

A tentativa nos crimes culposos

Sobre seus requisitos e verificação nos crimes culposos próprios e impróprios

Pressupondo a tentativa, dolo quanto ao resultado final, afasta-se sua possibilidade na culpa própria e admite-se na culpa imprópria.

Autora:

Lorena Junqueira Victorasso, advogada, graduada pela Faculdade de Direito Milton Campos, pós-graduada em Direito do Estado pela Universidade Anhanguera-Uniderp.

Resumo:

O presente trabalho versa sobre a (im)possibilidade de tentativa nos crimes culposos. Abarca o conceito de crime tentado, seus requisitos e teorias; e o conceito de crime culposo nas modalidades de culpa própria e imprópria.

Palavras-Chave:

Tentativa. Crime culposo. Culpa própria. Culpa imprópria.

Introdução

O crime tentado, além do início da execução da conduta criminosa e sua não consumação por circunstâncias independentes da vontade do agente, pressupõe o dolo deste quanto ao resultado final.

Esse dolo, por sua vez, não se faz presente nos crimes culposos na modalidade de culpa própria. Verificando-se, em contrapartida, na modalidade de culpa imprópria.

É exatamente em razão disso, como se demonstrará neste trabalho, que a culpa própria não admite tentativa, enquanto a imprópria admite.

Da tentativa

De acordo com o artigo 14, inciso II, do Código Penal, diz-se o crime tentado quando iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente. Punindo-se a tentativa, salvo disposição em contrário, com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços.

Trata-se de hipótese de realização incompleta de um tipo penal.

A despeito da realização plena do elemento subjetivo, os elementos objetivos não são realizados por completo.

Como, à luz do princípio da legalidade, pilar do Direito Penal, somente a lei pode definir infrações e cominar sanções, e, em regra, os tipos penais preveem infrações consumadas, para que situações de realização parcial de tipo penal não passem impunes, adota-se uma norma de extensão temporal da figura típica. Dando-se a adequação típica, no caso de crime tentado, por subordinação mediata.

Cezar Roberto Bitencourt sintetiza:

“A tipicidade da tentativa decorre da conjugação do tipo penal com o dispositivo que a define e prevê a sua punição, que tem eficácia extensiva, uma vez que por força dele é que se amplia a proibição contida nas normas penais incriminadoras a fatos que o agente realiza de forma incompleta.

A norma contida no art. 14, II, de caráter extensivo, cria novos mandamentos proibitivos, transformando em puníveis fatos que seriam atípicos. É uma regra secundária que se conjuga com a regra principal, a norma incriminadora.” (Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, vol. 1. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 365)

O crime tentado, portanto, não é um crime autônomo, razão pela qual dizem não haver delito de tentativa, mas sim uma tentativa de delito.

Rogério Greco, por sua vez, arremata:

“Não há um dolo próprio para o crime tentado. O dolo do agente é dirigido a realizar a conduta descrita no tipo penal. Quando o agente exterioriza sua ação, o faz com a vontade de consumir a infração penal. Quando sua ação é interrompida por circunstâncias alheias à sua vontade, o seu dolo não se modifica.” (Greco, Rogério. Curso de Direito Penal. 17ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 313)

Sobre o início da fase executiva do crime, indispensável para a definição da tentativa, desenvolveram-se várias correntes.

Para a teoria subjetiva, a execução do crime tem início quando o agente exterioriza sua vontade de praticá-lo.

A posição é criticada por muitas vezes punir atos meramente preparatórios, por entender o aplicador que já resta exteriorizada a vontade delituosa.

A teoria objetivo-formal, por sua vez, entende que a execução se inicia quando o agente pratica conduta capaz de realizar o verbo-núcleo do tipo.

A crítica a respeito é que pode levar a algumas situações de impunidade, por exemplo, quando claramente se constata a vontade de executar o crime, mas ausente conduta apta a realizar o verbo-núcleo (um indivíduo aponta uma arma de fogo para outro com a intenção de matá-lo, mas antes que efetue o disparo, um terceiro toma-lhe a arma).

