



Universidade de Brasília – UnB

Faculdade de Direito

**A (A)TIPICIDADE DA TENTATIVA INIDÔNEA POR
INEFICÁCIA ABSOLUTA DO MEIO ANALISADA SOB A
ÓTICA DOS CRIMES DE FALSO**

PATRÍCIA MENDONÇA BARBOSA

BRASÍLIA – 2014

PATRÍCIA MENDONÇA BARBOSA

**A (A)TIPICIDADE DA TENTATIVA INIDÔNEA POR INEFICÁCIA
ABSOLUTA DO MEIO ANALISADA SOB A ÓTICA DOS CRIMES DE
FALSO**

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do título de bacharel em Direito pela
Universidade de Brasília – UnB.

Orientador: Professor Mestre Pedro Ivo Velloso Cordeiro

BRASÍLIA
2014

Barbosa, Patrícia Mendonça.

A (a)tipicidade da tentativa inidônea por ineficácia absoluta do meio analisada sob a ótica dos crimes de falso./ Patrícia Mendonça Barbosa – Brasília, 2014. 56 fls.

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UNB, como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito. Orientador: Professor Mestre Pedro Ivo Velloso Cordeiro

1. Tentativa. 2. Crime Impossível. 3. Ineficácia Absoluta do Meio. 4. Tipicidade. 5. Bem Jurídico-Penal. 6. Falsificação Grosseira.

É concedida à Universidade de Brasília permissão para reproduzir cópias desta monografia e emprestar ou vender tais cópias somente para propósitos acadêmicos e científicos. A autora reserva outros direitos de publicação e nenhuma parte deste TCC pode ser reproduzido sem a autorização por escrito da autora.

Patrícia Mendonça Barbosa

A (A)TIPICIDADE DA TENTATIVA INIDÔNEA POR INEFICÁCIA ABSOLUTA DO MEIO
ANALISADA SOB A ÓTICA DOS CRIMES DE FALSO

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

Brasília, 27, junho, 2014.

Professor Mestre Pedro Ivo Velloso Cordeiro

Orientador

Professor Marcelo Turbay Freiria

Membro da Banca Examinadora

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

Membro da Banca Examinadora

À minha família, em especial meus pais, Lêda e Leonardo, pelo exemplo de vida, carinho e dedicação, e a William, por todo apoio, atenção e compreensão em todos os momentos.

RESUMO

O Código Penal Pátrio prevê a não punibilidade das tentativas inidôneas por impropriedade absoluta do objeto e ineficácia absoluta do meio, denominando-as de crime impossível, consideradas, pela doutrina, como causa de exclusão de tipicidade. Entretanto, as duas situações são estruturalmente distintas, sendo um equívoco do legislador tratá-las conjuntamente. Outros ordenamentos, como o argentino, atentos a este importante aspecto, adotaram uma forma diferenciada de tratamento do crime impossível, considerando a tipicidade e consequente possibilidade de punição da ineficácia absoluta do meio e a atipicidade da impropriedade absoluta do objeto. O presente trabalho, dentro da proposta de uma dissertação de monografia de conclusão de graduação, tem como objetivo verificar qual modelo se mostra mais adequado ao tratamento das tentativas inidôneas, a partir do estudo de duas situações de crimes de falso: a falsificação grosseira de moeda e o uso de documento cuja falsificação pode ser descoberta pelo mero batimento de dados em sistemas informatizados disponíveis.

Palavras-chave: 1. Tentativa. 2. Crime Impossível. 3. Ineficácia Absoluta do Meio. 4. Tipicidade. 5. Bem Jurídico-Penal. 6. Falsificação Grosseira.

ABSTRACT

The Brazilian Penal Code predicts it shall not be punish the inapt attempts from absolute impropriety of the object and absolute ineffectiveness of the way employed, both called impossible crime, thought by the doctrine as a cause of typicality exclusion. However, both situations are structurally distinct, being a legislator mistake to treat them jointly, like they were equal. Other juridic systems, like the one vigent in Argentina, paying attention to this important aspect, have adopted a diferent way of processing the impossible crime, considering the typicality and the consequent possibility of punishment of the absolute ineffectiveness of the way employed and the atypical nature of the absolute impropriety of the object. The present work, with the proposal of being a monograph dissertation for graduation conclusion, aim to verify wich juridic model best fits to the treatment of inapt attempts, starting from the study of two situations of crimes against public faith: the rude coin falsification and the use of document which falsification can be discovered by a simple comparison with a data base avaiable system.

Keywords: 1. Attempt 2. Impossible Crime. 3. Absolute Ineffectiveness of the Way Employed. 4. Typicality. 5. Criminal Legal Right. 6. Rude Falsification.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	8
2	OS DIFERENTES TRATAMENTOS LEGAIS CONFERIDOS À TENTATIVA INIDÔNEA.....	10
2.1	Teorias para o Fundamento da Punição da Tentativa.....	11
2.1.1	Teoria Sintomática.....	12
2.1.2	Teoria Subjetiva.....	12
2.1.3	Teoria Objetiva.....	13
2.1.4	Teoria da Impressão.....	14
2.2	Crime Impossível no Ordenamento Brasileiro.....	16
2.2.1	Histórico.....	16
2.2.2	A Absoluta Impropriedade do Objeto.....	17
2.2.3	A Ineficácia Absoluta do Meio.....	19
2.2.4	O Crime Impossível e o Delito Putativo.....	20
2.3	Crime impossível em Outros Ordenamentos.....	22
3	A JURISPRUDÊNCIA ATUAL SOBRE A TENTATIVA INIDÔNEA EM SEDE DE CRIMES DE FALSO E AS DIFICULDADES ENFRENTADAS.....	26
4	TENTATIVA INIDÔNEA COMO FATO TÍPICO.....	33
4.1	A Absoluta Impropriedade do Objeto como Causa de Exclusão da Tipicidade.....	34
4.2	A Ineficácia Absoluta do Meio sob a Ótica da Tipicidade.....	36
4.2.1	O Princípio da Lesividade ou Ofensividade.....	36
4.2.2	A Ameaça como Fundamento da Punição da Tentativa.....	38
4.2.3	A Valoração do Perigo <i>ex ante</i>	42
4.2.4	Análise das Situações de Falso.....	44
4.2.5	Atos Preparatório e Execução no Contexto do Crime Impossível.....	46
5	CONCLUSÃO.....	50
	REFERÊNCIAS.....	55

1 INTRODUÇÃO

Pela atual legislação brasileira, é impossível a punição da chamada tentativa inidônea, por expressa proibição no artigo 17 do Código Penal: “Art. 17 – Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime”. Interpretando tal dispositivo, firmou-se o entendimento de que as condutas que se enquadram neste dispositivo são atípicas e, portanto, não puníveis.

Entende-se por tentativa inidônea, também chamada pela doutrina brasileira de “quase crime”, aquela na qual o meio empregado pelo agente era absolutamente ineficaz ou o objeto visado por ele era absolutamente impróprio, sendo impossível a consumação do delito¹. Os exemplos trazidos nos tradicionais manuais brasileiros², a fim de facilitarem a compreensão do conteúdo, podem transmitir a impressão errônea de que são situações caricatas e de rara incidência. Porém, mesmo uma pesquisa superficial na jurisprudência é capaz de revelar que o art. 17, do CP, é aplicado com uma frequência considerável nos tribunais.

É de se observar, no entanto, que o tema é pouco discutido no contexto brasileiro. A doutrina brasileira, de forma consensual, há muito definiu seu posicionamento de que a isenção de pena de que trata o art. 17 é, na verdade, causa de exclusão de tipicidade e segue firme nesse entendimento, que é seguido pela jurisprudência.

A opção doutrinária e jurisprudencial em considerar como causa de atipicidade apenas as inidoneidades absolutas, gera uma série de problemas práticos causados pela dificuldade de perfeita diferenciação entre inidoneidade absoluta e relativa, visto a nebulosidade de algumas situações um pouco mais complexas que os exemplos trazidos pela doutrina. Ocorre que a problemática não se resume à simples separação, com reflexo na tipicidade, entre inidoneidade absoluta e relativa, também porque esta é uma diferença relevante mesmo se se considerasse ambas como típicas, para a proporcionalidade da pena aplicada – ou até para aplicação de uma causa de isenção.

A própria questão da atipicidade da inidoneidade absoluta pode ser problematizada,

1 BITENCOURT, 2011, p. 476

2 Bitencourt e outros doutrinadores trazem como exemplos de ineficácia absoluta do meio a tentativa de homicídio por envenenamento com a aplicação de farinha em vez de veneno, ou do agente que aciona o gatilho, mas a arma encontra-se descarregada, e como exemplos de impropriedade absoluta do objeto, manobras abortivas em mulher que não está grávida e disparos de arma de fogo, com *animus necandi*, em cadáver (2011, pg. 477).

quando se percebe que esta não é uma conclusão isenta de críticas no Direito Penal, havendo outros caminhos igualmente válidos que levam a uma solução diversa para a (não) punição do crime impossível. Outros doutrinadores e legislações estrangeiras – a exemplo do Código Penal Argentino e da doutrina construída neste país, tendo como expoente na matéria em questão Eugenio Raúl Zaffaroni – consideram a tentativa inidônea pela ineficácia absoluta do meio como fato típico e punível, o que demonstra que a atipicidade destas condutas, tal qual consagrado no ordenamento brasileiro, não é algo de todo inquestionável.

A existência de modelos jurídicos que tratam de maneira distinta a questão, divergindo em um ponto cerne, a própria tipicidade da conduta, leva ao seguinte questionamento: as situações de ineficácia absoluta do meio e de impropriedade absoluta do objeto devem ser consideradas, assim como o faz a doutrina nacional, fatos atípicos, ou o melhor raciocínio a ser adotado é o argentino, que separa as duas situações de forma a atender às peculiaridades de cada uma, considerando como fato típico a ineficácia do meio e como fato atípico a impropriedade do objeto?

O objetivo do presente trabalho consiste na resposta a esta indagação, verificando se é possível considerar a tentativa inidônea por absoluta ineficácia do meio como fato típico no ordenamento jurídico brasileiro, ainda que não punível por mera opção legislativa.

Para isso, será realizada primeiramente análise bibliográfica sobre o tratamento conferido ao crime impossível pelo ordenamento brasileiro segundo a visão da doutrina nacional, amplamente consolidada. Em um segundo momento, será analisado o tratamento legal conferido pelo ordenamento argentino, exemplo de sistema jurídico que considera o crime impossível como fato típico. Dessa forma, será possível identificar as semelhanças e diferenças entre os ordenamentos e seus fundamentos, permitindo verificar se as soluções adotadas pelo ordenamento argentino podem ser aplicadas ao ordenamento brasileiro.

Após, a questão será estudada concretamente, por meio de vários julgados sobre a aplicação concreta do art. 17 do CP em crimes de falso. Neste momento, serão verificadas as dificuldades enfrentadas pelo judiciário quando se trata de casos reais, em que é necessário um esforço maior para definir se a ineficácia do meio é absoluta ou relativa, ou mesmo se o que impediu a consumação do delito foi a impropriedade do objeto ou a ineficácia do meio, o que, como será demonstrado, reflete diretamente na tipicidade da conduta.

Nesta etapa, serão estudadas as situações de falsificação grosseira de moeda e de

apresentação de documento público falso perante agentes que conseguem identificar a falsidade mediante a conferência das informações em sistemas informatizados. Não obstante serem situações bastante corriqueiras no judiciário, as peculiaridades dos casos concretos e mesmo a dificuldade já indicada de separação entre inidoneidade absoluta e relativa fazem com que existam decisões em diferentes sentidos e mesmo contraditórias entre si. Algumas destas decisões, que refletem posicionamentos que se repetem na realidade do judiciário, serão analisadas e cotejadas, de forma a demonstrar os problemas teóricos e práticos causados pela atual redação do art. 17 do Código Penal e a solução de atipicidade encontrada pela doutrina e jurisprudência.

Por fim, serão estudados os percursos teóricos que permitem considerar a impropriedade absoluta do objeto como fato atípico e a ineficácia absoluta do meio, por outro lado, como fato típico, seguindo o caminho esboçado pela doutrina argentina e outras, bem como será analisado se tal raciocínio pode ser aplicado perante o ordenamento jurídico brasileiro ou quais são os óbices a esta aplicação.

2 OS DIFERENTES TRATAMENTOS LEGAIS CONFERIDOS À TENTATIVA INIDÔNEA

Neste capítulo serão analisadas as doutrinas dominantes sobre o tema do crime impossível em dois ordenamentos que, apesar de diferentes, se desenvolveram a partir de uma mesma tradição jurídica. O objetivo principal do capítulo é, explicitando as peculiaridades da doutrina brasileira sobre o tema, bem como, em seguida, as da doutrina argentina, fornecer subsídio para que seja possível uma comparação entre ambos os sistemas e as circunstâncias que permitem e que impedem a aplicação do raciocínio argentino à realidade brasileira.

Para isso, inicialmente será feita uma análise sobre as teorias que se desenvolveram ao longo dos anos para fundamentar a punição da tentativa e se apresentam como pano de fundo para a discussão do tema nos dois ordenamentos estudados. Apontadas as bases teóricas por trás da punição da tentativa, seja ela idônea ou não, serão expostos os principais conceitos trazidos pela doutrina brasileira sobre o crime impossível, sua natureza e as razões pelas quais considera

que não deve ser punido. Por fim, será trazido um tratamento do assunto em sentido oposto, construído pela legislação e doutrina argentinas, que, não obstante se fundarem na mesma base teórica brasileira, conseguem fazer a distinção entre inidoneidade do meio e do objeto e conferir a cada uma o tratamento legal diferenciado e adequado.

2.1 TEORIAS PARA O FUNDAMENTO DA PUNIÇÃO DA TENTATIVA

A legislação brasileira utiliza a expressão “tentativa” para lidar em específico sobre as inidoneidades absolutas. Da mesma forma, também o Código Penal Argentino insere seu dispositivo sobre crime impossível no mesmo artigo em que trata da tentativa em geral:

ART. 17 - Não se pune *a tentativa* quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumir-se o crime.

ARTICULO 44.- La pena que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad.

Si la pena fuere de reclusión perpetua, la pena de la tentativa será reclusión de quince a veinte años. Si la pena fuese de prisión perpetua, la de tentativa será prisión de diez a quince años.

Si el delito fuera imposible, la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducirse al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelada por el delincuente.

Apesar de a doutrina brasileira entender que o crime impossível não se trata de tentativa, pois é, na verdade, fato atípico, visto não lesar bem jurídico segundo a teoria objetiva, tal entendimento não é de totalmente pacífico, pois outros ordenamentos consideram a situação de ineficácia absoluta do meio como fato típico, uma vez que dá início à execução de uma conduta típica. Assim sendo, é necessário, para a perfeita compreensão dos ordenamentos, de seus fundamentos e dos pontos em que devem ser criticados, esclarecer primeiramente como definem a própria questão da punição de uma conduta anterior à consumação do delito.

Para isso, analisaremos, de forma breve, as teorias que fundamentam a punição da tentativa propriamente dita e seus reflexos na punição do crime impossível. Diversas teorias foram desenvolvidas ao longo da história do direito penal, visando a fundamentar a punição da tentativa, partindo de um início estritamente ligado ao direito penal do autor e à punição da

vontade e evoluindo para as teorias objetivas, mais compatíveis com o moderno Direito Penal, sendo as principais e mais difundidas as apresentadas a seguir.

