade da conduta em razão da interferência de mecanismos de vigilância. Com efeito, é plenamente possível que o crime se concretize mesmo em local equipado com dispositivos de segurança, não havendo que se falar em tentativa inútil. Em relação às modalidades de receber benefício impróprio ou aceitar promessa dele, contudo, a presença de aparatos e técnicas eficientes de vigilância pode tornar ineficaz o meio empregado, bem como impróprio o objeto da ação, inviabilizando a consumação do delito.

Imagine-se o seguinte exemplo: existe a suspeita de que um determinado magistrado tem recebido vantagens indevidas para proferir decisões favoráveis aos interesses de certos advogados em processos de sua competência. Diante de tal desconfiança, as autoridades policiais resolvem esconder uma câmera de vídeo e áudio em pleno funcionamento no gabinete do referido funcionário público. Além disso, mandam um investigador disfarçado ir ao encontro do juiz fingindo ser um causídico interessado em comprar uma sentença, com o objetivo de demonstrar a imoralidade do magistrado.

Contudo, ainda que o juiz receba o benefício impróprio oferecido pelo agente camuflado, ou aceite promessa de tal vantagem, não há que se falar em delito consumado, mas sim em crime impossível em decorrência da preparação do flagrante. Isso porque a concretização da corrupção passiva era inviável desde o início da ação, a qual foi submetida à vigilância eficiente tanto do investigador disfarçado quanto da câmera de vídeo e áudio instalada no local.

Resta evidente que, na situação acima, o bem jurídico tutelado pela figura típica descrita no artigo 317 do Código Penal, qual seja, a Administração Pública, esteve perfeitamente resguardado ao longo de toda a ação, não tendo sofrido qualquer dano ou

mesmo risco de ofensa. Tendo-se em vista que a principal função do Direito Penal é proteger bens jurídicos relevantes, pode-se considerar atípica a ação do magistrado, uma vez que a consumação do delito de corrupção passiva era inviável.

Após tais considerações, é possível passar à análise de um caso concreto significativo, tal como o recurso em *habeas corpus* nº 19.321/MG, de relatoria da Ministra Laurita Vaz, julgado em 18/12/2007 pela Quinta Turma da Corte Superior (decisão publicada no Diário de Justiça no dia 11/02/2008). Confira-se a ementa do referido precedente judicial:

RHC. CRIME DE CORRUPÇÃO PASSIVA PRATICADO POR VEREADORES. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. NÃO-OCORRÊNCIA. INÉPCIA DA DENÚNCIA NÃO VERIFICADA. PROVA. GRAVAÇÃO POR VÍDEO DE QUE TINHA CONHECIMENTO UM DOS PARTICIPANTES. ILICITUDE NÃO EVIDENCIADA.

1. Hipótese em que os Recorrentes, Vereadores municipais, teriam recebido dinheiro do Prefeito para aprovar determinados projetos de lei.
 2. A circunstância de a vantagem recebida ser indevida constitui-se em elemento normativo do tipo, sem o qual o fato não constitui o crime de corrupção passiva.
 3. Os valores recebidos pelos Vereadores, para aprovarem projetos de lei de interesse do Prefeito, sejam provenientes dos cofres públicos ou de particulares, constituem vantagem indevida e, conseqüentemente, podem ensejar a prática do crime de corrupção passiva.
 4. A denúncia demonstra, de forma clara e objetiva, os fatos supostamente criminosos, com todas as suas circunstâncias, bem como o possível envolvimento dos Recorrentes nos delitos em tese, de forma suficiente para a deflagração da ação penal, bem como para o pleno exercício de suas defesas, não podendo, pois, ser reputada como inepta.
 5. A uníssona jurisprudência desta Corte, em perfeita consonância com a do Pretório Excelso, firmou o entendimento de que a gravação efetuada por um dos interlocutores que se vê envolvido nos fatos em tese criminosos é prova lícita e pode servir de elemento probatório para a notitia criminis e para a persecução criminal.
 6. Recurso desprovido.
- (RHC 19321/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/12/2007, DJ 11/02/2008, p. 1)

No caso em exame, os recorrentes eram acusados de corrupção passiva por terem supostamente recebido vantagem indevida em razão do exercício do cargo de vereador. Extrai-se do inteiro teor do acórdão que, no segundo semestre do ano de 2002, os quatro acusados teriam se reunido com o prefeito de Alfenas/MG no gabinete deste. Após afirmar que precisava do apoio dos vereadores, o prefeito ofereceu, aos recorrentes, considerável soma em dinheiro para que votassem favoravelmente a determinados Projetos de Lei. Interessados no benefício impróprio, os quatro vereadores concordaram em receber as quantias em espécie. Todas as ações mencionadas foram capturadas por câmera de vídeo e áudio instalada no gabinete. Posteriormente, verificou-se que os acusados da prática de corrupção passiva realmente votaram a favor dos Projetos de Lei do interesse do prefeito.