Para a teoria da hostilidade do bem jurídico, a execução se inicia quando o bem é exposto a perigo concreto de lesão.

Como a identificação do exato momento em que o bem é exposto a perigo trata-se de uma tarefa muito difícil, a teoria também não fica imune de crítica.

Tem-se, ainda, a teoria sintomática, que apregoa que a execução se inicia quando o agente manifesta sua periculosidade social.

Muitas são as críticas a respeito. Acaba sendo uma expressão do Direito Penal do Autor, na medida em que pune o agente pelo que ele é, e não pelo que ele faz. Revelando-se preconceituosa e divorciada do Direito Constitucional Democrático.

A teoria objetivo-individual do autor é a mais moderna delas, reconhecendo o início da execução não apenas quando o agente pratica o verbo-núcleo do tipo, mas quando leva a efeito as condutas imediatamente anteriores em verdadeira unidade orgânica, segundo seu plano individual.

Esta, por sua vez, peca pela insegurança jurídica.

A verdade é que, até hoje, a questão da demarcação entre atos preparatórios e executórios não resta superada.

Na prática, no entanto, sobretudo, por questões de segurança jurídica, pode-se afirmar que a teoria objetivo-formal, de aferição mais precisa, é a mais utilizada.

Formulada por Beling, como dito, a teoria considera iniciada a execução do crime, admitindo-se, pois, falar em tentativa, quando o agente pratica conduta capaz de realizar o verbo-núcleo do tipo.

Na lição de Juarez Cirino dos Santos:

“(...) a teoria objetiva formal indica a ação do tipo como elemento do início da execução. A tentativa se caracteriza pelo início da execução da ação do tipo: ações anteriores são preparatórias; ações posteriores são executivas. Como a ação do tipo é o objeto do dolo, o início de execução da ação do tipo é o início de realização do dolo. Assim, no homicídio com arma de fogo, a ação de matar começa no acionamento do gatilho da arma carregada apontada para a vítima; no furto com destreza, a ação de furtar começa da remoção da coisa do bolso da vítima”. (Santos, Juarez Cirino dos. Apud Greco, Rogério. Curso de Direito Penal. 17ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 311)

Perfilhando-se a essa teoria, confira-se alguns julgados:

“HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE ESTELIONATO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL.

ATIPICIDADE DA CONDUTA DESCRITA NA DENÚNCIA. REJEIÇÃO. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. As empregadas de estabelecimento comercial monitorado por câmeras de vídeo, acusadas de simularem cenas privadas, exibindo suas peças íntimas, para, com o conteúdo das fitas gravadas, após subtraídas, obterem, mediante ação de indenização por danos morais, porque vítimas de voyeurismo, vantagem indevida em prejuízo do patrão, induzindo em erro, para tanto, o magistrado da causa a ser proposta, não praticam crime de tentativa de estelionato se a ação sequer é ajuizada.

2. Acerca da tentativa, causa de adequação típica mediata, "(...) Exigindo a lei atos de execução, não aceitou a teoria subjetiva ou voluntarista, que se contenta com a exteriorização da vontade através da prática de atos preparatórios; nem com a sintomática, que se satisfaz simplesmente com a periculosidade subjetiva manifestada.

Foi aceita a teoria objetiva, exigindo um início típico de execução." (in Direito Penal, Damásio Evangelista de Jesus, 1º volume, Parte Geral, 22ª edição, revista e atualizada, 1999, Editora Saraiva, página 330 – nossos os grifos).

3. Para o reconhecimento da tentativa de estelionato, mostra-se imprescindível tenha o agente iniciado a conduta fraudulenta, o que, na hipótese, consistiria no ajuizamento da ação no Juízo Cível, na busca da obtenção da vantagem indevida, não afirmada pela denúncia.