2.1.1 Teoria Sintomática

A teoria sintomática se baseia única e exclusivamente na periculosidade do autor, trazendo a ideia de um Direito Penal que não serve para proteger bens jurídicos, mas sim a sociedade como um todo. O fundamento da punibilidade da tentativa seria a atuação de uma vontade criminosa, ou seja, sua manifestação externada, com a qual o autor dá a entender sua periculosidade, pelo menos abstrata³. Assim, por essa teoria, a tentativa é punida não pela vontade subjetiva do autor ou pelo perigo que sua conduta tenha gerado ao bem jurídico protegido, mas porque, ao agir daquela forma, o autor se mostrou perigoso para a sociedade e, por isso, deve ser punido.

Tais pensamentos foram sustentados por doutrinadores como Harro Otto⁴ e Wilhelm Sauer⁵ e já chegaram a exercer papel importante no Direito Penal, não obstante já estarem completamente superados. Segundo Bittencourt (2011, p. 477), não há dúvidas de que esta teoria é a que melhor atende aos interesses da *defesa social*, mas, estando contaminada por resquícios de um *direito penal do autor*, se mostra completamente incompatível com o moderno direito Penal de um Estado Social e Democrático de Direito, baseado na culpabilidade, além de ser absolutamente inadequada à garantia dos direitos fundamentais do cidadão.

2.1.2 Teoria Subjetiva

De acordo com a teoria subjetiva, o realmente decisivo é a intenção do agente. Sua manifestação de vontade, que é perfeita, é o fundamento da punição da tentativa. Segundo

³ OTTO, Harro. Grundkurs Strafrecht-Allgemeiner Teil, 1976, p. 223. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Da tentativa: Doutrina e Jurisprudência**. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 35.

⁴ Idem.

⁵ SAUER, Wilhelm. Allgemeine Strafrechtslehre, 1955, p. 109. In: : ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Da tentativa: Doutrina e Jurisprudência**. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 34.

Guilherme de Souza Nucci, leva-se em conta apenas o desvalor da ação, não importando, para a punição, o desvalor do resultado, do que decorre a possibilidade de punir a partir do momento em que o agente ingressa na fase de preparação.⁶

Rogério Greco expõe uma interessante observação sobre essa teoria:

A teoria subjetiva atende a um sentimento natural do homem que, em muitas situações, indaga a si próprio: Se o agente deu mostras suficientes de que queria cometer o crime, praticando atos de execução tendentes a consumá-lo, por que deverá ficar impune se não conseguir alcançar o resultado em virtude de uma circunstância alheia à sua vontade? (2013, p. 286)

Sendo a vontade do autor, contrária ou inimiga ao direito, igual em um crime tentado e em um consumado, essa teoria conduz a uma equiparação de suas penas, ou, no máximo, a uma atenuação facultativa da reprimenda do primeiro. Apresentou grande número de adeptos na Alemanha⁷, principalmente após a reforma penal de 1939 ter tornado facultativa a atenuação de pena em caso de crime tentado (CP, § 23, II)⁸.

Ao considerar como fundamento da punição apenas a vontade do autor, a teoria subjetiva abre espaço para a punição da tentativa inidônea, mas também conduz a apenação de atos que não atingem bem jurídico algum, por isso é rechaçada, com razão, pelo ordenamento brasileiro.

2.1.3 Teoria Objetiva

Para os adeptos da teoria objetiva, a punição da tentativa volta-se ao perigo efetivo causado ao bem jurídico, o que só é verificado quando atos executórios têm início com idoneidade. Segundo esta teoria, a pena da tentativa deve, necessariamente, ser inferior a do delito consumado, porque o dano da consumação sempre importa um injusto maior que o da tentativa.

Esta foi a linha seguida pelo nosso Código. O art. 14, parágrafo único, prevê que a

6 NUCCI, 2011, p. 329.

7 BAUMANN, Jürgen. *Strafrecht-Allgemeiner Teil*, 1975, p. 500; STRATENWERTH, Günther. *Strafrecht-Allgemeiner Teil*, 1971, p. 195; SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst. *Strafgesetzbuch*, 1970, p. 299; PETERS-PREISENDANZ. *Strafgesetzbuch*, 1961, p. 143; WEGNER, Arthur. *Strafrecht-Allgemeiner Teil*, 1951, p. 228. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Da tentativa: Doutrina e Jurisprudência**. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 33.

8 ZAFFARONI, 2010, p. 33.

tentativa é punida com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços. Ademais, a diminuição imposta não decorre da culpabilidade do agente, mas da gravidade da tentativa, quer dizer, quanto mais o sujeito se aproxima da consumação, menor deve ser a diminuição de sua pena, e quanto mais distante da consumação terminou sua conduta, maior deve ser a atenuação.⁹

Claramente o legislador, não obstante ter escolhido a teoria que melhor se adéqua ao atual paradigma do “direito penal do fato”, em contraposição ao “direito penal do autor”, foi influenciado em grande parte por questões de prática criminal, como foi expressamente colocado na Exposição de Motivos de 1940:

Dentro do seu critério dúplice, de medir a responsabilidade do ponto de vista da quantidade do crime e da temibilidade do agente, o projeto dispõe, divergindo da *teoria subjetiva*, que a pena da tentativa é inferior (de um a dois terços) à do crime consumado. Atendeu-se à tradição do nosso Direito e ao sentimento popular, que não consente sejam colocados em pé de igualdade o crime *perfeito* e o *imperfeito*. Além disso, para justificar a disparidade de tratamento, há uma razão de ordem prática: se se comina a mesma pena em ambos os casos, o agente não teria interesse algum em deixar de insistir, antes de ser descoberto, no seu frustrado objetivo criminoso.

Alguns autores dividem a teoria objetiva em pura e temperada. Para a teoria objetiva pura, não importa se o meio ou o objeto eram absoluta ou relativamente inidôneos, vez que em nenhuma destas situações responderá o agente pela tentativa. A teoria temperada, por sua vez, considera puníveis como tentativa os atos praticados pelo agente quando os meios e os objetos são relativamente idôneos, havendo alguma possibilidade de o agente alcançar o resultado pretendido. Esta última foi a adotada pelo ordenamento Brasileiro.¹⁰

2.1.4 Teoria da Impressão

A teoria da impressão, também chamada de subjetivo-objetiva, apresenta como fundamento da punição da tentativa a junção da avaliação da vontade criminoso com um princípio de risco ao bem jurídico tutelado, ou seja, a produção na generalidade das pessoas de

⁹ JESUS, 2012, p. 381.

¹⁰ GRECO, 2013, p. 286; CAPEZ, 2012, p. 285.

uma impressão juridicamente “abaladora”, pondo em perigo a paz jurídica.¹¹

Para os que coadunam com esta teoria¹², todo delito sempre produz um dano público, que provém tanto da lesão à segurança como também da diminuição da “consciência da própria segurança”, que ocorre mesmo quando se trata de ofensa a bens meramente privados. A tentativa causa um dano injusto, pois perturba o gozo da segurança a que tem direito de desfrutar a sociedade e seus membros e deve ser apenada, considerando o temor que infunde injustamente.¹³

Alguns autores, como Zaffaroni, expressamente rejeitam esta teoria e esboçam uma série de críticas a ela. Segundo o autor, a teoria funda-se na ideia de prevenção geral, função esta que deve ser cumprida por todo o Direito, cabendo ao Direito Penal uma atenção à prevenção especial. Além disso, tende a conduzir a uma punição independentemente da tentativa, uma vez que o bem em tese ofendido não seria aquele que o agente pretendia lesar, mas tão somente o sentimento de segurança jurídica e segurança no Direito.

Segundo o autor, qualquer tentativa afeta o sentimento de segurança jurídica e produz o chamado “alarme social”. No entanto, este alarme ocorre sempre em razão de se ter ofendido um bem juridicamente tutelado. O que a teoria da impressão faz é punir um alarme social “solto”, sem qualquer correlação objetiva – com alguma ofensa a bem juridicamente tutelado. Ademais, esta teoria apenas deslocaria o critério da teoria subjetiva, a vontade do agente, para outro igualmente subjetivo e ainda indeterminável, a impressão na generalidade.

Em decorrência de todo o exposto, Zaffaroni conclui que esta teoria seria insustentável, uma vez que, admitindo o fundamento da punição da tentativa na impressão produzida na generalidade dos cidadãos, sem que se torne necessária uma lesão a algum bem jurídico, a conclusão necessária seria de que a tentativa é um delito que não lesa bens jurídicos, o que é absolutamente incompatível com qualquer Direito Penal de um sistema democrático de governo.¹⁴

11 NUCCI, 2011, p. 329.

12 VON BAR, Ludwig. Gesetz und Schuld im Strafrecht, T. II, 1907, p. 531; RUDOLPHI, Hans Joachim. Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1975, p. 170; JESCHECK, Hans Heinrich. Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil, 1974, p. 387; MAURACH, Reinhart. Deutsches Strafrecht – Allgemeiner Teil, 1971, p. 510; BLEI, Herman. Strafrecht – Allgemeiner Teil, 1975, p. 206. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Da tentativa: Doutrina e Jurisprudência**. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 36-37.

13 ZAFFARONI, 2010, p. 37.

14 ZAFFARONI, 2010, p. 36-39.

2.2 CRIME IMPOSSÍVEL NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Como demonstrado acima, dentre as mais importantes teorias desenvolvidas, a que mais se adéqua aos atuais Estados Democráticos de Direito é a teoria objetiva, pois se baseia na punição do fato diretamente relacionado a um bem jurídico, e não apenas na manifestação de vontade do autor. Tanto o Direito Penal Brasileiro quanto o Argentino utilizam como fundamento para a punição da tentativa a teoria objetiva, mas apresentam diferenças essenciais quanto ao tratamento conferido à inidoneidade absoluta. A seguir, serão expostas as principais considerações que a doutrina brasileira faz sobre as tentativas inidôneas, bem como as justificativas que apresenta para considerar a atipicidade de tais condutas.

2.2.1 Histórico

Dentre as diversas teorias explicitadas acima para fundamentar a punição da tentativa, o ordenamento brasileiro, desde seu início, adotou, de forma geral, a teoria objetiva, repudiando a punição da tentativa inidônea, à exceção do Código do Império, que era silente a esse respeito. O Código Penal de 1890 se limitou a prever a não punibilidade da tentativa inidônea¹⁵, sem, no entanto, ser a questão da tipicidade de relevância à época, vez que o resultado seria a impunidade, sob a luz do princípio liberal segundo o qual não deveria haver “nenhuma pena sem perigo para o bem jurídico”.¹⁶

O Código Penal de 1940, em sua redação original, manteve a não punibilidade do considerado crime impossível¹⁷, ao mesmo tempo em que o submetia a medida de segurança¹⁸. Este tratamento legal demonstrava grave contradição sobre a natureza de tal conduta: se era fato atípico, como se extraía do antigo art. 14, por que aplicar medida de segurança? O Código

15 Art. 14. São considerados sempre factos independentes da vontade do criminoso o emprego errado, ou irreflectido, de meios julgados aptos para a consecução do fim criminoso, ou o má emprego desses meios. Paragrapho unico. Não é punível a tentativa no caso de ineficacia absoluta do meio empregado, ou de impossibilidade absoluta do fim a que o delinquente se propuzer.

16 PIERANGELI; ZAFFARONI, 2010, p. 75

17 Art. 14. Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime (artigo 76, parágrafo único, e 94, n. III).

18 Art. 76. A aplicação da medida de segurança presuppõe:[...] P parágrafo único. A medida de segurança é também aplicavel nos casos dos arts. 14 e 27, se ocorre a condição do n. II.Art. 94. Fora dos casos já previstos, aplica-se a liberdade vigiada durante um ano, pelo menos:[...]III - nos casos dos arts. 14 e 27:[...]

claramente adotou teorias diversas e incoerentes entre si para tratar de um mesmo assunto, vez que não punia o crime impossível, pois não haveria nele perigo objetivo, valorado *ex post*, ao passo que aplicaria a ele medida de segurança pela “periculosidade do agente”, evidente uso da teoria sintomática.

Esta questão, ao menos, foi superada com a reforma de 1984, por meio do qual foi suprimida a aplicação da medida de segurança ao crime impossível, sendo mantida sua não punibilidade. No que tange à tentativa em geral, os dispositivos decorrentes da referida reforma não sofreram mais alterações, estando vigentes até a presente data.

Atualmente, não obstante a tramitação nas casas legislativas de projeto para um novo Código Penal, as discussões sobre potenciais mudanças no direito penal brasileiro se concentram principalmente na parte especial do código e em alguns poucos pontos específicos na parte geral, como o instituto da prescrição. As visões consagradas sobre consumação e tentativa permanecem intocadas em relação àquelas adotadas pelo Código vigente, sem sofrer alterações no anteprojeto em curso, ou mesmo por meio das emendas a eles apresentadas.¹⁹

2.2.2 A Absoluta Impropriedade do Objeto

Como é possível perceber pelo percurso histórico acima realizado, foi uma marca da legislação brasileira expressamente considerar como crime impossível a ineficácia absoluta do meio e a absoluta impropriedade do objeto de maneira indistinta. Da mesma forma, a doutrina brasileira não se detém muito nas diferenças entre as duas situações, visto que ambas resultam na mesma consequência: a atipicidade. Entretanto, cada uma delas apresentam peculiaridades próprias que fazem com que seja um erro tratá-las em conjunto. Assim, neste trabalho cada hipótese será analisada separadamente, de forma a permitir que, em cada uma, de acordo com sua natureza, seja possível comparar como são trabalhadas e qual é o tratamento mais adequado.

A absoluta impropriedade do objeto ocorre quando o bem jurídico de fato visado pelo autor não é, na verdade, tutelado pela norma penal, em decorrência de erro na percepção do

¹⁹ Conferir Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012, Anteprojeto de Código Penal (tramitação: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404>).

objeto do delito. Assim, ou o objeto material do crime não existe ou, nas circunstâncias em que se encontra, torna impossível a consumação do delito. A doutrina brasileira traz como exemplos clássicos a realização de manobras abortivas em mulher que não está grávida e o disparo de arma de fogo contra cadáver.

Tendo em vista que o ordenamento brasileiro fez uso da teoria objetiva temperada, quer dizer, considera atípicas as inidoneidades absolutas, mas típicas as relativas, vale fazer a ressalva quanto à impropriedade relativa do objeto. Segundo a doutrina nacional, o objeto será apenas relativamente impróprio quando existe como bem juridicamente protegido, mas ocasionalmente não pode ser atingido, visto que não se encontra onde poderia ser atacado²⁰.

Damásio de Jesus elenca as hipóteses de impropriedade relativa: “a) uma condição accidental do próprio objeto material neutraliza a eficiência do meio usado pelo agente; b) presente o objeto na fase inicial da conduta, vem a ausentar-se no instante do ataque” (2012, pag. 394).

Dessa forma, de um lado se coloca a hipótese em que o objeto visado pelo agente não é, na realidade, protegido pela lei penal, decorrendo sua conduta de erro sobre as qualidades ou sobre a própria existência do objeto. Nesta situação, excludente de tipicidade, se enquadram os exemplos trazidos pela doutrina de desferir tiros em um cadáver ou praticar manobras abortivas em uma mulher que não está grávida. Do outro lado se coloca a hipótese em que o objeto visado pelo agente era próprio, mas estava momentaneamente ausente quando de sua conduta. A ausência ocasional do objeto próprio não exclui a tipicidade da conduta, devendo o autor responder pela tentativa. Nucci (2011, p. 355) exemplifica que “se o agente, pretendendo matar a vítima, ingressa no quarto onde julga que se encontra, desferindo vários tiros contra o leito vazio, mas o ofendido se acha no quarto ao lado, conseguindo fugir, não se trata de crime impossível, mas de tentativa de homicídio”.