Verifica-se, no caso em questão, que a mera vigilância exercida pela câmera de vídeo e áudio instalada no local dos fatos não inviabilizou a consumação do delito, o qual inclusive atingiu seu exaurimento. Em outras palavras, a presença do referido dispositivo de segurança não interferiu na idoneidade da conduta praticada. Dessa forma, constata-se que o Superior Tribunal de Justiça decidiu o caso de maneira adequada, não havendo que se falar em crime impossível.

Ainda assim, deve-se reconhecer que, exceto na modalidade de solicitar vantagem indevida, a configuração da tentativa inidônea em decorrência de aparatos e técnicas de vigilância é possível no delito de corrupção passiva. Embora se trate de figura típica raramente cometida na forma tentada, em razão da dificuldade de interrupção do *iter criminis* antes do momento consumativo, a presença de dispositivos de segurança pode inviabilizar a concretização do crime, como ocorre nas hipóteses de flagrante preparado. Em todo caso, uma análise cuidadosa da situação concreta é imprescindível.

4.4 Corrupção ativa

Assim como o tipo penal abordado no tópico acima, a corrupção ativa visa à proteção da probidade da Administração Pública. Seu agente pode ser qualquer indivíduo, uma vez que não exige qualidade ou condição especial. O sujeito passivo do delito, por outro lado, é sempre o Estado-Administração. Vale lembrar que a corrupção pode ocorrer apenas em sua forma ativa, sem que a espécie passiva se configure. A ocorrência simultânea, por sua vez, também é plenamente possível. Veja-se o que dispõe o artigo 333 do Código Penal vigente:

Corrupção ativa

Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Parágrafo único – A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

A caracterização do crime somente ocorre quando a oferta de vantagem indevida for feita expressamente. Seu elemento subjetivo geral é o dolo, mas exige-se também a presença de finalidade específica, a qual consiste em determinar que o funcionário público pratique, omita ou retarde ato de ofício. Cumpre observar, ainda, que ambas as modalidades de corrupção ativa, isto é, *oferecer* ou *prometer* benefício impróprio, são consideradas delitos formais, consumando-se assim que o funcionário público toma ciência da promessa de

vantagem indevida ou do seu oferecimento. A forma tentada do crime dificilmente ocorre, predominando o entendimento de que a tentativa só pode se configurar quando a oferta ou promessa ocorrer por escrito. Nesse sentido ensina BITENCOURT:

Consuma-se o crime com o efetivo conhecimento, pelo funcionário, do oferecimento ou promessa de vantagem indevida. Tratando-se de crime de mera conduta, é despicienda a existência da *vantagem*, pois se consuma apenas com a *oferta*, isto é, com o simples *oferecer*, ainda que a oferta não seja aceita. Pune-se, indiferentemente, quando se tratar de oferta ou promessa dirigida ao funcionário por *interposta pessoa*.

A tentativa é admissível apenas na hipótese de oferta escrita. (2011b, p. 247, grifos do autor)

Entretanto, ainda que a corrupção ativa seja um delito de natureza formal, raramente ocorrido na forma tentada, é necessário observar que a sua consumação torna-se inviável quando a infração se desenvolve na presença de aparatos eficientes de vigilância, os quais interferem na idoneidade do comportamento. Confira-se o seguinte exemplo: com o objetivo de flagrar determinado funcionário público na prática de conduta delituosa, um policial disfarçado esconde gravador de amplo alcance em uma sala e, em seguida, pede que o referido agente do Estado vá ao seu encontro. Quando finalmente estão a sós no recinto, o policial oferece ou promete vantagem indevida ao funcionário público para que este pratique, omita ou retarde ato de ofício.