4. Arredada a tipicidade objetiva da conduta, há de ser a inicial acusatória rejeitada, à luz do que determina o artigo 43, inciso I, do Código de Processo Penal.

(...)"

(HC 16.153/RJ, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 04/09/2001, DJ 27/05/2002, p. 200)

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. TENTATIVA DE ROUBO MAJORADO POR USO DE ARMA DE FOGO. "EMENDATIO LIBELLI". DESCLASSIFICAÇÃO PARA PORTE DE ARMA. AGENTE QUE NÃO INGRESSOU NA FASE DE EXECUÇÃO DO CRIME DE ROUBO. MERO PORTE DE ARMA. NÃO PUNIÇÃO DA FASE DE COGITAÇÃO. PENA. CUSTAS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Nosso ordenamento jurídico não pune a fase de cogitação do crime e, em regra, não pune os atos preparatórios, a não ser que a preparação seja também tipificada. 2. **Caracteriza-se a fase de execução pelo desempenho do verbo núcleo do tipo penal. Aquele que porta arma de fogo na cintura, sem exibi-la, e apenas pergunta a terceiro de quem seria uma caminhonete**

estacionada na rua, sem anunciar assalto ou exigir as chaves do carro, não realiza o verbo subtrair, não ingressando, portanto, na fase de execução do roubo. 3. Provada apenas a conduta de portar arma de fogo, deve haver a desclassificação do roubo tentado para o de porte de arma consumado. 4. O agente que é reincidente específico não faz jus à substituição de sua pena por restritiva de direitos, nem a regime mais brando que o semiaberto. Provada a hipossuficiência do agente deve ser ele isento do pagamento das custas. 5. Recurso parcialmente provido. (TJMG - Apelação Criminal 1.0079.12.047453-5/001, Relator(a): Des.(a) Marcílio Eustáquio Santos , 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 21/08/2014, publicação da súmula em 29/08/2014) (original sem grifo)

EMENTA: APELAÇÕES CRIMINAIS - EXTORSÃO - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE -OBTENÇÃO DE VANTAGEM ECONÔMICA INDEVIDA MEDIANTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL - COMPROVAÇÃO - PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA - NÃO RECONHECIMENTO - PAPEL DECISIVO PARA A CONFIGURAÇÃO DO CRIME - TENTATIVA - CONSUMAÇÃO DO DELITO - CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DO § 1º, ART. 158, CP - NÃO INCIDÊNCIA - CONCURSO DE PESSOAS. 1. Pratica o crime de extorsão o indivíduo que constrange alguém, mediante violência ou grave ameaça, com o intuito de obter para si indevida vantagem econômica. 2. A incidência da causa de diminuição da participação de menor importância, prevista no parágrafo 1º, artigo 29, do Código Penal, só é possível quando demonstrado que o partícipe pouco tomou parte na prática criminosa, tendo colaborado de forma mínima para o delito, hipótese em que deve ter sua pena diminuída de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço). 3. **O crime de extorsão se consuma no momento em que o agente pratica a conduta núcleo do tipo, vale dizer, o verbo constranger, obrigando a vítima, mediante violência ou grave ameaça, a fazer, a tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa.** 4. O concurso de pessoas justifica a aplicação da causa de aumento de pena do parágrafo 1º, artigo 158 do Código Penal. (TJMG - Apelação Criminal 1.0026.11.001360-9/001, Relator(a): Des.(a) Eduardo Machado , 5ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 16/09/2014, publicação da súmula em 25/09/2014) (original sem grifo)

Para a verificação da figura tentada, faz-se mister, portanto, a presença de três elementos: (1) início da execução, que, de acordo com a teoria objetivo-formal, verifica-se quando o agente pratica conduta hábil a realizar o verbo-núcleo do tipo; (2) não consumação do crime por circunstâncias independentes da vontade do agente; (3) dolo em relação ao resultado final típico.