20 MIRABETE, 2012, pag. 151.

2.2.3 A Ineficácia Absoluta do Meio

A ineficácia absoluta do meio, por sua vez, ocorre quando o meio é inadequado, inidôneo, ineficaz para que o sujeito possa obter o resultado pretendido, o que pode acontecer por força de erro causado pelo próprio agente ou por circunstâncias alheias à sua vontade. São exemplos de ineficácia absoluta do meio constantemente utilizados pela doutrina brasileira a tentativa de homicídio por envenenamento com substância inócua ou com a utilização de revólver desmuniado.

Está consolidado na doutrina e jurisprudência atuais que a ineficácia do meio deve ser verificada *in concreto*, sendo que a ineficácia relativa do meio não é causa para a incidência do art. 17, do CP. Desta feita, a expressão “absoluta” constante no referido artigo não significa dizer que o meio empregado, em qualquer caso, não seria apto a produzir o resultado pretendido, mas que naquele caso o meio empregado não poderia, em nenhuma circunstância, produzir o resultado. Não há que se falar, assim, em ineficácia a ser verificada *in abstracto*, tendo em vista que qualquer meio pode, em alguma situação concreta, produzir seu resultado. Por exemplo, em regra, fazer com que alguém beba um copo de água com açúcar não é meio eficaz para a prática de um homicídio, mas se o líquido for ministrado a um diabético, pode ser capaz de levá-lo a óbito.

A doutrina brasileira, de modo geral, identifica a ineficácia relativa com os casos em que o resultado pode ou não ser alcançado, quando, embora normalmente capaz de produzir o evento intencionado, ocorre uma falha no caso concreto, por uma circunstância acidental na sua utilização, que impede a sua efetividade²¹.

O limite entre ineficácia absoluta e relativa do meio pode ser, às vezes, muito tênue. Para Damásio de Jesus, “há a ineficácia relativa do meio quando, não obstante eficaz à produção do resultado, este não ocorre por circunstâncias acidentais. É o caso do agente que pretende desfechar um tiro de revólver na vítima, mas a arma nega fogo” (2012, pag. 394). Vale ressaltar, até mesmo como exemplo, o entendimento jurisprudencial segundo o qual a arma de fogo absolutamente inapta a efetuar disparos é considerada meio absolutamente inidôneo, não apenas

21 GRECO, 2013, p. 287.

para o crime de homicídio, mas também para outros como o porte ilegal de arma.

2.2.4 O Crime Impossível e o Delito Putativo

Uma diferenciação importante que deve ser feita diz respeito ao delito putativo e o crime impossível, tendo em vista que os conceitos se intermeiam em diversos pontos. A Doutrina Brasileira separa o delito putativo em duas grandes categorias: por erro de tipo e por erro de proibição. O delito putativo, apesar da nomenclatura, não constitui delito, vez que a circunstância que tornaria a conduta do agente delituosa só existe senão na imaginação do agente. Nas palavras de Bitencourt, “o crime putativo só existe na imaginação do agente. Este supõe erroneamente, que está praticando uma conduta típica, quando, na verdade, o fato não constitui crime. Como o crime só existe na imaginação do agente, esse conceito equivocado não basta para torná-lo punível” (2011, p. 370).

O crime putativo por erro de proibição ocorre quando, erroneamente, o autor crê que sua conduta é proibida pelo ordenamento jurídico. Consiste, na verdade, em um erro de proibição às avessas. Se no caso do erro de proibição (direto) um turista, por exemplo, fuma um cigarro de maconha no Brasil e acredita, por erro, que a sua conduta não importa na prática de qualquer infração penal²², por outro lado, no caso do delito putativo por erro de proibição, um turista fuma um cigarro de maconha em um país no qual o consumo desta substância seja permitido e acredita, também por erro, que está cometendo um ilícito.

A diferença entre esta situação e o chamado crime impossível, nos moldes delineados pela doutrina pátria, é clara. Segundo a redação do artigo 17 do CP, não se pune tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o *crime*. Desta forma, quando o Código trata sobre crime impossível, exige que a conduta visada pelo agente, caso fosse possível sua consumação, seja considerada típica. Pelo contrário, no delito putativo por erro de proibição a conduta praticada pelo agente não é típica, porque não prevista no ordenamento jurídico como tal. O agente tem pleno conhecimento de todo o quadro fático de sua conduta e o erro recai sobre a proibição jurídica da conduta que está sendo praticada.

22 GRECO, 2013.

No delito putativo por erro de tipo, por outro lado, a suposição errônea do agente não recai sobre a norma, mas sobre os elementos do crime, sobre as elementares do tipo. O agente imagina uma condição fática inexistente que, caso existisse, tornaria sua conduta típica. Essa hipótese de delito putativo corresponde ao crime impossível pela absoluta impropriedade do objeto²³. É necessário à caracterização do crime impossível o desconhecimento do agente sobre as condições que impedem a consumação de sua conduta, vez que se o agente souber que, na verdade, o que pretende matar é um cadáver, por exemplo, o caso será de delito putativo por erro de proibição.

Vale destacar que alguns autores consideram como delito putativo apenas aquele por erro de proibição²⁴. Segundo o entendimento de Mirabete: “Muitos doutrinadores referem-se também a crime putativo por erro de fato (que para nós é crime impossível) [...]” (2012, p. 152.).

Quando há a ineficácia absoluta do meio, por outro lado, não se trata de hipótese de delito putativo, pois a conduta pretendida pelo autor é prevista como crime pelo ordenamento e seu erro incide somente sobre a relação de causalidade entre o meio escolhido e o resultado pretendido, estando presentes todos os elementos do tipo restantes.

Para Zaffaroni (2010), nos casos de ineficácia absoluta do meio, o erro incide apenas na causalidade, sendo este um erro existente em qualquer tentativa (idônea ou inidônea), em maior ou menor grau. Os casos de inversão de erro de tipo incidentes sobre os demais elementos do tipo que não a causalidade estariam abarcados pela teoria da ausência do tipo, quer dizer, seriam casos de atipicidade. O que Zaffaroni chama de delito putativo se restringe aos casos do erro de proibição ao revés, sendo também este um erro que acarreta a atipicidade da conduta.

Assim, o citado autor diferencia bem os casos de inversão do erro de tipo e de inversão do erro de proibição, mas acredita que esta diferenciação é, de certa forma, inútil, vez que a consequência prática em ambos os casos é a atipicidade da conduta:

A distinção entre a ausência de tipo e o “delito imaginário” (ou delito putativo) é, em princípio, possível, posto que a ausência de tipo seria uma inversão do erro de tipo que afeta qualquer dos elementos do tipo que não seja a causalidade, enquanto o delito imaginário seria uma inversão do erro de proibição. Não obstante, tão imaginário é o delito em um como no outro caso. Não há delito senão na imaginação do autor, como

23 JESUS, 2012, p. 240.

24 Dentre eles podemos citar Mirabete, Guilherme de Souza Nucci e Bittencourt.

quando se supõe que se leva o guarda-chuva alheio e se está levando o próprio. Se há um acordo geral no sentido de que a falsa crença acerca da antijuridicidade não pode fundar um injusto, não vemos em que se pode fundar a tipicidade da conduta que só existe na imaginação do autor: não se pode afirmar que a imaginação da tipicidade pode fundar um injusto.

Os esforços para distinguir ambos os supostos imaginários são ingêntes, mas deles não se pode extrair qualquer consequência prática. (ZAFFARONI, 2010, p. 84)

É possível observar que, não obstante a doutrina brasileira tratar todas as situações como causas de atipicidade, ela faz a relevante distinção entre o delito putativo por erro de proibição e o crime impossível por ineficácia absoluta do meio. Este primeiro é considerado atípico, pois a conduta do agente apenas é ilícita em sua imaginação, visto que não apresenta elementos que permitam seu enquadramento em qualquer tipo penal. Por outro lado, a própria doutrina brasileira reconhece que no caso de ineficácia absoluta do meio a conduta do agente apresenta todos os elementos do tipo penal, sendo o erro incidente apenas na relação de causalidade. Por esta distinção, já se percebe uma importante peculiaridade desta inidoneidade absoluta frente às demais situações atipicidade, que já indica que merece um tratamento e cuidado diferenciados.

2.3 CRIME IMPOSSÍVEL EM OUTROS ORDENAMENTOS

Segundo o ordenamento jurídico Brasileiro, o crime impossível, entendido tanto pela impropriedade absoluta do objeto quanto pela ineficácia absoluta do meio, é causa de exclusão de tipicidade. Entretanto, cuidando-se apenas de uma opção entre diferentes entendimentos – não fazendo aqui qualquer juízo sobre a primazia de um em detrimento dos demais –, outros ordenamentos adotaram linhas distintas de tratamento aos casos de impossibilidade de consumação do delito.

O Código Penal Uruguaio, em seu artigo 5º, à semelhança do brasileiro antes da reforma de 84, isenta de pena os atos inadequado para cometer um delito quando o fim almejado pelo agente é absolutamente impossível ou quando o meio escolhido é absolutamente inidôneo,

facultando ao juiz a adoção de medidas de segurança a depender da periculosidade do agente²⁵. Neste mesmo sentido se posiciona o Código Penal Italiano, em seu artigo 49²⁶.

No ordenamento da Alemanha, em que há grandes discussões sobre a adoção da teoria subjetiva, baseada na periculosidade do autor, O Código Penal permite ao juiz prescindir da pena ou diminuí-la segundo sua faculdade discricionária, se o autor desconhece, por erro grosseiro, que a tentativa não poderia, de maneira alguma, conduzir à consumação (§23, 3)^{27 28}.

É de se observar que nos ordenamentos em que é prevista uma diminuição da pena, ou a isenção em casos específicos, a conduta do agente, não obstante impossível a consumação do delito, é considerada fato típico.

Apesar dos vários tratamentos possíveis sobre o tema, interessante se mostra a solução encontrada pelo Código Penal Argentino, juntamente com as discussões doutrinárias que gravitam em torno do tema a fim de compatibilizar o dispositivo legal com os preceitos constitucionais.

O Código Penal Argentino, de 1984, até então vigente, em seu artigo 44, que dispõe sobre a tentativa, estabelece as escalas de apenação das condutas consideradas típicas, que, porém, não chegaram à consumação do delito, graduando-as em uma redução de metade da pena cominada ao delito consumado até sua exclusão total.

ARTICULO 44.- La pena que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad.

Si la pena fuere de reclusión perpetua, la pena de la tentativa será reclusión de quince a veinte años. Si la pena fuese de prisión perpetua, la de tentativa será prisión de diez a quince años.

25 **Art. 5.** (De la tentativa y del delito imposible) Es punible el que empieza la ejecución de un delito por actos externos y no realiza todos los que exige su consumación, por causas independientes de su voluntad. El desistimiento voluntario exime de responsabilidad, salvo que los actos ejecutados constituyan, por sí mismos, un delito.

Se hallan exentos de pena los actos inadecuados para cometer el delito, o porque el fin que se propone el agente es absolutamente imposible, o porque resultan absolutamente inidóneos los medios puestos en práctica por él. En tales casos el Juez queda facultado para adoptar medidas de seguridad respecto del agente, si lo considera peligroso. [grifo nosso]

26 Art. 49 - Reato supposto erroneamente e reato impossibile -Non è punibile chi commette un fatto non costituente reato, nella supposizione erronea che esso costituisca reato. La punibilità è altresì esclusa quando, per la inidoneità dell'azione o per l'inesistenza dell'oggetto di essa, è impossibile l'evento dannoso o pericoloso. Nei casi preveduti dalle disposizioni precedenti, se concorrono nel fatto gli elementi costitutivi di un reato diverso, si applica la pena stabilita per il reato effettivamente commesso. Nel caso indicato nel primo capoverso, il giudice può ordinare che l'imputato proscioltto sia sottoposto a misura di sicurezza. [grifo nosso]

27 § 23. Punibilidad de la tentativa(1) La tentativa de un crimen es siempre punible; la tentativa de un hecho solo es punible cuando la ley expresamente lo determina.(2) La tentativa puede castigarse más benignamente que el hecho consumado (§ 49 inciso 1)(3) Si el autor desconoce, por una falta de comprensión grave, que la tentativa según la clase del objeto o del recurso con los que debería cometer el hecho de ninguna manera podría conducir a la consumación, entonces el tribunal puede prescindir de pena o disminuir la pena conforme a su facultad discrecional (§ 49 inciso 2). [grifo nosso]Código Penal Alemão traduzido para o espanhol. Acessado em: http://www.juareztares.com/textos/leis/cp_de_es.pdf

28 TERAN LOMAS, ROBERTO; "DERECHO PENAL", TOMO II, PAG. 131; ED. ASTREA; 1980. in Monografia (pegar referencia)

Si el delito fuera imposible, la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducirse al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelada por el delincuente.

Alguns doutrinadores, como Fontan Balestra e Ricardo Núñez²⁹, acreditam que a previsão de aplicação de pena ao crime impossível se funda em um critério subjetivo de periculosidade, sem prescindir do aspecto objetivo, pela redução da pena. No entanto, Zaffaroni entende que, sendo adotada tal interpretação, este dispositivo do Código Penal seria inconstitucional, por clara ofensa ao art. 19 da Constituição Nacional Argentina³⁰, que exige, para submissão do tema à jurisdição, um prejuízo a bem de terceiro ou ofensa a ordem ou moral pública.

Para o citado autor, é possível uma interpretação do último parágrafo do art. 44 que seja conforme a Constituição se se entender que tal dispositivo trata apenas dos casos em que, *ex ante*, um terceiro observador poderia acreditar que havia um perigo para um bem jurídico, mas que, em uma análise posterior, foi verificado inexistente, vez que o resultado pretendido pelo agente era impossível de ser alcançado pelo meio escolhido. Os demais casos – quando o objeto é absolutamente impróprio, quando as elementares do tipo ou a proibição da conduta só existissem na imaginação do autor, ou mesmo quando a inidoneidade do meio já fosse percebida *ex ante* – são considerados fatos atípicos, por não colocarem, em nenhum momento e de nenhuma forma, em perigo o bem jurídico e, por isso, não estão incluídos no conceito de “crime impossível” previsto no dispositivo do Código Penal.

Em compatibilidade ao raciocínio esboçado e à adoção da teoria objetiva, o art. 44 prevê a redução de pena, superior a da tentativa dita idônea, para o crime impossível: será diminuída da metade ao mínimo legal, podendo haver, inclusive, a isenção da pena. Esta redução é de observância obrigatório pelo magistrado, tendo em vista que não se pode apenar o que não teve aptidão real para lesionar na mesma intensidade de uma conduta que o teve.

Quanto à amplitude da redução, uma vez que a lei não estabeleceu qualquer critério, o magistrado deve observar uma escala segundo a extensão do perigo causado, consistente na determinação do momento em que se pode verificar a inidoneidade absoluta do meio, ou seja, do

29 FONTAN BALLESTRA, CARLOS; "TRATADO DE DERECHO PENAL", TOMO II; ED. ABELEDO PERROT, 1966, in monografía (pegar referencia)NÚÑEZ, Ricardo. **Manual de Derecho Penal, Parte General**. Buenos Aires: Córdoba, 1977. In: ZAFFARONI, Raul. Derecho Penal, Parte General....

30 **Artículo 19.**- Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

momento em que se percebeu que o delito, não poderia de forma alguma, se consumar³¹. Devendo sempre se atentar ao fato de que, se a inidoneidade já era conhecida desde o início da execução, não houve qualquer perigo ou ameaça ao bem, sendo o fato atípico.