Percebe-se que, em tal hipótese, a corrupção ativa não se concretizou graças à intensa proteção conferida ao bem jurídico tutelado pela vigilância do policial disfarçado e do gravador estrategicamente escondido. Com efeito, embora a figura típica prevista no artigo 333 do Código Penal possua caráter formal, os interesses da Administração Pública não foram ofendidos ou mesmo expostos a perigo de lesão. Dessa forma, deve ser reconhecida a ocorrência de crime impossível. Assim como ocorre com outras infrações, incluindo a espécie passiva da corrupção, o flagrante preparado, com o monitoramento constante das ações dos envolvidos, inviabiliza a concretização do delito.

Cumpra reiterar a importância da análise do caso concreto e de suas peculiaridades, haja vista que a eficiência dos mecanismos de vigilância incidentes sobre a conduta deve restar amplamente evidenciada. Como exemplo, tem-se o *habeas corpus* nº 52.989/AC, de relatoria do Ministro Felix Fischer, julgado em 23/05/2006 pela Quinta Turma do STJ (decisão disponibilizada no Diário de Justiça em 01/08/2006). Segue, abaixo, a transcrição da ementa do referido precedente:

PENAL. HABEAS CORPUS. ARTS. 288 E 333 DO CÓDIGO PENAL. QUADRILHA. CONFIGURAÇÃO. CORRUPÇÃO ATIVA. FUNCIONÁRIO PÚBLICO. FLAGRANTE PREPARADO. INOCORRÊNCIA. GRAVAÇÃO DE CONVERSA POR UM DOS INTERLOCUTORES. PROVA LÍCITA.

DOSIMETRIA DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO. CONCURSO MATERIAL NÃO CARACTERIZADO.

I - Para a configuração do delito de quadrilha não é necessário que todos os integrantes tenham sido identificados. Basta a comprovação de que o bando era integrado por quatro ou mais pessoas (precedentes).

II - A teor do disposto no art. 327 do Código Penal, considera-se, para fins penais, o estagiário de autarquia funcionário público, seja como sujeito ativo ou passivo do crime (precedente do Pretório Excelso).

III - Não há que se confundir flagrante preparado, modalidade que conduz à caracterização do crime impossível, com o flagrante esperado.

IV - A gravação de conversa realizada por um dos interlocutores é considerada prova lícita, e difere da interceptação telefônica, esta sim, medida que não prescinde de autorização judicial.

V - Para efeito de apreciação em sede de writ, a decisão condenatória reprochada está suficientemente fundamentada, uma vez que, não obstante tenha estabelecido a pena-base acima do mínimo legal, o fez motivadamente.

VI - Não evidenciado na espécie, há que se afastar o concurso material de crimes. Writ parcialmente concedido.

(HC 52989/AC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/05/2006, DJ 01/08/2006, p. 484)

No caso em tela, a acusada telefonou para o DETRAN e, ao falar com alguns dos funcionários da referida autarquia, ofereceu-lhes vantagens financeiras para que expedissem carteiras de habilitação sem a observância dos procedimentos necessários. No entanto, um de seus interlocutores gravou a conversa telefônica na qual a acusada ofereceu o benefício indevido⁷, o que foi utilizado como prova da infração. As instâncias de origem decidiram a favor da condenação, o que motivou a ré a impetrar ordem de *habeas corpus* perante o STJ. A Quinta Turma da Corte Superior, contudo, não absolveu a acusada, tendo somente reduzido a pena a ela imposta.

No entanto, observa-se que a consumação do delito seria impossível. Resta claro que, em virtude da gravação do diálogo telefônico, a probidade da Administração Pública restou plenamente resguardada, incapaz de ser ofendida ou mesmo exposta a perigo de lesão. Dessa forma, tendo-se em vista que a intervenção penal apenas se justifica para a proteção de bens jurídicos, constata-se que a conduta da agente foi completamente inidônea.

4.5 Tráfico ilícito de entorpecentes

O crime de tráfico de drogas, atualmente disciplinado no artigo 33 da Lei 11.343/06, é um delito de ação múltipla, haja vista que contém dezoito núcleos verbais. Isso significa que, caso o sujeito ativo pratique, nas mesmas circunstâncias concretas e de maneira sucessiva, mais de uma das ações contempladas no tipo objetivo, será responsabilizado por

⁷ Extraí-se dos autos que o interlocutor que gravou a conversa telefônica não era funcionário do DETRAN à época, mas os outros indivíduos a quem a paciente ofereceu vantagens indevidas, sim. Dessa forma, não se afastou a ocorrência do crime de corrupção ativa.