Dos crimes culposos

Sobre os crimes culposos, fala-se em crime culposo próprio e impróprio.

De acordo com o artigo 18, inciso II, do CP, diz-se o crime culposo, quando o agente da causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

A doutrina completa os termos da lei conceituando a crime culposo como “a conduta humana voluntária (ação ou omissão) que produz resultado antijurídico não querido, mas previsível, e excepcionalmente previsto, que podia, com a devida atenção, ser evitado”. (Mirabete, Julio Fabbrini. Apud Greco, Rogério. Curso de Direito Penal. 17ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 251)

Eis a definição da chamada culpa própria. Utilizando-se a doutrina da expressão culpa imprópria para tratar do art. 20, §1º segunda parte do Código Penal, que se refere às discriminantes putativas. *In verbis*:

“§ 1º - É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo.”

Consiste na hipótese em que o agente, em virtude de erro evitável (derivado, pois, de culpa), imagina presente, quando não está, situação fática que excluiria a ilicitude de sua conduta. Vindo, então, intencionalmente, a produzir determinado resultado típico.

Verifica-se, portanto, a estrutura de um crime doloso. Sendo o agente punido com as penas de um crime culposo, por razões de política criminal, porque seu erro dela é derivado.

A respeito, com propriedade, comenta Cezar Roberto Bitencourt:

“Só impropriamente se pode admitir falar de culpa em uma conduta que prevê e quer o resultado produzido, sob pena de se violentar os conceitos dogmas da teoria do delito.

A chamada culpa imprópria só pode decorrer de erro, e de erro culposo sobre a legitimação da ação realizada. E erro culposo não se confunde com crime culposo. Com efeito, a culpa imprópria, culpa por extensão ou assimilação decorre de erro de tipo evitável nas discriminantes putativas ou do excesso nas causas de justificação. Nessas circunstâncias, o agente quer o resultado em razão de a sua vontade encontrar-se viciada por um erro que, com mais cuidado, poderia ser evitado. Quando o erro for inevitável, não há que se falar em culpa, própria ou imprópria, na medida em que a inevitabilidade do erro exclui, por completo, a responsabilidade penal.” (Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, vol. 1. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 233-234)

Destarte, as conclusões diferem quanto à possibilidade de tentativa em cada uma dessas modalidades de culpa.

É que para a verificação da figura tentada, como já dito, imperiosa a presença de três elementos, quais sejam: início da execução; não consumação do crime por circunstâncias independentes da vontade do agente; dolo em relação ao final.

Viu-se, contudo, que no crime culposo próprio não há dolo com relação ao resultado final. Advindo este de conduta voluntária sim, mas em razão da falta de cautela do indivíduo que age com imprudência, negligência e imperícia.

De modo que não se pode falar em crime culposo próprio tentado.

A propósito, Cezar Roberto Bitencourt:

“Os crimes culposos não admitem a tentativa. O crime culposo não tem existência real sem o resultado. Há crime culposo quando o agente não quer nem assume o risco da produção de um resultado, previsível, mas que mesmo assim ele ocorre. Se houver inobservância de um dever de cuidado, mas se o resultado não sobrevier, não haverá crime.

Na tentativa o agente quer ou assume o risco de produzir o resultado, que por circunstâncias estranhas à sua vontade não ocorre. Na tentativa há intenção sem resultado (pelo menos aquele desejado); no crime culposo há resultado sem intenção.” (Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, vol. 1. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 369)

O mesmo, contudo, não se aplica à culpa imprópria. É que, como dito, nesta, o agente age com dolo quanto ao resultado final, este é querido. Mas o

sujeito incorre em erro invencível. Respondendo a título de culpa em razão de política criminal.

Trata-se, em verdade, de um crime doloso, perfeitamente conciliável com a figura tentada.