É de se observar que, mesmo no caso de isenção de pena previsto na parte final do último parágrafo do art. 44, o tratamento legal conferido pelo ordenamento argentino não se equipara ao brasileiro, vez que, para haver a isenção de pena, o fato foi considerado típico e antijurídico, sendo afetada apenas sua punibilidade. O Código Penal Brasileiro, por outro lado, apesar da expressão “não se pune”, trata, segundo a doutrina e jurisprudência consolidadas, de casos de atipicidade.

Grande parte dessa diferença de tratamento decorre da própria redação legal. O Código Penal argentino não define as situações que se enquadram no crime impossível e deixa para a doutrina tal encargo, permitindo, dessa forma, que se faça a diferenciação entre impropriedade absoluta do objeto e ineficácia absoluta do meio. Assim, para que o conceito de crime impossível como fato típico e passível de punição seja compatível com os preceitos constitucionais, nele se insere apenas a ineficácia absoluta do meio, não estando incluída a impropriedade absoluta do objeto, visto ser fato atípico.

No entanto, o Código Penal brasileiro não abre essa possibilidade, pois já define o crime impossível como a impropriedade absoluta do objeto e a ineficácia absoluta do meio. Com esta redação que iguala as duas situações, fatalmente se cometerá um erro, independentemente da opção que se faça, visto que as duas situações tem naturezas diferentes e geram consequências distintas. Se se considerar que o art. 17 trata de uma causa de atipicidade, terá de se considerar a ineficácia do meio como fato atípico. Por outro lado, se se considerar que a isenção de pena do artigo incide sobre a punibilidade de uma conduta típica, considerar-se-á a impropriedade do meio também como uma conduta típica, o que não é possível, como a seguir será demonstrado.

Dessa forma, fazendo uso da teoria objetiva, a doutrina brasileira de forma dominante entende que, por não haver lesão ou ameaça de lesão a bem quando há a ineficácia absoluta do meio ou impropriedade absoluta do objeto, tais condutas são atípicas e, portanto, não puníveis. Segundo este raciocínio, que simplifica sobremaneira a ineficácia absoluta do meio, não se mostra um problema a reunião das duas situações em um mesmo dispositivo legal, visto que ambas acarretam a atipicidade da conduta. No entanto, a doutrina encontra grande empecilho na

31 ZAFFARONI, 2002, p. 837-838

expressão “não se pune a tentativa”, pois, pela letra da lei, o crime impossível é, na verdade, uma forma de tentativa, típico, mas não punível.

3 A JURISPRUDENCIA ATUAL SOBRE A TENTATIVA INIDÔNEA EM SEDE DE CRIMES DE FALSO E AS DIFICULDADES ENFRENTADAS

Como pôde ser percebido pelas considerações do capítulo anterior, não há divergências na doutrina brasileira quanto a questões relacionadas ao crime impossível, principalmente quanto a sua atipicidade, mesmo não sendo o Código Penal expresso nesse sentido. No entanto, outros ordenamentos, em especial o argentino, acompanhados por suas doutrinas nacionais, o consideram como fato típico e também punível, e, com isso, a análise das situações concretas deve ser também diferenciada.

Para explicitar a problemática do crime impossível – tal como é tratado no Brasil – quando aplicado concretamente, servirão como objetos de análise duas situações bastante corriqueiras na realidade do judiciário em matéria penal, o falso grosseiro em sede de moeda falsa e a apresentação de documento cuja falsidade pode ser constatada pela mera conferência de dados em sistemas informatizados, situações estas consideradas, quase de forma pacífica, como crime impossível pela jurisprudência nacional.

Os crimes de falso, assim entendidos aqueles constantes no Título X do Código Penal, “Dos Crimes Contra a Fé Pública”, abrangem a moeda falsa (Capítulo I), a falsidade de títulos e outros papéis públicos (Capítulo II), a falsidade documental (Capítulo III) e outras falsidades (Capítulo IV). O bem jurídico precipuamente tutelado por estes tipos penais, como o próprio título em que estão inseridos indica, é a fé pública. Conforme indica Edgard Magalhães Noronha, a fé pública pode ser entendida como a crença ou convicção geral na genuinidade e valor dos documentos, atos, etc., prescritos ou usuais para atestar ou provar a veracidade das relações jurídicas e sociais ³².

A doutrina e jurisprudência já se firmaram no sentido de que é necessário que a conduta do agente apresente potencialidade lesiva, ou seja, que o falso seja apto a ludibriar. Dessa

³² Noronha, Edgard Magalhães. **Direito Penal, Volume IV**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 100.

forma, tomemos como dois exemplos principais situações mais específicas de crimes de falso bastante recorrentes, a falsificação grosseira de moeda e a apresentação de documento falso perante órgão munido de sistema informatizado para conferência de dados.

Entende-se que quando o falso é grosseiro, ele não possui potencialidade lesiva, ou seja, não tem o condão de ludibriar pessoas e atingir o bem jurídico tutelado pelo tipo penal, qual seja, a fé pública. Dessa forma, ausente de forma absoluta a potencialidade lesiva da conduta do agente, o caso se trata de crime impossível. Um agente que, no intuito de falsificar moeda, reproduz uma nota de três reais, não comete crime, pois sua conduta é incapaz de afetar a fé pública, porquanto qualquer pessoa que se depare com uma cédula de três reais é capaz de identificar sua falsidade.

Contudo, já aqui reside um ponto que merece atenção. Nos ensinamentos de Damásio de Jesus (2012), “é preciso que [o delito de falso] traga em si mesmo a capacidade de iludir a vítima e, assim, causar-lhe dano. Se o falso é grosseiro, incapaz de enganar, [...] não ofende a fé pública e, por isso, inexistente crime”. Já Guilherme de Souza Nucci (2011), por sua vez, coloca que é exigida “a potencialidade lesiva do documento falsificado ou alterado, pois a contrafação ou modificação grosseira, não apta a ludibriar a atenção de terceiros, é inócua para esse fim. Trata-se de crime impossível”. Destaca-se que enquanto Damásio de Jesus fala em “capacidade de iludir a vítima”, Nucci apenas trata de “ludibriar a atenção de terceiros”. Isto decorre da diferença neste delito entre a vítima mediata e a imediata, quer dizer, entre a pessoa contra a qual foi diretamente entregue o falso, quando o caso, e a sociedade, como detentora da fé pública.

No entanto, considerando que o bem jurídico tutelado pelos crimes de falso é a fé pública, para que a conduta seja enquadrada como crime impossível, é necessário que o falso seja incapaz de atingir a fé pública, ou seja, iludir a sociedade sobre autenticidade do objeto que se pretende falsificar, o que se chama de falso grosseiro. A jurisprudência é de certa forma pacífica em considerar que, para que seja caracterizado o falso grosseiro, deve ser utilizado como padrão o homem médio, e não a vítima direta:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. USO DE DOCUMENTO FALSO. FALSIFICAÇÃO GROSSEIRA. INOCORRÊNCIA DO DELITO PREVISTO NO ART. 304 DO CÓDIGO PENAL. “Conforme firme entendimento jurisprudencial desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, a mera falsificação grosseira de documento, incapaz de ludibriar pessoa comum, afasta o delito insculpido no art. 304 do Código Penal.” (Precedentes). Recurso não conhecido." (REsp 441066/PR, 5.ª Quinta Turma, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJ de 19/05/2003.)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. USO DE DOCUMENTO FALSO. ART. 304 DO CP. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. FALSIFICAÇÃO GROSSEIRA CONFIGURADA. CRIME IMPOSSÍVEL.

1. Materialidade e autoria delitiva que não comportam dúvidas.

2. A inautenticidade do passaporte foi constatada, de pronto, pelo funcionário do consulado brasileiro em Miami, o qual "não tem competência legal nem técnica para pronunciar-se sobre o assunto".

3. Tratando-se de falsificação grosseira, perceptível à primeira vista, e, portanto, incapaz de causar dano, elemento essencial à caracterização do delito, está configurado crime impossível, por absoluta ineficácia do meio.

4. Apelação não provida.

(TRF-1 – ACR 201038000041426 MG 2010.38.00.004142-6. Terceira Turma, Rel. Des. Federal MONICA SIFUENTES, e-DJF1 de 28/02/2014).

Assim, considerando como principal bem jurídico tutelado nos crimes de falso a fé pública, aferida pelo critério do homem médio, uma conduta que, pela impropriedade absoluta do objeto ou absoluta ineficácia do meio, fosse absolutamente incapaz de atingi-la, seria considerada crime impossível, nos moldes do art. 17 do CP e, portanto, atípica. *A priori*, o raciocínio é simples e sem complicações quando a situação é de que a vítima direta se encontra dentro do padrão do homem médio, ou seja, não seria ludibriada com o falso grosseiro, mas poderia o ser com o falso não grosseiro.

Contudo, ao colocar como vítimas diretas indivíduos que fujam ao padrão do homem médio, surgem algumas divergências nos julgamentos dos casos concretos. Por exemplo, se uma moeda falsa é apresentada a um indivíduo e, não obstante o falso ser grosseiro, consegue iludi-lo, terá a conduta do agente tido, no caso concreto, potencialidade lesiva? A doutrina e jurisprudência entendem que, neste caso, não haveria potencialidade lesiva para o delito de moeda falsa, visto que, sendo o falso grosseiro, não seria capaz de atingir a fé pública, mas subsistiria, se o caso, o estelionato. Neste sentido se encontra a Súmula nº 73 do STJ: “A utilização de papel-moeda grosseiramente falsificado configura, em tese, o crime de estelionato, de competência da Justiça Estadual”. É possível estender este raciocínio para os demais tipos de falso, de forma que um indivíduo que consiga ludibriar outro com um documento público grosseiramente falsificado cometeria, em tese, apenas o delito de estelionato.

As expressões “homem médio” e “pessoa comum”, utilizadas na definição de falso grosseiro, que determinam, em última instância, a tipicidade da conduta do agente, na verdade, carregam alto grau de subjetividade, refletida na existência de diversos julgados divergentes sobre quando considerar um falso grosseiro. Analisemos os dois julgados abaixo colacionados:

PENAL. MOEDA FALSA. GUARDA. DOLO. FALSIFICAÇÃO GROSSEIRA. DOSIMETRIA DA PENA.

1 - Não há falar em crime impossível ou estelionato se o laudo pericial atesta que as cédulas falsas podem enganar pessoas que não estejam habituadas a lidar com moeda falsa.

2 - Não há como afastar o dolo na conduta do réu de guarda de moeda falsa, pois sabedor da inautenticidade das cédulas.

3 - Readequada a dosimetria da pena, restando fixada em definitivo em 03 anos de reclusão, substituída por duas penas restritivas de direito.

(TRF-4 - ACR 3753920074047006 PR 0000375-39.2007.404.7006. Sétima Turma, Rel. Des. Federal Artur César de Souza. DE de 03/06/2013)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE MOEDA FALSA. ARTIGO 289 , PARÁGRAFO 1º , DO CÓDIGO PENAL . COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. RECONHECIMENTO ATRAVÉS DE ACÓRDÃO DESTA CORTE REGIONAL TRANSITADO EM JULGADO (AUTOS DO RSE Nº 1560/SE). MÉRITO DA APELAÇÃO. RENOVAÇÃO DO QUESTIONAMENTO ACERCA DA FALSIFICAÇÃO GROSSEIRA. POSSIBILIDADE. MOTIVAÇÃO RECURSAL. FALSIFICAÇÃO GROSSEIRA. NOTA INCAPAZ DE ILUDIR O HOMEM MÉDIO. PROVA TESTEMUNHAL. VALIDADE. CRIME IMPOSSÍVEL. OCORRÊNCIA (CP , ART. 17). ABSOLVIÇÃO. POSSIBILIDADE (CPP , ART. 386 , III). APELAÇÃO PROVIDA. [...] MÉRITO: 4- Existência de Laudo atestando que a moeda é falsa e a falsificação não é grosseira. Contudo o Perito utiliza genericamente: "podendo assim confundir pessoas pouco observadoras e/ou desconhecedoras dos itens de segurança das cédulas de real" (fls.32/34 - do apenso). 5-A prova testemunhal confirmou: [O comerciante (dono da lanchonete onde as vítimas foram trocar a cédula de cem reais) que recebeu a nota falsa e os policiais, que tiveram contato com a mesma, logo perceberam a falsidade, tendo em vista a constatação imediata da falsidade impigida. Os policiais relataram que "a falsificação era grotesca, percebia a falsidade na mão só de pegar na nota" (dispositivo áudio-visual fls.162)]; [A vítima relatou que "na hora não olhou a nota; pegou a nota fechada e colocou no bolso; que após se despedir de José Aduino, pegou novamente a nota e percebeu que era falsa; que o papel era diferente e nem tinha marca quando colocou na luz"(fls.162)] 6-A falsificação grosseira que se torna incapaz de iludir o homem médio descaracteriza o delito de moeda falsa, por absoluta impropriedade do objeto. 7-Acolhe-se o parecer ministerial para reconhecer a configuração de crime impossível, nos termos do artigo 17 do Código Penal . 8-Pleito absolutório da defesa que se acolhe ante o reconhecimento da configuração de crime impossível. 9-Apeleção do réu provida para absolve-lo com espeque nos artigos 17 do Código Penal c/c artigo 386 , III , do Código de Processo Penal [...].

(TRF – 5 – APELAÇÃO CRIMINAL Nº 28848520104058500. ÓRGÃO JULGADOR: QUARTA TURMA. RELATOR: DES. FEDERAL BRUNO TEIXEIRA. JULGAMENTO: 15/10/2013. PUBLICAÇÃO 17/10/2013.)

No acórdão proferido pelo E. TRF da 4ª Região, o Tribunal deixou claro que, segundo seu entendimento, o padrão do homem médio que definirá o falso grosseiro e a atipicidade da conduta do agente consiste nos indivíduos que não lidam com moeda como atividade fim, quer dizer, que não lidam direta e constantemente com o risco de receberem moedas falsas e, por isso, não verificam com constância a autenticidade das moedas que recebem. Por outro lado, o TRF da 5ª Região, em julgado contemporâneo ao anterior, considerou como homem médio para fins de

falsificação grosseria comerciantes e policiais, ou seja, indivíduos que lidam a todo momento com moeda falsa e estão acostumados à verificação dos itens de segurança da cédula. Apesar de a perícia técnica ter constatado que a falsificação não era grosseira, ou seja, era capaz de iludir pessoas pouco observadoras e desconhecedoras dos itens de segurança da cédula de real, o Tribunal considerou que, pela falsificação ter sido facilmente identificada pelo comerciante que recebeu a cédula e pelos agentes policiais que realizaram a apreensão, o falso era grosseiro.

O cotejo entre os julgados indica, no mínimo, a falibilidade de um critério que se pretende objetivo para definir a absoluta inidoneidade do falso grosseiro e, portanto, sua atipicidade. A partir do momento em que se define que, para atingir a fé pública, é necessário ser possível ludibriar o homem médio, mas não se consegue um consenso na aplicação da noção de homem médio, é criada uma insegurança na verificação de se, no caso concreto, o meio era eficaz ou não para consumir o delito. Um meio que seria absolutamente ineficaz perante uma concepção de homem médio, pode não o ser se utilizada outra concepção, mesmo mantidas todas as circunstâncias do caso concreto, como foi a situação ocorrida no julgado do TRF 5ª região acima colacionado, em que a perícia técnica e o tribunal apresentaram concepções distintas de homem médio, refletindo em conclusões distintas sobre o falso ser grosseiro ou não e na consequente (a)tipicidade da conduta.