crime único. Assim, se o agente trazer a droga consigo e logo em seguida a alienar para outro indivíduo, será processado apenas pelo delito simples de tráfico de drogas. No entanto, se faltar proximidade entre as condutas praticadas, restará configurado o concurso material ou continuado de crimes, a depender da situação concreta. Para uma melhor compreensão, leia-se o que estabelece o artigo 33 da Lei de Tóxicos:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§1º - Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

§2º - Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§3º - Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

§4º - Nos delitos definidos no caput e no §1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

O bem jurídico protegido pela referida figura típica “é a saúde pública (tutela imediata) e a saúde individual de pessoas que integram a sociedade (tutela mediata)” (GOMES, 2011, p. 193). Em regra, trata-se de delito comum, isto é, que pode ser cometido por qualquer indivíduo. Quanto à modalidade de *prescrever*, no entanto, é crime próprio, haja vista que somente pode ser praticado por dentista ou médico. Já o sujeito passivo primário do tráfico de drogas é a própria sociedade e, eventualmente, criança, adolescente ou pessoa cuja capacidade de discernimento e determinação tenha sido reduzida ou suprimida por qualquer motivo (art. 40, inciso VI, da Lei 11.343/06).

Apenas há punição pelo delito quando seu autor age de maneira dolosa, ou seja, com a intenção consciente de praticar uma ou mais das ações contempladas pelo tipo

objetivo. Cumpre observar que o crime de tráfico de drogas se consuma com a realização de qualquer um de seus verbos nucleares, sendo que alguns deles são permanentes, hipóteses nas quais o momento consumativo do delito se prolonga no tempo. Assim assevera LUIZ FLÁVIO GOMES:

Consuma-se o crime com a prática de qualquer um dos núcleos trazidos pelo tipo, não se exigindo efetivo ato de tráfico. Deve ser lembrado que algumas modalidades são permanentes, protraindo o seu momento consumativo no tempo e no espaço (por exemplo, *expor à venda, trazer consigo, manter em depósito, guardar* etc.). A multiplicidade de condutas incriminadas parece inviabilizar a tentativa.

[...]

Há, no entanto, corrente minoritária em sentido contrário [...]. (2011, p. 199, grifo do autor)

Quanto à admissibilidade da tentativa no tráfico ilícito de entorpecentes, deve prevalecer o entendimento de que a forma tentada do crime é viável, desde que (i) seja possível interromper o *iter criminis* antes da consumação e (ii) o agente esteja praticando apenas um dos núcleos verbais abarcados pelo tipo objetivo. Isso ocorre, por exemplo, quando o agente busca realizar a exportação de droga adquirida por outro indivíduo, sem trazê-la consigo ou mantê-la em depósito. Mais uma vez, faz-se necessário avaliar a situação concreta, sendo impraticável afirmar que a forma tentada do delito é inadmissível em qualquer hipótese.

A configuração da tentativa inidônea também pode ocorrer no tráfico ilícito de entorpecentes. O crime impossível se caracteriza, por exemplo, quando a ação do agente é submetida à influência de aparatos e técnicas eficientes de segurança, tais como a vigilância exercida por um policial disfarçado que atua em ponto de venda de drogas. Com efeito, a Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal determina que “não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”. Assim, se a conduta delituosa tiver sido provocada pelo agente infiltrado, cujo único objetivo era flagrar o autor do delito em sua execução, resta configurado o crime impossível.

No entanto, importa observar que a vigilância eficiente não interfere na idoneidade do meio empregado e do objeto da ação apenas nas hipóteses de agente provocador. Também nos casos de flagrante esperado, a influência de mecanismos de segurança pode dar ensejo à configuração da tentativa inútil. Para isso, basta que a vigilância contínua e de qualidade torne absolutamente ineficaz o meio utilizado pelo agente na prática delitiva, ou completamente impróprio o objeto da ação.

A possível ocorrência de flagrante preparado em razão da simulação de compra de drogas por policiais disfarçados foi uma das principais questões abordadas no julgamento do agravo regimental no agravo em recurso especial nº 1.956/SP, de relatoria da Ministra

Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 21/06/2011 pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Segue, abaixo, transcrição da ementa:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AFRONTA AO ART. 17 DO CP. FLAGRANTE PREPARADO. CRIME IMPOSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AOS ARTS. 33, 35 E 40, I, TODOS DA LEI Nº 11.343/06. TRANSNACIONALIDADE DO DELITO. OFENSA AO ART. 59 DO CP. DOSIMETRIA. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. REQUISITOS DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E OFENSA À AMPLA DEFESA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE DISPOSITIVO LEGAL VIOLADO. RECURSO ESPECIAL COM FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Não há falar em flagrante preparado, pois o crime tipificado no art. 33 da Lei 11.343/06 se consuma com a prática de qualquer uma das diversas condutas previstas no dispositivo, no caso, 'ter em depósito' e 'transportar', de caráter permanente, preexistentes à atuação policial.