Como leciona Rogério Greco:

“(...) na chamada culpa imprópria, prevista no §1º do art. 20 do Código Penal, que cuida das discriminantes putativas, pode-se cogitar de tentativa, haja vista que o agente, embora atuando com dolo, por questões de política criminal, responde pelas penas relativas a um delito culposo.” (Greco, Rogério. Curso de Direito Penal. 17ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 316)

Nesta linha, alguns julgados:

JÚRI. HOMICÍDIO TENTADO QUALIFICADO. QUESITAÇÃO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO. LESÕES CORPORAIS CULPOSAS. TESE PREJUDICADA. AFIRMAÇÃO DOS DOIS QUESITOS INICIAIS. TENTATIVA E CULPA. NOÇÕES ANTITÉTICAS. RECURSO DESPROVIDO.

- Tratando-se de homicídio tentado, uma vez afirmado o quesito inicial, que cobre o ato agressivo, e também o segundo quesito, que propõe o reconhecimento da intenção de matar, estará reconhecido, em princípio, o crime doloso contra a vida em sua forma tentada (afirmada, conseqüentemente, a competência do Júri), salvo se vierem a ser propostas e acolhidas teses que cuidem, por exemplo, da justificativa da legítima defesa.

- Não caberá mais indagação visando a desclassificação para crime culposo. **Tentativa e culpa são noções antitéticas. Viável somente a figura da culpa imprópria ou por equiparação, identificável na hipótese de um eventual reconhecimento da figura do excesso culposo na legítima defesa.**

(TJMG - Apelação Criminal 1.0628.05.000554-3/002, Relator(a): Des.(a) Herculano Rodrigues , 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 10/07/2008, publicação da súmula em 06/08/2008) (original sem grifo)

JÚRI. RECURSO MINISTERIAL. PRELIMINARES DE NULIDADE POR CONTRADIÇÃO NOS QUESITOS E ADMISSÃO DE HOMICÍDIO CULPOSO TENTADO. RECONHECIMENTO DE EXCESSO CULPOSO NA LEGÍTIMA DEFESA. DESCLASSIFICAÇÃO. CULPA IMPRÓPRIA.

AUSÊNCIA DE CONTRADIÇÃO. REJEITA-SE. MÉRITO. ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE À PROVA. REU QUE ATIRA NA VÍTIMA APÓS SER AGREDIDO, ESTANDO ELA EM FUGA, JÁ CESSADA A AGRESSÃO INJUSTA. LEGÍTIMA DEFESA NÃO CARACTERIZADA. RECURSO PROVIDO. - **O acolhimento da tese de excesso culposo na legítima defesa, em se tratando de crime tentado, não nulifica o julgamento, eis que não se trata de homicídio culposo tentado, mas de culpa imprópria, em que o réu age dolosamente para defender-se, excedendo-se em relação aos limites da causa excludente de ilicitude, não se consumando o delito por circunstâncias alheias.** - Tendo o recorrido perseguido a vítima, que estava em fuga após desferir agressão injusta, já cessada a ameaça, não age em legítima defesa, impondo-se a realização de novo julgamento, por ser a decisão contrária à prova. (TJMG - Apelação Criminal 1.0027.00.009926-0/002, Relator(a): Des.(a) Herculano Rodrigues , 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 20/04/2006, publicação da súmula em 16/05/2006) (original sem grifo)

Conclusão

Destarte, pressupondo a tentativa, dolo quanto ao resultado final, é de se diferenciar as hipóteses de crime culposo próprio e impróprio. Afastando-se sua possibilidade quanto ao primeiro, ante a ausência do elemento, e reconhecendo-se sua viabilidade quanto ao segundo, que tem estrutura de crime doloso.

Referências

Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, vol. 1. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

Delmanto, Celso; Delmanto, Roberto; Delmanto Júnior, Roberto; Delmanto, Fábio M. de Almeida Delmanto. Código Penal comentado: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

Greco, Rogério. Curso de Direito Penal. 17ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.