Ainda, a própria questão de se a falsificação grosseira é causa de inidoneidade do meio ou do objeto é alvo de divergência na prática judiciária. É possível perceber a coexistência de vários julgados que divergem quanto a este ponto.

O já analisado acórdão do TRF da 5ª Região, por exemplo, considerou, no tópico 6, o falso grosseiro como objeto absolutamente impróprio. Analisando os elementos do tipo previsto no art. 289 do Código Penal (Moeda Falsa), percebe-se que o bem juridicamente protegido é a fé pública e o objeto material do delito é a moeda falsa (metálica ou papel-moeda), de curso legal no país ou no estrangeiro, sobre a qual recai qualquer dos comportamentos previstos no tipo penal³³. Sendo assim, não se poderia pensar que o objeto era idôneo, visto que o agente tentou falsificar moeda de curso legal no país, mas o meio escolhido por ele – a forma e os métodos de falsificação – foi o que tornou sua conduta absolutamente inapta a produzir o resultado pretendido? Neste sentido, outros acórdãos consideram que a falsificação grosseira de moeda

33 GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, parte especial – Volume IV*. Niterói: Editora Impetus, 2008. P. 230.

constitui, na verdade, ineficácia absoluta do meio³⁴:

HABEAS CORPUS. USO DE DOCUMENTO FALSO. FALSIFICAÇÃO GROSSEIRA. ABSOLUTA INEFICÁCIA DO MEIO EMPREGADO. CONDUTA ATÍPICA. ORDEM CONCEDIDA. 1. A falsificação grosseira, notada pelo homem comum, afasta a tipicidade do crime de uso de documento falso, por absoluta ineficácia do meio empregado. 2. Precedentes deste Superior Tribunal de Justiça. 3. Habeas corpus concedido.
(STJ - HC 119.054/SP, Rel. Min. HAROLDO RODRIGUES, SEXTA TURMA, DJe de 29/03/2010)

Em um contexto de indiferença entre absoluta ineficácia do meio ou impropriedade absoluta do objeto, esta divergência jurisprudencial não é de grande relevância. No entanto, ao se considerar as distinções essenciais entre as duas situações, que serão trabalhadas no próximo capítulo, a questão ganha grande espaço, pois se reflete diretamente na tipicidade da conduta.

De outro lado, se coloca a situação em que um falso, não grosseiro, é apresentado a órgãos munidos de sistemas informatizados que permitem a conferência de dados e a identificação da falsidade. Não são raros os julgados que consideram esta situação como situação de crime impossível, ou seja, situação na qual, pelo meio absolutamente ineficaz escolhido pelo agente, seria impossível que a fraude não fosse descoberta.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. USO DE DOCUMENTO FALSO. PASSAPORTE ADULTERADO. CONTROLE MIGRATÓRIO. PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE DE DECLARAÇÃO EX OFFICIO DE INCOMPETÊNCIA. SÚMULA 33/STJ. INAPLICABILIDADE NO PROCESSO PENAL. PREVISÃO LEGAL NO ART. 190, CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. REJEIÇÃO. SUPRESSÃO DE FOLHA ONDE CONSTAVA OBRIGAÇÃO ADMINISTRATIVA DE MULTA. DETECÇÃO PELO SISTEMA INFORMATIZADO. MEIO INEFICAZ PARA A AÇÃO DELITIVA. CRIME IMPOSSÍVEL. ART. 17, CÓDIGO PENAL. ABSOLVIÇÃO. ART. 386, V, CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. I. Diferentemente do que ocorre no processo civil, a competência, seja absoluta ou relativa, pode ser apreciada de ofício pelo julgador, consoante previsto no art. 109 do Código de Processo Penal, sendo inaplicável o enunciado da Súmula nº 33/STJ, por se destinar a processos cíveis. Preliminar rejeitada. II. O meio utilizado para a ação delitiva, que consistia em omitir obrigação administrativa (sanção pecuniária por anterior extrapolação de prazo de permanência em solo brasileiro) se mostrou absolutamente ineficaz, no caso concreto, diante do uso de sistema informatizado pelo serviço de imigração brasileiro. III. Aplicável o art. 17 do Código Penal, resta absolvido o réu ex vi do art. 386 do Código de Processo Penal. IV. Apelação provida.
(TRF-5 - ACR: 6373 RN 0001783-90.2008.4.05.8400, Relator: Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, Data de Julgamento: 31/03/2009, Quarta Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça - Data: 17/04/2009 - Página: 473 - Nº: 73 - Ano:

34 Assim, a própria ideia de falso grosseiro como ineficácia absoluta do meio pode ser problematizada, visto que, sendo um conceito que utiliza como critério a incapacidade de ludibriar o homem médio, abre-se a possibilidade de que indivíduos abaixo do padrão do homem médio possam ser ludibriados pelo falso grosseiro, o que implicaria, de alguma forma e em algum grau, um ataque a fé pública – ainda se considerando este um conceito abstrato cujo conteúdo pode ser preenchido de diferentes maneiras. Todavia, esta problematização não será o foco de análise deste trabalho e, por hora, consideraremos a falsidade grosseira como meio absolutamente ineficaz para a produção do resultado.

2009)

PENAL E PROCESSO PENAL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. INDEFERIMENTO. INEFICÁCIA ABSOLUTA DO MEIO. CRIME IMPOSSÍVEL. ARTIGO 17 DO CÓDIGO PENAL.

1. O crime impossível somente se caracteriza quando o agente vem a praticar o ato e o delito que jamais poderiam se consumar pela ineficácia absoluta do meio empregado, ou pela absoluta impropriedade do objeto material (art. 17 do CP).

2. Pedido indeferido pela simples análise de informações disponibilizadas à Previdência Social em sistemas informatizados.

3. O meio empregado para a obtenção do benefício foi absolutamente ineficaz, o que impossibilitou a consumação do crime. Crime impossível (art. 17 do CP).

4. Recurso em sentido estrito não provido.

(TRF 1 – RSE 385820124013805 MG 3858.20.12.401380-5. ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA TURMA. RELATOR: DES. FEDERAL MONICA SIFUENTES. JULGAMENTO: 19/11/2013. PUBLICAÇÃO: e-DJF1 p.263 de 29/11/2013.)

Mais uma vez aqui se coloca o grande complicador que é a definição de uma inidoneidade absoluta ou relativa, refletindo de forma direta na tipicidade da conduta. Na situação aqui apresentada, diferentemente do falso grosseiro, a falsidade não é detectada de pronto por quem recebe o documento, é necessário que o agente pesquise no sistema informatizado os dados e faça o batimento.

Entretanto, não são raros os casos em que o benefício previdenciário fraudulento, como no caso julgado pelo TRF da 1ª Região, é deferido, seja pela desatualização dos dados no sistema, seja pela colaboração omissiva do funcionário da previdência, ou seja pela própria negligência do funcionário em fazer a perfeita conferência de todos os dados, devido à grande quantidade de serviço e metas a que são submetidos – vários funcionários já declararam em juízo, quando acusados de participação em esquemas fraudulentos, que são instruídos a fazer a conferência no sistema apenas quando a documentação apresentada pelo beneficiário se mostrar de alguma forma suspeita. Quer dizer, não é o simples fato de haver um sistema informatizado cujas informações poderiam detectar a fraude que torna o meio utilizado pelo agente absolutamente ineficaz.

Nesse mesmo sentido, alguns outros julgados utilizam a necessidade de verificação dos dados em sistema informatizado como argumento para comprovar que o meio não era absolutamente inidôneo, visto que a falsidade do documento não foi verificada de pronto.

APELAÇÃO CRIMINAL USO DE DOCUMENTO FALSO - Carteira Nacional de Habilitação -Absolvição - Alegação de crime impossível em razão de se tratar de falsificação grosseira-IMPOSSIBILIDADE - Materialidade e autoria devidamente comprovadas pelo Laudo de exame documentoscópico, bem como demais elementos dos autos. Dolo evidente pela narrativa do apelante, que confirmou haver comprado a

Carteira de habilitação sem os exames necessários. Falsidade só constatada pela consulta ao sistema de cadastros. RECURSO IMPROVIDO.
 (TJ-SP - APL: 46719420068260539 SP 0004671-94.2006.8.26.0539, Relator: Camilo Léllis, Data de Julgamento: 26/07/2012, 15ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 06/08/2012)

Assim, o que se percebe da breve análise jurisprudencial feita neste capítulo é a grande dificuldade em definir se a inidoneidade no caso concreto foi absoluta ou relativa, dificuldade esta que provém da similitude prática de ambas as situações. Como será demonstrado no capítulo seguinte, mesmo a inidoneidade absoluta, não sendo o erro do agente de tal forma grosseiro a ponto de qualquer pessoa identificá-lo de pronto, pode aparentar, em um primeiro momento, perigo ao bem jurídico tutelado, que só será afastado após descobertas as razões ineficácia absoluta do meio.

4 A TENTATIVA INIDÔNEA COMO FATO TÍPICO

Como já dito anteriormente, o Código Penal pátrio, ao unir indistintamente impropriedade absoluta do objeto e ineficácia absoluta do meio, incorre em grave erro, pois são situações em muito diferentes e que devem gerar consequências igualmente distintas. Eugenio Raúl Zaffaroni, no contexto do Direito Penal Argentino, constrói muito bem esta distinção, de modo que, segundo sua interpretação, o “delito impossível” de que trata o art. 44³⁵ do Código Penal de seu país se refere somente à absoluta ineficácia do meio.

Tendo em vista esta importante distinção, neste capítulo serão analisadas de forma separada a tipicidade das duas hipóteses consideradas pelo Código Penal pátrio como de crime impossível.

³⁵ **ARTICULO 44.-** La pena que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad.

Si la pena fuere de reclusión perpetua, la pena de la tentativa será reclusión de quince a veinte años. Si la pena fuese de prisión perpetua, la de tentativa será prisión de diez a quince años.

Si el delito fuera imposible, la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducirse a la mínima legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelada por el delincuente.

4.1 A ABSOLUTA IMPROPRIEDADE DO OBJETO COMO CAUSA DE EXCLUSÃO DA TIPICIDADE

Primeiramente, vale a observação de mais uma incorreção na literalidade do art. 17 do CP, causada pela junção indistinta de duas situações que, por sua natureza, devem ser tratadas de forma separada. O referido artigo, ao tratar sobre crime impossível, prevê que “não se pune a tentativa”. No entanto, segundo o art. 14, II, do CP, a tentativa pressupõe o início da execução de uma conduta típica. Quer dizer, em uma análise combinada entre a literalidade dos dois dispositivos, tanto a ineficácia absoluta do meio quanto a impropriedade absoluta do objeto, na verdade, porque denominadas de tentativa, consistem em figuras típicas, porém não puníveis.

Como já amplamente explicitado, a doutrina e jurisprudência brasileiras afastam este raciocínio, de modo a considerar como atípicas ambas as situações, sendo uma impropriedade do código denominá-las de tentativa. Todavia, em uma análise mais profunda, é possível perceber que apenas a impropriedade absoluta do objeto é, por si só, causa de exclusão da tipicidade, sendo que a análise da ineficácia absoluta do meio será realizada no tópico subsequente.

A punição da tentativa decorre de uma extensão da proibição a uma etapa anterior a sua consumação, qual seja, a etapa de execução. Assim sendo, a tentativa pressupõe a falta de consumação do tipo objetivo, mas não a falta dos elementos deste. Não havendo algum dos elementos objetivos do tipo, salvo aqueles cuja ausência é imposta pela antecipação cronológica da proibição, não há que se falar em fato típico ou mesmo em tentativa³⁶.

Quando se trata de impropriedade absoluta do objeto, falta à conduta do agente um elemento objetivo do tipo, essencial para que a conduta seja considerada típica, mesmo em sede de tentativa. A tentativa apenas antecipa a proibição na linha do *inter criminis*, mas não prescinde da presença de todos os elementos objetivos do tipo.

Dessa forma, se um indivíduo falsifica uma cédula de cruzeiro a fim de passá-la adiante como valor monetário, falta à sua conduta o elemento do tipo “de curso legal no país ou no estrangeiro”³⁷. Nesses casos de impropriedade absoluta do objeto, a atipicidade reside na ausência do elemento objetivo do tipo, anterior à análise da impossibilidade da consumação,

36 PIERANGELLI; ZAFFARONI, 2010.

37 Art. 289. Falsificar, fabricando-a ou alterando-a, moeda metálica ou papel-moeda de curso legal no país ou no estrangeiro: [...].

sendo esta apenas consequência da primeira. Não há que se falar em início de atos de execução ou em tentativa, vez que a conduta é atípica.³⁸

É possível dizer que ocorre um “erro de tipo ao revés”: o agente presume existir um elemento do tipo que, na realidade, não existe. Destaca-se que o erro é inerente a qualquer tentativa (idônea ou inidônea), só que este incide sobre a causalidade e não sobre qualquer dos restantes elementos objetivos do tipo, caso em que há ausência de tipo.³⁹

Quando há absoluta impropriedade do objeto o delito não existe senão na imaginação do autor. O bem que se pretende ofender, na realidade, não é juridicamente protegido, apenas o é na imaginação do autor, porque este acredita ser um objeto diferente do real (acredita ser, por exemplo, objeto alheio quando, na verdade, o objeto é próprio). Não se pode punir o agente ou considerar sua conduta típica apenas pelo elemento subjetivo, hão de estar presentes também os elementos objetivos para que sua conduta seja típica e também punível. Nesse sentido entende Zaffaroni:

En síntesis, cualquier interpretación que admita que la tentativa puede abarcar una carencia de tipo por ausencia de un requerimiento sistemático significará subsumir como tentativa *un hecho que no es comienzo de ejecución*, lo que resultaría inconstitucional tanto por violar el *principio de legalidad* (no es delito el comienzo de ejecución de lo que no puede ser delito) como el de *lesividad* (essa construcción abarcaría conductas que no ponen em peligro ningún bien jurídico).

Como explicitado no capítulo anterior, a legislação argentina não define o crime impossível, apenas apresentando sua consequência penal, e a doutrina exclui deste conceito a impropriedade absoluta do objeto, por ser fato atípico e não poder ser punido nos moldes do art. 44 do Código Penal argentino. O Código Penal brasileiro, por outro lado, expressamente inclui o objeto impróprio no conceito de crime impossível e se equivoca ao nomeá-lo de tentativa, no art. 17. A doutrina acerta ao apontar o erro da legislação e dizer que a impropriedade absoluta do objeto é fato atípico – e, portanto, não é tentativa, pois não há início de execução de fato atípico-, mas a leva ao desacerto de estender o raciocínio à ineficácia absoluta do meio, visto haver nesta início de execução, como será demonstrado a seguir.

³⁸ Devem ser ressalvados desse raciocínio, por óbvio, aquelas situações cuja ausência de elemento objetivo do tipo é imposta pela natureza da antecipação cronológica da execução.

³⁹ PIERANGELLI; ZAFFARONI, 2010.

4.2 A INEFICÁCIA ABSOLUTA DO MEIO SOB A ÓTICA DA TIPICIDADE

Superada a questão da impropriedade absoluta do objeto, que, em hipótese alguma, poderá ser considerado fato típico, passamos agora à análise da ineficácia absoluta do meio. Este tema, grande ponto da divergência entre o ordenamento brasileiro e o argentino em matéria de crime impossível, requer um pouco mais de atenção, visto que a questão de sua tipicidade permeia aspectos muito mais complexos que a mera ausência de um elemento do tipo.