2. A análise acerca da transnacionalidade do delito, bem como da dosimetria, demandaria aprofundado exame do acervo probatório dos autos, inviável na presente via recursal.

3. Mostra-se deficiente a fundamentação quando o recorrente, a despeito de trazer sua insurgência, não aponta qual norma teria sido violada. Inteligência do enunciado 284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 1956/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/06/2011, DJe 01/07/2011)

No caso em questão, o agravante alegou que as decisões das instâncias de origem ofenderam o artigo 17 do Código Penal, uma vez que não foi reconhecido o crime impossível em decorrência do flagrante preparado. Extrai-se do inteiro teor do acórdão que o acusado teria sido abordado por policiais disfarçados que simularam negociações para a compra de drogas. Antes que o agravante efetivasse a venda dos entorpecentes, no entanto, os agentes infiltrados o prenderam em flagrante. Em seu voto, assim consignou a Ministra relatora:

A insurgência não merece prosperar. Com efeito, conforme explicitado na decisão agravada, não há se falar em violação ao artigo 17 do Código Penal, sob o argumento de que teria ocorrido flagrante preparado, e que, portanto, tratar-se-ia, *in casu*, de crime impossível, pois a interpretação dada ao mencionado dispositivo legal guarda fina sintonia com a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça.

[...]

Deste modo, conforme salientado pela Corte recorrida, observa-se que o delito descrito no artigo 33 da Lei de Drogas já havia se consumado com a subsunção da conduta ao tipo previsto naquele dispositivo legal, tendo em vista a realização dos verbos nucleares “ter em depósito”, “guardar” ou “transportar” entorpecentes. Assim, conforme entendimento já sedimentado nesta Corte, não há que se falar em flagrante preparado, se o comportamento do policial não induziu à prática do delito narrado, porquanto já teria ocorrido em momento anterior à atuação do acusado. (BRASIL, 2011, p. 05-06)

Depreende-se do excerto acima transcrito que a Turma julgadora fundamentou sua decisão no fato de que o crime de tráfico já havia se consumado antes da ação dos agentes infiltrados. Com efeito, no caso em análise, o acusado e sua corré já haviam praticado algumas das condutas vedadas pelo artigo 33 da Lei 11.343/06 antes da investida dos policiais disfarçados. No entanto, como já mencionado, é possível que o autor realize apenas um dos núcleos verbais elencados no referido dispositivo legal. Caso o indivíduo abordado pelos agentes infiltrados concordasse em vender droga adquirida e mantida em depósito por outra pessoa, estaria realizando apenas uma das ações proibidas pelo delito de tráfico ilícito de entorpecentes. Dessa forma, a concretização do crime não seria anterior à influência dos policiais disfarçados, os quais teriam exercido vigilância eficiente sobre a conduta, interferindo em sua idoneidade e impossibilitando a sua consumação.

CONCLUSÃO

Como visto, a tentativa ocorre quando, iniciada a execução do delito, este apenas não se consuma por motivos alheios à vontade do agente. Embora haja diversas teorias que buscam fundamentar sua punição, é seguro afirmar que o delito tentado é repreendido pelo Direito Penal porque expõe a risco efetivo um bem jurídico considerado relevante. Além disso, para uma boa compreensão acerca da tentativa, é necessário distinguir a etapa preparatória, atípica, dos atos de execução, os quais devem ser punidos.

No entanto, como restou bem demonstrado no primeiro capítulo deste trabalho, a indicação do momento no qual a execução é iniciada nem sempre é tarefa fácil, o que levou ao desenvolvimento de várias concepções teóricas com o escopo de solucionar tal problema. O Código Penal vigente adotou, em seu artigo 14, inciso II, a teoria formal-objetiva, a qual, embora traga maior segurança jurídica, nem sempre consegue distinguir, com nitidez, a etapa preparatória e os atos de execução.

Viu-se, ainda, que o delito tentado somente acontece quando, por circunstâncias desvinculadas da vontade do autor, não se atinge a consumação, a qual consiste no conjunto de todos os elementos presentes na definição legal do crime. Todavia, deve-se ter em vista que, em determinadas situações, a concretização do delito é impossível desde o início de sua execução. Em tais hipóteses, configura-se a tentativa inidônea, também denominada crime impossível, disciplinada no artigo 17 do Código Penal brasileiro.

Como explicitado no segundo capítulo deste trabalho, a tentativa inútil ocorre em casos de absoluta ineficácia dos meios empregados pelo agente ou de total impropriedade do objeto da ação. Observou-se que não há, na doutrina, opinião pacífica no que se refere à avaliação da idoneidade da conduta: alguns autores defendem que ela deve ocorrer *ex ante*, enquanto outros preferem uma aferição *ex post*. Em todo caso, o importante é que tal exame se baseie em circunstâncias fáticas, ou seja, nas peculiaridades do caso concreto.

Após um estudo cuidadoso dos principais aspectos da tentativa idônea e do crime impossível, passou-se à análise da questão central deste trabalho. Primeiramente, verificou-se que a função primordial do Direito Penal é a de proteger bens jurídicos considerados relevantes. Em outras palavras, concluiu-se que devem ser punidas apenas aquelas condutas que efetivamente lesarem ou expuserem a perigo os interesses tutelados pelas normas penais, não havendo que se falar em repreensão de comportamentos que,

embora tenham manifestado contrariedade ao Direito, não tenham causado qualquer dano ou mesmo perigo de ofensa a um bem jurídico.

Em seguida, constatou-se que os aparatos e técnicas de vigilância podem interferir de maneira absoluta na idoneidade da tentativa praticada em sua presença. De fato, quando eficientes, os mecanismos de segurança tornam o meio empregado pelo agente completamente incapaz de produzir o resultado típico. Como visto no terceiro capítulo deste trabalho, isso acontece porque os meios utilizados não conseguem burlar um sistema de vigilância intenso, amplo, eficaz e em pleno funcionamento.

Cumpra observar, ainda, que se chegou à conclusão de que os dispositivos eficientes de vigilância também tornam o objeto da conduta totalmente impróprio à concretização do delito, uma vez que a proteção intensa e contínua à qual é submetido o torna intangível. Dessa forma, observa-se que, na tentativa praticada em face de aparatos eficientes de segurança, inexistente qualquer lesão ou mesmo risco de ofensa ao bem jurídico tutelado. Com efeito, a consumação do delito é impossível desde o início de sua execução. Assim, resta imperativo o reconhecimento da atipicidade do comportamento, uma vez que o Direito Penal não deve se ocupar de condutas inócuas.

Ressalte-se, contudo, a importância da análise do caso concreto. Isso porque, para que interfiram de maneira absoluta na idoneidade da ação perpetrada pelo agente, os equipamentos e técnicas de monitoramento devem possuir grande extensão, além de estarem funcionando adequadamente. Em outras palavras, devem ser plenamente eficazes. O exame da situação fática é indispensável para que o julgador possa aferir se os aparatos de vigilância presentes no local dos fatos eram mesmo eficientes, ou se possuíam falhas aptas a tornar o comportamento do autor apenas relativamente inidôneo. Ademais, as peculiaridades do caso concreto também evidenciam se o agente da conduta lançou mão de artifícios capazes de burlar o sistema de segurança deficiente.

Como visto, o crime impossível apenas se configura quando a influência dos mecanismos e técnicas de vigilância torna a conduta absolutamente inidônea, inviabilizando por completo a consumação do crime. Em tais situações, deve-se reconhecer a atipicidade do comportamento, não havendo que se falar em sensação de impunidade, visto que o bem jurídico protegido pela norma penal não foi ofendido ou mesmo exposto e perigo efetivo. É importante destacar, ainda, que um sistema de segurança eficiente não equivale a um monitoramento ideal, perfeito, o qual jamais existirá. Para tornar impossível a concretização do delito, basta que os aparatos de vigilância funcionem de forma adequada e acautelem o bem jurídico de maneira constante, ampla e contínua.

No último capítulo deste trabalho, por meio da análise de julgados do Superior Tribunal de Justiça, constatou-se que a interferência dos dispositivos e técnicas de segurança pode ocorrer em variados contextos, envolvendo diversos crimes. Primeiramente, abordou-se o delito de furto (art. 155 do Código Penal), cuja tentativa comumente ocorre em locais equipados com mecanismos de vigilância, como supermercados e lojas de departamentos. Resta evidente que, em tais ambientes, quando o sistema de segurança for eficaz, a consumação do furto torna-se impossível, devendo ser reconhecida a tentativa inidônea.