O grande argumento doutrinário utilizado para afastar a tipicidade de uma conduta cujo meio escolhido foi absolutamente ineficaz é a ausência de lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico, ou seja, como a conduta não ofereceu, em momento algum, risco real ao bem jurídico protegido pela norma legal, considerá-la típica consistiria em uma ofensa ao princípio da ofensividade – também conhecido como princípio da lesividade –, basilar para o moderno Direito Penal.

O raciocínio é, obviamente, bem fundamentado e de um peso muito grande. No entanto, não é suficiente para afastar a tipicidade da conduta, pois, a depender do que se entende por lesão ou ofensa ao bem jurídico, e mesmo do que se entende por bem jurídico tutelado, uma conduta que se materializa por um meio absolutamente inidôneo para produzir o resultado pretendido pelo autor pode ser considerada típica sob a luz do princípio da ofensividade. A seguir, serão analisados com mais detalhes o princípio da ofensividade e todo o caminho que permite tal conclusão.

4.2.1 O Princípio da Lesividade ou Ofensividade

A doutrina majoritária brasileira, se utilizando da teoria objetiva, funda a punição da tentativa no perigo efetivo de lesão que representa diretamente para o bem jurídico tutelado. A razão da punibilidade da tentativa, segundo Aníbal Bruno, é que, materialmente, com ela se põe em perigo um bem jurídico tutelado pela lei penal, e, formalmente, nela se inicia a realização do tipo.

Já consagrado como fundamental no Direito Penal Brasileiro, o Princípio da Lesividade/Ofensividade, intimamente ligado ao Princípio da Intervenção Mínima, traduz a impossibilidade de atuação penal caso um bem jurídico relevante não esteja sendo efetivamente atacado⁴⁰. Para Damásio de Jesus, este princípio pode ser extraído do art. 98, I, da Constituição Federal, que disciplina as infrações de menor potencial ofensivo⁴¹.

De acordo com Nilo Batista⁴², o referido princípio possui quatro funções principais: a) proibir a incriminação de uma atitude interna; b) proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor; c) proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais; e d) proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico. Nessa perspectiva, o direito Penal não poderá punir aquelas condutas que não sejam lesivas a bens de terceiros, pois não excedem ao âmbito do próprio autor, se incluindo nestes casos os atos preparatórios e mesmo a hipótese de crime impossível.⁴³

Fernando Capez entende que o princípio da ofensividade se direciona igualmente ao legislador e ao intérprete. Este primeiro deve se abster de formular descrições incapazes de lesar ou, pelo menos, colocar em real perigo o interesse tutelado pela norma, sob pena de incompatibilidade vertical com o Texto Constitucional. Da mesma forma o princípio se volta ao intérprete, que:

[...] deve cuidar para que em específico caso concreto, no qual não se vislumbre ofensividade ou real risco de afetação do bem jurídico, não haja adequação na descrição abstrata contida em lei. Em vista disso, somente restará justificada a intervenção do Direito Penal quando houver um ataque capaz de colocar em concreto e efetivo perigo um bem jurídico. (CAPEZ, 2012, p.43)

A necessidade da existência, ao menos, de perigo real ao bem jurídico está intimamente ligada à caracterização da tipicidade material da conduta. Esta, por sua vez, entende-se compreendida pela criação ou incrementos de riscos relevantes – juízo de desaprovação da conduta –, pela ofensa desvaliosa ao bem ou desvalor do resultado, que significa lesão ou perigo de lesão concreta – juízo de desaprovação do resultado jurídico –, e pela conexão direta do resultado com o risco criado ou incrementado.⁴⁴

40 GRECO, 2013, p. 53

41 JESUS, 2012, p. 52

42 BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revam, 1996. In Greco, Rogerio, pg. 51

43 GRECO, 2013, p. 52

44 GOMES, 2006

Neste sentido, o Código Penal Brasileiro, acompanhado por praticamente toda a doutrina nacional, adotou a teoria objetiva temperada e optou pela não punibilidade do crime impossível, vez que, em uma valoração feita *a posteriori*, a conduta do agente não ofereceu nenhum perigo real ao bem jurídico tutelado. Bitencourt explica que:

Para essa teoria [objetiva], como não há no crime impossível os elementos objetivos da tentativa e o bem jurídico não corre perigo, não há tentativa e o agente não deve ser punido. O que justifica a punibilidade da tentativa é o perigo objetivo que ela representa para o bem jurídico. E esse perigo só existirá se os meios empregados na tentativa forem adequados à produção do resultado e se o objeto visado apresentar as condições necessárias para que esse resultado se produza. Como não há nem um nem outro, isto é, nem idoneidade do meio, nem propriedade do objeto, não se pode falar em tentativa punível.

Assim, não havendo idoneidade nem nos meios nem do objeto, não se pune essa ação. O crime impossível constitui figura atípica. Essa foi a teoria adotada pelo nosso Código, em boa hora mantida pela Reforma Penal de 1984. (2011, pg. 477)

Zaffaroni, já na perspectiva do Direito Penal Argentino, confere uma nova ótica ao princípio da lesividade, mais ampla que a adotada por grande parte dos doutrinadores brasileiros, mas sem desconsiderar a necessidade de afetação de um bem jurídico para que uma conduta seja considerada típica. Ao utilizar o termo afetação⁴⁵, a despeito de lesão ou perigo de lesão, abre-se a punição a condutas que, não obstante não colocarem em perigo real o bem jurídico, o afetaram de alguma forma.

Para o citado autor, a ofensa ao bem jurídico consiste da afetação da relação de disponibilidade para com ele, portanto, uma conduta que não seja perigosa para tal relação, não pode ser criminalizada⁴⁶. É de se observar que, segundo ele, para a legitimidade e legalidade da repressão penal, não é exigida a lesão ou perigo real de lesão ao bem, mas apenas a afetação da relação de disponibilidade, que pode ocorrer com a simples ameaça ao bem.

4.2.2 – A Ameaça como Fundamento da Punição da Tentativa

Não questionando a melhor adequação da teoria objetiva frente ao modelo desenhado de Estado Democrático de Direito, a questão que se coloca ao contrapormos a sistemática atual às

45 [...] no puede admitirse que alguien pretenda imponer penas cuando no hay un derecho afectado, [...].

46 ZAFFARONI, 2002, p. 833.

ideias trazidas por Zaffaroni é o alcance da tutela penal, sobretudo do ponto de vista da tentativa. Como já demonstrado acima, está consolidado no ordenamento nacional que a tentativa, considerando meio eficaz e objeto próprio, gera, ao menos, o perigo de lesão do bem jurídico e por isso deve ser punida. O perigo de lesão ao bem, por sua vez, ocorre quando há a propriedade do objeto a ser lesionado e a eficácia, ainda que relativa, do meio, possibilitando sua lesão. O raciocínio beira ao tautológico: a tentativa idônea é punida porque gera a possibilidade de lesão ao bem jurídico e a potencial lesão ao bem jurídico ocorre quando a tentativa é idônea.

De fato, a punição com base no perigo real não é equivocada. A tentativa, quando idônea, coloca em risco real, por menor que seja, o bem jurídico e deve ser por isso reprimida. Ocorre que, segundo o entendimento de Zaffaroni, a tentativa, compreendida aqui tanto a idônea quanto a inidônea, causa – independente do perigo real de lesão, mas ao mesmo tempo a ele ligado – o temor pelo bem jurídico⁴⁷.

O temor pelo bem jurídico vivenciado pelo sujeito passivo quando da tentativa está obviamente ligado ao perigo de lesão ao bem jurídico, pois, sabendo de pronto da inexistência do perigo de lesão, o temor seria infundado. No entanto, este temor independe da real existência do perigo, pois o sujeito passivo, no momento da execução dos atos, não tem condições para distinguir se os meios são absolutamente ineficazes ou não.

Quando, por exemplo, um indivíduo tenta atirar em outro com uma arma inapta para disparos, situação já consagrada na doutrina como crime impossível, sem que ambos saibam de tal condição, apesar de ser impossível que o autor consumasse o delito da maneira como pretendia, é inegável que houve temor fundado do sujeito passivo por sua vida, vez que até que seja realizada a perícia na arma e verificada sua absoluta inaptidão para produzir disparos, ele acreditava que sua vida correu perigo real.

Ainda que o sujeito passivo direto não tenha conhecimento sequer do início da execução, como no caso em que um indivíduo ministra açúcar, na crença de que era veneno, em sua refeição, cabe ao Estado e ao Direito se subrogar na condição de sujeito passivo que teme pelo seu bem e protegê-lo. Segundo Pierangeli e Zaffaroni, “o sujeito passivo, diante da tentativa do sujeito ativo, teme por seu bem jurídico. O Direito, diante da tentativa, teme pelo sujeito passivo, posto que considera que o bem jurídico que o sujeito ativo ameaça é necessário para a sua autorrealização.”

47 PIERANGELI; ZAFFARONI, 2010.

Mas será que apenas o temor produzido pela conduta pode servir como fundamento para punição da tentativa?

Pelo nosso Código Penal atual, e também pelos projetos em andamento no Congresso Nacional, a resposta a essa pergunta é não. Cabe ao Direito a proteção do bem jurídico, e não do sentimento gerado no sujeito passivo pela conduta do autor. A tentativa, dessa forma, não pode se fundar no temor, efetivo e concreto, produzido no sujeito passivo, nem no temor produzido na generalidade, à luz da teoria da impressão, pois que ambos são eventuais ou podem até ser produzidos pelo acionamento do sistema penal.⁴⁸

O temor pelo bem jurídico é comum quando da prática de alguma conduta tipificada como crime, vez que tal tipificação se dá exatamente porque o bem é, por seu valor, digno de tutela e proteção. Qualquer conduta que atente contra um bem valioso é passível de causar um temor em seu titular. No entanto, sendo um sentimento subjetivo, não se pode fazer disso regra. São inúmeras as possibilidades de que uma conduta considerada delituosa não cause temor algum, seja na generalidade – o temor causado na sociedade quando percebe uma violação à ordem jurídica –, seja no sujeito passivo, como é o caso, por exemplo, em que o sujeito passivo também deseja o resultado pretendido pelo autor. O fundamento da punição de qualquer conduta não pode consistir em impressões subjetivas.

Não obstante a impossibilidade de se utilizar o temor como fundamento da punição da tentativa, é necessário analisar a estrutura e funcionamento deste fenômeno. Conforme colocado por Pierangeli e Zaffaroni (2010), o temor decorre de uma conduta ameaçadora de um mal. Este mal deve sempre ser incerto, vez que, sendo certo, inevitável, não há que se falar em temor, mas em angústia ou qualquer outro sentimento que o equivalha.

Disto se depreende que o caráter ameaçador da tentativa não depende da certeza da lesão ou do perigo real que ela implica, basta que a conduta abra a possibilidade de lesão, dentro dos elementos conhecidos pelos sujeitos, no momento da execução do delito. Assim sendo, “não se mostra ameaçador e temível só o que aumenta o perigo de maneira efetiva, mas também o que pode proporcionar a vivência do perigo”.⁴⁹

O Direito Penal tipifica condutas que possam privar os homens de sua realização em coexistência, mesmo quando estas possibilidades não sejam, de fato e no caso concreto, sentidas

48 idem

49 idem

pelo sujeito passivo. Também comete delito de furto aquele indivíduo que furta objeto de outrem enquanto este viaja, mesmo que o bem tenha sido restituído antes do retorno de seu proprietário e este não tenha sequer tomado conhecimento do ocorrido até então.

A razão estriba-se na circunstância de se poder temer por quem não se atemoriza, ou seja, podemos procurar evitar o que ameaça a quem não o vive como ameaça. Ao temer o Direito pelo bem jurídico, teme pelo homem, e, – tanto na tentativa como no delito consumado – teme pelo homem que se encontra ameaçado na sua autorrealização. [...] **o Direito Penal, sempre que tipifica uma conduta, o faz porque teme pelo homem, fundando o seu temor, no caso do delito consumado, na lesão ou no perigo ao bem jurídico e, em caso de tentativa, na ameaça para o bem juridicamente protegido.** (PIERANGELI e ZAFFARONI, 2010, pg. 42) [grifo nosso]

Segundo os referidos autores, a ameaça é uma forma de lesão ao bem jurídico paralela à lesão e ao perigo em si, porém de menor intensidade. O bem jurídico, para eles, consiste em uma relação de disponibilidade, que pode ser afetada pelo temor gerado pela simples ameaça a esse bem. Dessa forma, a ameaça perturba disponibilidade, sendo uma forma de se atingir o bem jurídico, e, juntamente com a lesão e o perigo, deve ser evitada por meio da tutela penal.

Resta saber se tal noção de tutela é compatível com o modelo esboçado pelo atual Direito Brasileiro. Conforme demonstrado no capítulo anterior por meio da apresentação dos pensamentos de vários autores de grande relevância na doutrina penal brasileira, a tutela penal abrange apenas a ofensa, assim entendida a lesão e a ameaça real de lesão a um bem jurídico. Luiz Regis Prado (2011) bem aponta que, “na atualidade, o postulado de que o delito constitui lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico não encontra praticamente oposição, sendo quase um verdadeiro axioma – 'princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos'”.

No entanto, é possível se extrair de visões mais amplas a possibilidade de ampliação da sua proteção para além da lesão ou perigo de lesão, abarcando ataques menos intensos ao bem. Joseph Ortolan assevera que o crime é uma transgressão ao mesmo tempo de um dever e de um direito: de um dever, quando considerado do ponto de vista do sujeito ativo, e de um direito se visto da parte do sujeito passivo. Porém, para que haja o delito, é necessário que a repressão da conduta delituosa tenha relevância para a conservação ou o bem-estar social⁵⁰.

É sabido que um bem é penalmente protegido porque sua conservação é de extrema

50 ORTOLAN, Joseph. *Éléments de Droit Penal*, 1875, p.244. In PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 31

importância para a manutenção da ordem jurídica e do bem-estar social. Uma conduta que atinja a disponibilidade deste bem perante seu titular, nos termos utilizado por Zaffaroni, será relevante do ponto de vista penal, devendo, então, tal conduta constituir delito.

No entendimento de Miguel Polaino Navarrete: “o adágio *nullum crimen sine injuria* resume o compromisso do legislador, mormente em um Estado democrático e social de Direito, em não tipificar senão aquelas condutas graves que lesionem ou coloquem em perigo autênticos bens jurídicos”⁵¹. Destaca-se que o autor não fez uso da expressão “perigo real”, largamente utilizada pela doutrina brasileira, ampliando, dessa forma, o alcance da tutela penal, vez que só é possível distinguir se o perigo foi real ou não em uma valoração *a posteriori*, pois no momento da ação do agente, quando as condições que tornavam sua conduta absolutamente ineficaz eram ainda desconhecidas, sua conduta era perigosa, pois ameaçava o bem jurídico.

4.2.3 A valoração do perigo *ex ante*

Levando em conta as considerações apontadas no tópico anterior, o caráter ameaçador da tentativa não dependeria do perigo que ela realmente implica, mas de sua aparência de perigo para os observadores quando da execução. Daí que, segundo esta visão, a tentativa inidônea – quando o meio é absolutamente ineficaz –, apesar de não gerar nenhum perigo real de lesão ao bem, vez que a consumação do delito é, *in casu*, impossível, é fato típico, digno de tutela penal.

Quando valoradas *ex ante*, tanto a tentativa idônea quanto a inidônea representam uma ameaça ao bem jurídico, vez que, em ambas, apenas é possível verificar a existência ou não de perigo real em uma análise *ex post*.