Também no delito de contrabando ou descaminho, previsto no artigo 334 do Código Penal, é possível a configuração do crime impossível em decorrência de aparatos e técnicas eficientes de vigilância, especialmente quando a infração é praticada por meio da alfândega. É essencial, contudo, analisar de que maneira ocorre a fiscalização. Caso esta se dê por amostragem, por exemplo, não há que se falar em delito impossível, mas sim em tentativa idônea. Apenas quando a inspeção ocorrer de maneira ampla e contínua, incidindo sobre todas as importações e exportações, é que se configura o crime de consumação impossível.

Quanto à corrupção passiva, descrita no artigo 317 do Código Penal, apurou-se que a presença de mecanismos de segurança não inviabiliza a consumação do delito na modalidade de solicitar vantagem indevida, sendo plenamente viável que, em tal hipótese, a infração se concretize mesmo sob a influência de aparatos de monitoramento. Contudo, a tentativa inidônea em razão da interferência de equipamentos e técnicas eficientes de vigilância pode se configurar nas modalidades de receber benefício impróprio ou aceitar promessa dele, o que ocorre nas situações de flagrante preparado.

A atuação do agente provocador, especialmente quando combinada com outros mecanismos de segurança, também pode tornar impossível a consumação do crime de corrupção ativa (artigo 333 do Código Penal). Embora se trate de delito formal, a intensa proteção conferida ao bem jurídico tutelado torna absolutamente inidônea a conduta praticada. Com efeito, os interesses da Administração Pública não são lesados ou mesmo expostos a perigo efetivo, haja vista que a ação do agente infiltrado visa apenas ao flagrante, agindo de modo a impedir qualquer ofensa concreta ao bem jurídico resguardado pela norma penal.

Restou demonstrado, ainda, que a vigilância eficiente pode impossibilitar a consumação do tráfico ilícito de entorpecentes, delito previsto no artigo 33 da Lei 11.343/06. É necessário, porém, avaliar a situação fática com cautela. A concretização do tráfico de drogas só pode ser completamente inviabilizada pela ação de mecanismos de segurança quando o agente realizar apenas um dos núcleos verbais previstos no tipo objetivo. Dessa forma, a provocação e vigilância exercidas por um policial infiltrado pode tornar impossível a

consumação da venda do entorpecente, mas o crime terá se concretizado se o sujeito ativo trouxer a droga consigo, por exemplo.

Ante todo o exposto, conclui-se, em síntese, que aparatos e técnicas de vigilância podem interferir de maneira absoluta na idoneidade da tentativa praticada em sua presença. Para isso, basta que o sistema de segurança seja amplo, eficaz e funcione de maneira contínua. Assim, resta evidente a importância de que o julgador analise as particularidades da situação concreta, de modo que possa chegar a decisões justas, seguras e bem fundamentadas. Tendo-se em vista a principal função do Direito Penal, a qual consiste em resguardar os bens jurídicos considerados relevantes, deve ser reconhecida a atipicidade da tentativa praticada na presença de aparatos e técnicas eficientes de vigilância, ante a impossibilidade de concretização do delito.

REFERÊNCIAS

BECKER, Marina. **Tentativa criminosa**: doutrina e jurisprudência. 2. ed. Campinas: Millenium, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, v.1, 2010.

_____. **Tratado de Direito Penal**: parte especial – dos crimes contra o patrimônio até dos crimes contra o sentimento religioso e o respeito aos mortos. 7. ed. São Paulo: Saraiva, v. 3, 2011a.