Claramente, na tentativa inidônea, deve haver um erro por parte do agente quanto à ciência da ineficácia do meio escolhido, caso contrário, a tipicidade da conduta estaria afastada por ausência do elemento subjetivo do tipo. Se um indivíduo aperta o gatilho de uma arma em direção a outrem sabendo que a arma não tem munição, resta evidente que não há o *animus necandi*, essencial ao tipo previsto no art. 121, do CP, sendo a conduta atípica em relação ao

51 POLAINO NAVARRETE, M. El Bien Jurídico en el Derecho Penal, 1974. P. 101. In: PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 32.

delito de homicídio, podendo, no entanto, configurar outro delito, como, por exemplo, o de ameaça, previsto no art. 147.

No entanto, na tentativa idônea também está presente o erro quanto à eficácia do meio escolhido, visto que, da mesma forma como na tentativa inidônea, é necessário que o indivíduo acredite que o meio escolhido vai (ou pode, quando se trata de dolo eventual) acarretar o resultado visado (ou previsto). É necessário que o indivíduo acredite neste nexo de causalidade – que, no caso concreto, não se verifica, pois o crime não se consuma –, caso contrário não há dolo.

Pero el plan concreto del autor – que en la tentativa, por definición, nunca alcanza su objetivo – puede ser más o menos erróneo en la programación de la causalidad hacia el resultado, y cuanto más erróneo sea será más inidóneo para alcanzarlo y la representación del autor estará más separada de la realidad de lo que hace. (ZAFFARONI, 2002, p. 827)

A diferença entre ambas reside apenas no fato de que, em uma valoração realizada após frustrada a consumação, de posse de informações antes desconhecidas pelo agente, reputa-se impossível a consumação do delito no primeiro caso – tentativa inidônea – e, no segundo – tentativa idônea –, havia uma possibilidade de consumação. Porém, em ambos os casos o resultado parecia possível e provável ao autor e aos demais observadores quando da execução.

Em uma observação *ex post*, toda tentativa, qualquer que seja, é inidônea, porquanto não produziu o resultado pretendido pelo agente. Por esse motivo é que o Direito deve voltar a uma valoração *ex ante*, ou seja, no momento da execução do delito.

Assim, a tentativa – considerando apenas as hipóteses de conduta típica – pode ou não implicar perigo, ou seja, um aumento das possibilidades de produção do resultado. Quando não o implique, não passará de mera ameaça, uma perturbação ao bem jurídico, e deverá ser apenada em menor escala.

Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli afirmam que:

De qualquer maneira, o terceiro observador verá sempre uma *ameaça para o bem jurídico*, quando existe um começo de execução, seja quando, *ex ante*, veja o comportamento como um erro que o torna inadequado para o fim almejado, seja quando o veja adequado a tal fim. No primeiro caso não o considerará perigoso, enquanto o estimará perigoso no segundo, mas em ambos não poderá negar a ameaça que o torna temível e que é o fundamento último da tipificação da tentativa, seja idônea ou inidônea. (PIERANGELI e ZAFFARONI, 2010, pg. 92)

No entanto, ao contrário do que expõem os autores, entendo que a ameaça ao bem jurídico só seria verificada quando, a qualquer observador sem conhecimentos extraordinários

sobre as condições da conduta do agente, esta lhe parecesse adequada a atingir os fins almejados. O erro do autor não pode ser tão grosseiro a ponto de apenas ele próprio acreditar na sua aptidão para produzir o resultado. Se um observador, *ex ante*, perceber a inadequação absoluta do meio escolhido, então o caráter ameaçador terá se esvaído, pois estará claro desde o início da execução que não há possibilidade de lesão do bem jurídico, não havendo que se falar, portanto, em temor ou em ameaça a este bem.

Em suma, segundo o raciocínio esboçado, a tentativa inidônea será fato típico, e portanto punível, quando, em uma valoração feita no momento da execução, não se puder identificar, de pronto, que os meios escolhidos pelo agente são absolutamente ineficazes para produzir o resultado almejado. Neste caso, sua conduta será uma ameaça ao bem jurídico, mesmo que em uma valoração *ex post* – ou seja, após conhecidos todos os elementos da tentativa, inclusive as condições que tornavam o meio absolutamente ineficaz, até então desconhecidas – não tenha oferecido perigo real ao bem jurídico.

Por outro lado, quando o erro do autor for grosseiro e, de pronto, já seja possível o reconhecimento das condições e elementos que tornam o meio por ele escolhido absolutamente ineficaz, o fato será atípico, porquanto ausente a ameaça ao bem jurídico.

4.2.4 Análise das Situações de Falso

Após todo o exposto, é possível analisar com mais clareza as situações de falso trazidas no capítulo 3. Primeiramente, quanto à falsificação grosseira, resta evidente que se trata de causa de ineficácia absoluta do meio, e não de impropriedade absoluta do objeto, visto que presente na conduta do agente todos os elementos do tipo. No entanto, como indicado, se o erro do autor sobre o meio escolhido for de tal forma grosseiro que a qualquer terceiro observador seja possível, de pronto, percebê-lo, não há que se falar em ameaça, mesmo *ex ante*, ao bem jurídico e, portanto, a conduta seria atípica.

Deve se atentar, contudo, à circunstância de que *a qualquer terceiro observador* seja possível perceber o erro desde o início da conduta do agente. A expressão “qualquer terceiro observador” deve ser também entendida segundo os padrões do homem médio, que não inclui apenas indivíduos que lidam constantemente com falsidade de cédulas e possuem uma perícia

maior em identificá-las. Mesmo uma moeda falsa que não foi capaz de iludir o comerciante que a recebeu ou os agentes policiais responsáveis pela apreensão, apesar de não ter potencialidade lesiva para iludir a vítima direta, pois esta, de pronto teria identificado a falsidade, poderia ser capaz de iludir a terceiros – homens comuns –, ou seja, o meio escolhido pelo agente, a forma como falsificou a moeda, não teria sido absolutamente ineficaz para produzir o resultado pretendido – que não é iludir o comerciante em específico, mas, pelo próprio tipo penal que pretende cometer, atingir a fé pública. A conduta do agente, neste caso, sequer deveria ser enquadrada no art. 17 do CP, visto se não se tratar de inidoneidade absoluta, mas sim relativa, sendo considerada como tentativa idônea.

Ao contrário do falso grosseiro, cuja ineficácia do meio já é de pronto identificada pela vítima e por terceiros observadores, a situação em que a falsidade apenas é descoberta após conferência dos dados constantes no documento falso apresentado com aqueles constantes em sistemas de informação, a falsidade não foi de pronto identificada pelo observador, foi necessária a conferência ao sistema.

É problemática, na verdade, a própria visão de que a descoberta da falsidade pelo simples batimento com dados do sistema torna o crime de impossível consumação. Como já observado quando da análise jurisprudencial relativa ao tema, as conferências aos sistemas informatizados, na realidade brasileira, nem sempre são possíveis, plenas e perfeitas. Podem acontecer falhas no próprio sistema, negligência do agente público responsável pela conferência e até a impossibilidade de realização desta, porque o sistema se encontra temporariamente indisponível por qualquer motivo. Não se trataria, na verdade, de ineficácia absoluta, mas sim de ineficácia relativa.

Entretanto, mesmo se considerássemos uma realidade utópica em que os sistemas e a conferência de dados funcionassem com perfeição e fossem capazes de identificar fraudes em documentos que possuam dados neles constantes, ainda assim a conduta deveria ser considerada típica. A falsidade do documento apresentado pelo autor só é constatada após diligências dos agentes que receberam o documento no intuito de verificar sua autenticidade. Assim, a conduta, apesar de não poder atingir seu fim, porque a falsidade fatalmente seria descoberta, se mostrou ameaçadora no início, uma vez que necessitou, para ser constatada, da conferência dos dados. Situação diversa de uma falsidade grosseira que é de pronto reconhecida, sem a necessidade de diligências para tal.

4.2.5 Atos Preparatórios e Execução no Contexto do Crime Impossível

Poder-se-ia, ainda, argumentar contra a tipicidade da ineficácia absoluta do meio com base na impossibilidade de punição de atos preparatórios. No entanto, tal raciocínio não se sustenta, senão vejamos. Na realização do crime há um caminho a ser percorrido, a que se dá o nome de *inter criminis*, consistente em uma fase interna – *cogitatio* – e em uma fase externa – atos de preparação, atos de execução e consumação. Para Nucci (2011, p. 330-331), a fase interna se subdivide em cogitação, momento da ideação do delito, em deliberação, momento em que o agente pondera os prós e contras da atividade criminosa idealizada, e em resolução, que é o momento em que o autor efetivamente decide pela prática do delito. A fase interna, mesmo que externada a terceiros, não conduz a qualquer punição, salvo quando constitua, per si, um fato típico, como ocorre no delito de ameaça (art. 147), de incitação ao crime (art. 286), de quadrilha ou bando (art. 288), entre outros^{52 53}.

Uma vez decidido o agente em cometer algum delito, passa-se à fase externa, iniciada pela preparação. Esta fase consiste no começo da materialização da conduta, na qual o agente arma-se dos instrumentos necessários à prática do delito. O Código Penal exige, quando não há a consumação, a existência, no mínimo, do início da execução (art. 14, II, CP). Dessa forma, é pacífico que tais atos, ao menos pelo ordenamento jurídico vigente, não podem ser objeto de punição, salvo quando constituírem crimes específicos, caso em que o agente não será punido pela preparação de um crime, mas pela consumação do tipo específico.

Não obstante a opção do legislador brasileiro, há teorias que defendem a punição de atos preparatórios. Os adeptos ao positivismo, por exemplo, reclamam a punição destes atos como medida de prevenção criminal, fazendo uso da teoria subjetiva. Mesmo fora da escola positivista, alguns autores defendem a punibilidade dos atos preparatórios quando os indivíduos são criminalmente perigosos. São adeptos da teoria subjetiva, segundo a qual o mais relevante para a punição é a vontade criminosa, presente, de maneira nítida, tanto na preparação quanto na execução. No entanto, estas são visões estritamente ligadas ao chamado “direito penal do autor”, rechaçado pelo ordenamento brasileiro.

52 MIRABETE, 2012, p. 142.

53 Nucci entende que a partir do momento em que o agente externa a um terceiro sua vontade, já ingressa na fase externa na etapa da manifestação. Neste momento, então, será possível a caracterização de alguma figura típica específica criada para antecipar a punição. (2011, p. 331).

Apesar de claro que os atos preparatórios não podem ser punidos, resta definir a linha divisória entre atos preparatórios e atos de execução. Tal distinção é de extrema importância, vez que define o limite da punibilidade da conduta do agente. A teoria objetiva, adotada pelo Código Penal Brasileiro se subdivide principalmente em formal e material. De acordo com o critério material, há o ato executório quando a conduta do agente ataca o bem jurídico. Dessa forma, sendo o crime definido materialmente como lesão ou ameaça de lesão a um bem jurídico penalmente tutelado, o ato que não constitua ameaça ou ataque direto ao objeto da proteção legal é simples ato preparatório⁵⁴.

Segundo o critério formal, adotado, conforme indica a doutrina, pelo nosso Código Penal, são atos de execução aqueles com os quais o agente dá início à realização do tipo, em que inicia a conduta descrita no núcleo do tipo. As críticas doutrinárias feitas a este sistema decorrem da existência de casos em que, embora o agente ainda não tenha entrado no verbo do núcleo do tipo, não se pode deixar de reconhecer o início de atos executórios do crime e a existência de tentativa. Ainda, conforme coloca Damásio de Jesus (2012, p. 373), se se exigisse, para a existência da tentativa, que a conduta se amolde ao núcleo do tipo, não haveria tentativa de crime de mera conduta, como a violação de domicílio.

Diante dessas insuficiências, a doutrina brasileira tende a aceitar a complementação da teoria objetiva-formal. Bitencourt e Mirabete têm aceito a saída proposta por Frank, “que inclui, na tentativa, as ações que, por sua vinculação necessária com a ação típica, aparecem como parte integrante dela, segundo uma *concepção natural*”⁵⁵. Outros doutrinadores, como Damásio de Jesus e Guilherme Nucci, consideram como mais adequada à complementação do critério formal a teoria objetiva-individual, defendida por Welzel e Zaffaroni, segundo a qual é necessária a diferenciação entre começo de execução do crime e começo de execução da ação típica⁵⁶.

Para Zaffaroni (2010), toda remissão a critérios gerais, como a periculosidade da conduta ou a intensidade da vontade criminosa, lesa o princípio da legalidade. Assim, a tentativa de complementação do critério objetivo-formal através de um apelo ao “perigo imediato” é insuficiente, vez que o perigo é um componente eventual da tentativa, que, quando se faz presente, aparece como primeiro ato preparatório e permanece, em um aumento contínuo em que não se pode assinalar limites, até o último ato anterior à consumação. A utilização do perigo

54 BITENCOURT, 2011, p. 468.

55 BITENCOURT, 2011, p. 468.

56 JESUS, 2012, p. 373.

como critério também se mostraria insuficiente, *ab initio*, quando houver a necessidade de delimitação de uma tentativa que não implicar perigo, como ocorre na tentativa inidônea⁵⁷.

O referido autor acredita que o limite entre atos preparatórios e de execução e, por conseguinte, o limite da tentativa, deve ser estabelecido em cada tipo concreto, a depender do bem jurídico por ele tutelado e por sua particular forma de ofensa, sendo impossível estabelecer uma regra geral que se seja perfeitamente adequada a todos os casos:

Logo, o começo de execução tem de ser estabelecido sempre em conexão com os tipos particulares, em relação aos quais a tentativa é uma tipicidade incompleta. Não obstante, valendo-nos unicamente dos tipos legais, é impossível determinar-se o seu limite. Disto resulta ser indispensável apelar-se, por um lado, à tipicidade penal da tentativa e tratar de delimitá-la sob o ângulo do bem jurídico e da sua particular forma de ofensa, porque os atos da tentativa só podem ser aqueles que se mostram como ameaçadores, como capazes de infundir temor e de perturbar, por consequência, a relação de disponibilidade do ente que o Direito considera que o homem necessita para a sua autorrealização. (ZAFFARONI, 2010, p. 58)

Em consequência, o autor considera como mais adequado o critério objetivo-individual, sustentado por Welzel. Este critério introduz um elemento individualizador, como o plano do autor, sendo valorado pela proximidade imediata à realização típica. Este critério é válido, para Zaffaroni, porque, para o homem médio, a ação se torna temível por ser ameaçadora quando, desde logo, se estabelece uma relação direta com a consumação, quer dizer, uma relação de imediatidade, quando assim a podem perceber, *ex ante*, o sujeito passivo e o Direito.

Considerando que as possibilidades de realização dos delitos são ilimitadas, para saber se uma determinada conduta do agente é o último ato parcial imediatamente anterior à ação do tipo propriamente dita, é necessário analisar o plano individual do autor, ou seja, as etapas por ele escolhidas para a realização do delito. Dessa forma, a tentativa se iniciaria com a conduta com que o autor, em conformidade com seu plano, se esmera de maneira imediata à realização do tipo.

Fazendo uso, então, das ideias apresentadas por Welzel, Zaffaroni conclui que o começo da execução do delito não corresponde, necessariamente, ao começo da execução da ação típica, sendo que o primeiro abarca aqueles atos imediatamente anteriores ao segundo, que, já demonstrando a relação de imediatidade com a ação típica – o núcleo do tipo –, se mostram ameaçadores e aptos a perturbar a relação de disponibilidade para com o bem jurídico tutelado.

Apresentadas as teorias sobre o início dos atos de execução e o limite inicial da

⁵⁷ ZAFFARONI, 2010, p. 56-57.

punibilidade da tentativa, é possível perceber que a possibilidade de punição do crime impossível – aqui considerado apenas pela ineficácia absoluta do meio, pois, como já visto, não resta dúvidas sobre a atipicidade quando se trata de absoluta impropriedade do objeto, não sendo caso, portanto, de se falar em começo de execução de conduta atípica – depende da teoria e também dos critérios a serem adotados dentro da teoria escolhida.

Pela teoria subjetiva, já amplamente desacreditada, seria possível a punição do autor apenas pela sua vontade delitiva, desconsiderando a possibilidade de consumação do delito e o ingresso ou não em atos de execução, o que leva a absurdos inaceitável em um Estado Democrático de Direito.

No âmbito da teoria objetiva, por outro lado, deve ser analisado a partir do critério utilizado. Se se considerar o critério material, a conduta do agente não é apta a colocar em perigo real de lesão o bem jurídico tutelado e seria, então considerada ato preparatório e, portanto, impunível. Considerando o critério formal, a conduta inapta a alcançar o resultado almejado pelo autor também não poderá ser punida, vez que, sendo o meio absolutamente ineficaz, o autor jamais conseguirá ingressar no núcleo do tipo. No entanto, já é quase pacífico que mesmo o critério formal, adotado pelo Código Pátrio, é insuficiente para a delimitação da tentativa idônea, não sendo razoável utilizá-los como critério também na tentativa inidônea.

O critério de complementação da teoria objetiva-formal (objetivo-individual), por sua vez, ao ampliar os atos de execução àqueles imediatamente anteriores ao ingresso no núcleo do tipo, considerando o plano do autor, permite que uma conduta que não seja apta, *ex post*, a consumir o delito, ou seja, que não chegue a ingressar no núcleo do tipo, possa ser considerada como ato de execução e, portanto, punível. A tentativa inidônea, assim como a idônea, pode chegar à beira da ação típica e se mostrar igualmente ameaçadora, visto que a inexistência do perigo real somente pode ser verificada *ex post*.

Ao aplicar estas considerações aos casos de falso focados no presente trabalho, temos que, primeiramente, na situação de apresentação de documento falso perante autoridades que dispõem de sistemas informatizados para conferência de dados, pela teoria objetiva-formal, o indivíduo jamais conseguiria ingressar no núcleo do tipo “fazer uso”⁵⁸ do art. 304 do Código Penal, visto que a falsidade seria fatalmente descoberta – em um contexto utópico, como exposto no capítulo 3. No entanto, utilizando a complementação proposta pela teoria objetiva-individual,

58 Art. 304 - Fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302

o ato de apresentar o documento a uma autoridade pública, é, pelo plano do autor, conduta imediatamente anterior à consumação do delito e se mostra, ex ante, ameaçadora, pois a falsidade só será descoberta com a conferência dos dados, após o início da execução do delito, que se deu com a apresentação do falso.

Na falsificação grosseira de moeda a situação se mostra diferente, pois, ao apresentar um falso grosseiro, além de ser impossível o ingresso do agente nos núcleos dos diversos tipos que podem estar envolvidos, as ações imediatamente anteriores, segundo o plano do agente, não são ameaçadoras, ou seja, capazes de infundir temor e de perturbar a relação de disponibilidade, nos termos utilizados por Zaffaroni, pois a falsidade grosseira é percebida já nos primeiros atos praticados pelo agente, ex ante. Dessa forma, mesmo segundo a teoria objetiva-individual, a falsidade grosseira não permite o ingresso nos atos de execução, sendo a conduta atípica.

5 CONCLUSÃO

Afora a questão da atipicidade não expressa na legislação, o crime impossível nunca foi um tema de grande interesse e discussões para a doutrina e judiciário brasileiros, pois desde o início o ordenamento prevê a não punibilidade destas condutas, sendo este um modelo que facilmente se amolda e compatibiliza com os ditames de um Estado Democrático de Direito e com a necessidade de uma teoria objetiva que ajude a proteger os indivíduos de excessos por parte do Estado. No entanto, apesar de ser um modelo bem construído e bem aceito, é de se atentar que não é o único. Outros ordenamentos, como o argentino, adotaram uma forma diferenciada de tratamento que torna a tentativa inidônea uma conduta punível e, ainda assim, compatível com a ordem constitucional vigente.

Primeiramente, foi abordado no presente trabalho como o crime impossível é considerado no Brasil um fato atípico, não obstante o art. 17 do Código Penal nomeá-lo de tentativa e determinar uma isenção de pena, expressão utilizada quando a culpabilidade é afetada. A atual redação do art. 17, por si só e perante a construção doutrinária que a envolve, apresenta uma série de problemas e inconsistências, a começar pelo tratamento igualitário entre a impropriedade absoluta do objeto e a ineficácia absoluta do meio. Essas duas situações previstas

no referido artigo do Código Penal são bastante diferentes e, por suas naturezas distintas, geram consequências distintas.

A expressão “não se pune a tentativa” utilizada no art. 17 acarreta outros dois problemas, relacionados entre si, quando se decide por considerar o crime impossível como fato atípico. Quando o Código considera o crime impossível como uma tentativa, remete ao art. 14, II, deste mesmo diploma, que define a tentativa como o início da execução de uma figura típica. Ao mesmo tempo, considera que o quase crime é uma tentativa que não se pune, ou seja, seria um fato típico, porém não punível. A doutrina e jurisprudência, entretanto, entendem que as expressões são equívocos da legislação e as desconsideram, entendendo que as duas situações previstas no art. 17 consistem em causas de exclusão de tipicidade.

O ordenamento argentino, por outro lado, não define no artigo que trata sobre o crime impossível quais situações estão nele incluídas, deixando a cargo da doutrina e jurisprudência fazê-lo. Como a própria legislação prevê a punibilidade do crime impossível, a doutrina, de forma acertada, diferencia as situações de impropriedade absoluta do objeto e de ineficácia absoluta do meio, incluindo apenas esta última no conceito previsto no Código Penal. Dessa forma, o ordenamento argentino entende que a impropriedade do objeto consiste em fato atípico, ao passo que a ineficácia absoluta do meio constitui fato típico e passível de punição prevista no próprio Código Penal.

Após o estudo dos ordenamentos jurídicos no que diz respeito ao crime impossível, foram analisados os aspectos práticos do atual tratamento brasileiro sobre o tema, especificamente sobre duas situações de falso recorrentes na realidade do judiciário: a falsificação grosseira de moeda e a apresentação de documento falso detectada pelo mero batimento de dados em sistemas informatizados. Em relação à primeira situação, foi possível constatar a fragilidade do critério “homem médio” criado para definir o falso grosseiro, tendo em vista a verificação de divergência entre os acórdãos sobre o que os julgadores entendiam por homem médio, refletindo expressamente na consideração de o falso ser grosseiro ou não. Assim, em muitos casos, a definição de o meio ser idôneo ou não depende mais da percepção subjetiva do julgador sobre o resultado que deveria ser alcançado que de uma análise objetiva do meio utilizado pelo autor.

Também na situação de apresentação de documento falso algumas dificuldades se apresentaram. Primeiro, foi colocada a realidade de que não basta que haja um sistema

informatizado que permita a conferência de dados e a constatação de uma possível fraude para que esta fraude seja fatalmente constatada. São várias as possibilidades, inclusive de falha humana, que permitem que uma falsificação não grosseira passe despercebida mesmo por agentes munidos com sistemas informatizados. Ademais, a própria necessidade de conferência dos dados em um sistema já pode ser considerada, como o foi em alguns julgados, como um indicativo de que o meio era capaz de iludir e não era absolutamente inidôneo.

Dessa forma, o que se percebe pela análise dos casos é que há uma dificuldade em definir a inidoneidade na prática como absoluta ou relativa, dificuldade esta que provém da semelhança, no caso concreto, entre ambas, visto que tanto uma quanto a outra podem aparentar, em um primeiro momento, perigo ao bem jurídico tutelado, que só será afastado após a descoberta das razões da ineficácia do meio escolhido pelo agente. Isto decorre da própria natureza da ineficácia do meio, seja ela absoluta ou relativa, que pode afetar o bem jurídico mesmo sem o lesionar ou o submeter a perigo real de lesão, diferentemente do que ocorre com a impropriedade absoluta do objeto, na qual não há sequer bem jurídico a ser afetado.

A impropriedade absoluta do objeto deve ser considerada como causa de atipicidade, porque nela estão ausentes elementos do tipo diferentes daqueles cuja ausência é própria da antecipação da tentativa, ou seja, não há bem a ser afetado e o delito existe apenas na imaginação do autor. No que diz respeito à ineficácia absoluta do meio, por outro lado, todos os elementos do tipo estão presentes, sendo óbice à sua tipicidade, segundo considera a doutrina nacional, apenas o princípio da lesividade, pois nesta tentativa inidônea não haveria lesão ou perigo real de lesão ao bem jurídico, sendo, portanto, inconstitucional a sua punição.

No entanto, um estudo sobre a doutrina argentina e como esta compatibiliza a punição do crime impossível, entendido apenas como ineficácia absoluta do meio, com o princípio da lesividade constitucionalmente previsto, é possível perceber que mesmo na tentativa inidônea há uma afetação ao bem jurídico que merece ser penalmente punida. Uma conduta que, ex ante, possa parecer perigosa é capaz de infundir temor e ameaça o bem jurídico, afetando a relação de disponibilidade entre o bem e seu titular e é, por isso, passível de punição do ponto de vista penal, mesmo que, ex post, se verifique que não houve perigo real ao bem porque absolutamente ineficaz o meio escolhido pelo agente.

O cerne da questão se concentra em o que é tutelado pela norma penal. Se se considerar que a tutela recai sobre o bem propriamente dito, a conduta que, de forma alguma

seria capaz de lesionar o bem não poderá ser punida, pois não seria ofensiva e materialmente típica. Entretanto, se se considerar, como o faz Zaffaroni, que a tutela penal recai sobre a relação de disponibilidade do titular para com o bem, um conduta que de alguma forma ameace esta relação já se mostra ofensiva o suficiente para ser apenada pelo direito penal, embora, obviamente, em menor escala caso não tenha posto em real perigo o bem.

Neste contexto, as situações de falso analisadas sob a ótica do tratamento atual apresentariam consequências e fundamentos para estas consequências distintos. A falsificação grosseira de moeda seria fato atípico não por ser simplesmente uma inidoneidade absoluta do meio, mas porque, por se tratar de falso grosseiro, seria incapaz de atingir a fé pública, pois facilmente reconhecido já em um primeiro momento, não sendo apta a infundir temor e ameaçar o bem jurídico, ou seja, não se mostraria perigoso *ex ante*. Por outro lado, quando o agente apresenta um documento público cuja falsidade apenas é reconhecida após o batimento de dados em um sistema informatizado, a sua conduta se mostra perigosa no início, apenas sendo possível constatar que não atingirá seu fim após a conferência dos dados e descoberta da falsidade.

Ainda, restou demonstrado que a punição da tentativa inidônea não configura punição de atos preparatórios, o que poderia se pensar ao se utilizar apenas a teoria objetiva-formal para definir o início da execução, pois, de fato, quando o meio é absolutamente ineficaz para a produção do resultado, o indivíduo jamais conseguirá ingressar no núcleo do tipo. No entanto, mesmo para as tentativas idôneas, já é aceita a insuficiência deste critério e, fazendo uso de sua complementação, a teoria objetiva-individual, é possível que atos imediatamente anteriores ao núcleo do tipo, segundo o plano do autor, sejam considerados atos de execução. Sob esta ótica, os atos da tentativa inidônea também podem ser considerados início de execução, pois, não obstante não consistirem no ingresso no núcleo do tipo, são atos imediatamente anteriores à prática do verbo do tipo e apresentam uma ameaça ao bem jurídico tutelado.

Dessa forma, perante todas as considerações feitas sobre as situações de inidoneidade da tentativa, entendo que a melhor solução encontrada para os problemas foi a adotada pelo ordenamento argentino, por meio de um dispositivo legislativo adequado acompanhado de uma teoria bem construída, qual seja, considerar atípica a impropriedade absoluta do objeto, mas típica a ineficácia absoluta do meio, com grau de punibilidade a ser verificado no caso concreto, ficando à critério do juiz o grau de redução da pena ou mesmo sua isenção, pois somente se percebe se houve ameaça ao bem e qual o nível desta ameaça no caso concreto, conforme pode

ser observado pela análise dos julgados.

No entanto, quando o código penal, no art. 17, confere o mesmo tratamento às duas situações que, frisa-se, são diferentes em sua natureza e devem ser tratadas de forma diferenciada, dificulta a construção do mesmo raciocínio realizado no ordenamento argentino. Este erro do legislador faz com que o tratamento conferido às duas situações seja entendido como um só e se considere ou as duas hipóteses como causas de atipicidade, ou as duas como causas de isenção de pena de fatos típicos.

Assim, por um lado, verifica-se o equívoco do legislador ao tratar as duas inidoneidades de forma indistinta e, por outro lado, verifica-se o posicionamento inadequado da doutrina perante a redação do art. 17. Ao invés de perceber o equívoco do tratamento igualitário das inidoneidades e realizar a diferenciação entre elas, considerando que apenas a consequência prática seria a mesma, qual seja, a impossibilidade de punição – por atipicidade da conduta, na impropriedade do objeto, e por opção de política criminal, na ineficácia do meio –, a doutrina considera que o equívoco do artigo se encontra apenas na expressão “tentativa” e que se trata, na verdade, na impossibilidade de punição de ambas as situações por atipicidade das condutas.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Código Penal, de 15 de maio de 1871. Tradução: Cláudia López Diaz. Disponível em: <http://www.juareztavares.com/textos/leis/cp_de_es.pdf>. Acessado em 05/03/2014.

ARGENTINA. Lei nº 11.179 de 1984, Código Penal de La Nacion Argentina. Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>>. Acessado em 27/02/2014

ARGENTINA. Lei nº 24.430, de 3 de janeiro de 1995, Constitucion de La Nacion Argentina. Disponível em: <<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>>. Acessado em 05/03/2014.

BRASIL. Decreto nº 847 de 11 de outubro de 1890, Promulga o Código Penal. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acessado em 03/01/2014.

ITÁLIA. Codice Penale. Disponível em: <<http://www.juareztavares.com/textos/codigoitaliano.pdf>>. Acessado em 05/03/2014.

URUGUAI. Código Penal , de 1998. Disponível em: <<http://www.parlamento.gub.uy/Codigos/CodigoPenal/11t1.htm>>. Acessado em 05/03/2014.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012, Novo Código Penal. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404>. Acessado em 01/01/2014

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012, Anteprojeto de Código Penal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>>. Acessado em 01/01/2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, Volume 1: Parte Geral.** 16ª ed. São

Paulo: Editora Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, Volume 1: Parte Geral.** São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

GOMES, Luiz Flávio. **Tipicidade Material e a Tipicidade Conglobante de Zaffaroni.** 2006. http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20060502150433694&mode=print. Acessado em 02/03/2014.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, Volume 1: Parte Geral.** Niterói: Editora Impetus, 2013.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte Geral.** 33ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal, Volume 1: Parte Geral.** 28ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal, Parte Geral e Parte Especial.** 7ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição.** 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Da tentativa: Doutrina e Jurisprudência.** 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal: Parte General.** 2ª Ed. Buenos Aires: Editora Ediar, 2002.