_____. **Tratado de Direito Penal**: parte especial – dos crimes contra a Administração Pública, dos crimes praticados por prefeitos. 5. ed. São Paulo: Saraiva, v. 5, 2011b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 1.956/SP**. Penal e Processo Penal. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Afronta ao art. 17 do CP. Flagrante preparado. Crime impossível. Inocorrência. Acórdão em conformidade com a jurisprudência desta corte. Súmula 83/STJ. Negativa de vigência aos arts. 33, 35 e 40, I, todos da lei nº 11.343/06. Transnacionalidade do delito. Ofensa ao art. 59 do CP. dosimetria. Reexame fático e probatório. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. Requisitos da interceptação telefônica e ofensa à ampla defesa. Ausência de indicação de dispositivo legal violado. Recurso especial com fundamentação deficiente. Súmula 284/STF. Agravo regimental a que se nega provimento. Agravante: J. C. Agravado: Ministério Público Federal. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Julgamento 21 jun. 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1071443&sReg=201100341786&sData=20110701&formato=PDF>. Acesso em 6 nov. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1.132.592/MG**. Tentativa de furto. Estabelecimento comercial. Sistema de vigilância. Crime impossível. Inocorrência. Precedentes do STJ. Decisão mantida por seus próprios fundamentos. Agravante: Michele Moura da Silva. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Jorge Mussi. Julgamento 20 set. 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1091214&sReg=200901253280&sData=20110929&formato=PDF>. Acesso em: 6 nov. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 52.989/AC**. Penal. Habeas corpus. Arts. 288 e 333 do código penal. Quadrilha. Configuração. Corrupção ativa. Funcionário público. Flagrante preparado. Inocorrência. Gravação de conversa por um dos interlocutores. Prova lícita. Dosimetria da pena. Fundamentação. Concurso material não caracterizado. Impetrante: Antônio Rubens Nunes Vieira Filho. Paciente: Edileide de Almeida Barreto. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Acre. Relator: Min. Felix Fischer. Julgamento 23 mai. 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=629949&sReg=200600115932&sData=20060801&formato=PDF>. Acesso em 6 nov. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 120.586/SP**. Contrabando (condenação). Bolsas e porta-maquagens (marca contrafeita). Território nacional (ingresso). Crime (consumação/tentativa). Pena-base (cálculo). Habeas corpus (correção da pena). Impetrante: Elizeu Soares de Camargo Neto. Paciente: Sun Xiao Yong e outra. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Relator: Min. Nilson Naves. Julgamento 5 nov. 2009. Disponível em: <<https://>

ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=918984&sReg=200802506177&sData=20100517&formato=PDF>. Acesso em 6 nov. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 19.321/MG**. RHC. Crime de corrupção passiva praticado por vereadores. Trancamento da ação penal. Falta de justa causa. Atipicidade da conduta. Não-ocorrência. Inépcia da denúncia não verificada. Prova. Gravação por vídeo de que tinha conhecimento um dos participantes. Ilicitude não evidenciada. Recorrentes: João Batista Silva e outros. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relatora: Min. Laurita Vaz. Julgamento 18 dez. 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=748851&sReg=200600708191&sData=20080211&formato=PDF>. Acesso em 6 nov. 2011.

CALIXTO, Fernanda Karoline Oliveira; ANJOS, Ladislau Cordeiro dos. **Furto em estabelecimento vigiado por câmeras**: tentativa ou crime impossível? Disponível em: <<http://mens-et-manus.blogspot.com/2008/11/furto-em-estabelecimento-vigiado-por.html>>. Acesso em: 12 out. 2011.

CALLEGARI, André Luís. **Crime impossível**: furto em estabelecimento vigiado ou com sistema de segurança. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n. 69, p. 16, ago. 1998.

CARVALHO, Adna Cristina de. **Tentativa de furto ou crime impossível?** Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29409>>. Acesso em: 12 out. 2011.

COSTA, Leonardo Luiz de Figueiredo. **Curso básico de Direito Penal**: parte especial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v.1, 2005.

D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coord.). **Código Penal e sua interpretação**: doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.2, 2007.

_____. (coord.). **Lei de drogas comentada**: lei 11.343, de 23.08.2006. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Revista Forense, v.7, 1955.

INFANTE, Christiane de O. Parisi. **Coisa vigiada**: tentativa de furto ou crime impossível? Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=2010040917552827&mode=print>. Acesso em: 12 out. 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação crime 70027494194**. Furto tentado. Crime impossível. Estabelecimento comercial que possui vigilância pessoal. Rejeição da denúncia. Impossibilidade. Necessidade de prévia instrução criminal para se aferir a situação concreta. Apelante: Ministério Público do Estado do Rio

Grande do Sul. Apelada: Pollyana dos Reis Rocha. Relator: Des. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira. Julgamento 18 fev. 2009. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70027494194&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>>. Acesso em 8 nov. 2011.

ROXIN, Claus. **A proteção dos bens jurídicos como função do Direito Penal**. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomoli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. Tradução de Luís Greco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

SEMER, Marcelo. **Crime impossível e a proteção aos bens jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2002.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

WESSELS, Johannes. **Direito Penal**: parte geral, aspectos fundamentais. Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Da tentativa**: doutrina e jurisprudência. 9. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.