



Maria João Carvalho Vaz

A PUNIBILIDADE DA TENTATIVA IMPOSSÍVEL
POR INEXISTÊNCIA (OU AUSÊNCIA)
DO OBJETO:
Um problema de (in)validade material

Dissertação de Mestrado, na Área de Especialização em
Ciências Jurídico-Criminais, apresentada à Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra, sob a orientação do
Professor Doutor José Francisco de Faria Costa.

Setembro/2014



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO
2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO



**A PUNIBILIDADE DA TENTATIVA IMPOSSÍVEL POR INEXISTÊNCIA
(OU AUSÊNCIA) DO OBJETO:**

Um Problema de (In)validade Material

Maria João Carvalho Vaz

Dissertação de Mestrado, na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Criminais, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação do Senhor Professor Doutor José Francisco de Faria Costa.

Coimbra

2014

“Eis como todos esses juízos que se fazem sobre as aparências externas são enormemente incertos e duvidosos”.

Michel de Montaigne, *in* 'Ensaaios'

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço aos meus pais: pelo suporte, a confiança, a liberdade de pensamento, o sistema de valores e, sobretudo, por terem “um coração do tamanho do mundo”.

Agradeço ao Sr. Prof. Doutor José Francisco de Faria Costa: pela amabilidade em ter aceitado ser meu orientador, pela generosidade, pelas noções mais elementares de direito penal (leccionadas ainda no 1º ciclo de estudos em Direito) e, sobretudo, pelas reflexões que o seu pensamento me proporciona.

Deixo, igualmente, uma palavra de agradecimento aos professores com quem tive o privilégio de ter aulas ao longo da parte letiva deste 2º ciclo de estudos em Direito: a Sra. Prof. Doutora Anabela de Miranda Rodrigues, a Sra. Prof. Doutora Cláudia Santos, o Sr. Prof. Doutor Mário Reis Marques e o Sr. Prof. Doutor Pedro Caeiro.

Agradeço ao Bruno, à Cecília e ao Tiago, por me fazerem perceber, nas mais ínfimas coisas, que a razão e o intelecto não são o mais importante da vida.

Aos meus avós maternos agradeço pelo amor incondicional e pela tolerância quando desafio os seus dógmas e sistemas de crenças.

Agradeço à Bárbara Valente, à Daniela Lobo, à Filipa Marques, à Inês Almeida, à Isabel Neves, à Rita Oliveira e à Sílvia Sousa: pela sinceridade, por terem fé em mim e, sobretudo, por terem dividido comigo mais do que uma casa (pedaços de vida).

Ao Jorge Medeiros agradeço pela amizade, a preocupação, umas boas doses de verdade e, principalmente, por estar sempre por perto.

Agradeço ao Bruno Moura, à Carlota Freire, ao Matheus Caetano e à Renata Rodrigues: pela fraternidade, as palavras de incentivo, as trocas de ideias e, sobretudo, pelos bons momentos que a memória não apaga.

Relativamente aos amigos que Coimbra me deu, fica um agradecimento especial para a Gabriela Segarra, a Marta Coimbra, a Marta Fidalgo, a Mirra Mendes, o Murilo Bastos, o Saulo Furquim, o Teo Galvão e o William Albuquerque.

Agradeço aos restantes amigos, que transcendem qualquer circunstancialismo: pela beleza que trazem no olhar, pela boa energia que me doam e, principalmente, por nunca duvidarem.

ÍNDICE

AGRADECIMENTOS	4
ÍNDICE	5
LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS.....	8
INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I – O FUNDAMENTO DA PUNIBILIDADE DA TENTATIVA	11
1. A evolução do fundamento.....	11
1.1. No Direito Hebreu	11
1.2. No Direito Romano.....	12
1.3. Na Idade Média	13
1.4. Do iluminismo até à contemporaneidade.....	15
1.4.1. As teorias objetivistas	15
a) O objetivismo da Escola Clássica.....	15
b) A teoria da falta de tipo	18
1.4.2. As teorias subjetivistas.....	20
a) O subjetivismo tradicional	20
b) A teoria finalista da ação	22
c) O direito penal da vontade.....	25
1.4.3. As teorias mitigadas	29
a) A teoria da impressão	29
b) O objetivismo mitigado italiano.....	31
c) A teoria normativo-funcional	33
CAPÍTULO II – ENTRE A POSSIBILIDADE E A IMPOSSIBILIDADE DA TENTATIVA: DISTINÇÕES CONCEITUAIS	38
1. 1. A tentativa.....	38
1.1. A tentativa a partir da norma penal como norma de valoração.....	38
1.2. Os elementos da tentativa	42
a) A decisão de cometer o crime.....	42
b) O início dos atos de execução.....	43

c) A falta de consumação	44
1.3. A atenuação especial da pena relativamente ao crime consumado	45
1.4. Quando se pune a tentativa?	45
1.5. A natureza jurídica da tentativa	46
1.6. Tentativa possível e tentativa impossível	48
a) as tentativas possíveis 'acabadas' e 'inacabadas'	49
b) As tentativas impossíveis por inidoneidade do meio e por inexistência do objeto	50
1.7. Tentativa absolutamente impossível e tentativa relativamente impossível	50
1.8. Tentativa impossível e tentativa irreal.....	51
2. A tentativa impossível por inexistência (ou ausência) do objeto	52
2.1 A tentativa impossível por inexistência do objeto e o problema do erro sobre as circunstâncias do fato	52
2.2. A ausência absoluta e a ausência relativa do objeto	55
2.3. A inexistência (ou ausência) do objeto e ilusão ou aparência da sua existência.....	57
CAPÍTULO III - ANÁLISE DA TENTATIVA IMPOSSÍVEL POR INEXISTÊNCIA DO OBJETO NO SISTEMA JURÍDICO-PENAL PORTUGUÊS	59
1. A evolução da punibilidade da tentativa impossível por inexistência (ou ausência) do objeto no sistema jurídico-penal português	59
1.1. O código Penal de 1852 e a revisão de 1886	59
a) as situações de erro sobre a pessoa ou sobre a coisa	60
b) A ilusão sobre a prática do crime.....	61
c) As situações em que o agente tem intenção de cometer um crime distinto do cometido	62
1.2. O projeto da parte geral do código penal de EDUARDO CORREIA	62
a) A negação da tentativa como crime de perigo	63
b) A punibilidade da aparência e do perigo hipotético.....	64
c) O argumento da intraquilidade social.....	65
d) A crítica à dogmática alemã.....	66
e) A consideração da perigosidade do agente	67
2. Análise crítica da posição do legislador português	68
2.1. A tentativa impossível por inexistência (ou ausência) do objeto à luz do Código Penal atual. 68	
2.2. A punibilidade “quando não seja manifesta a inexistência do objeto” (art. 23º, nº3).....	70

a) A posição de FIGUEIREDO DIAS e da doutrina majoritária	70
b) A posição de FARIA COSTA.....	73
2.3. Entre a teoria do bem jurídico e o princípio da ofensividade.....	79
a) A teoria do bem jurídico e a legitimação das normas penais	79
b) O bem jurídico em abstrato e o objeto da ação	82
c) Deve o direito penal punir condutas inofensivas?	84
2.4. A inexistência de objeto e a finalidade da pena	85
a) A rejeição da finalidade de prevenção geral positiva	85
b) Rejeição da finalidade de prevenção especial positiva	86
c) A rejeição das teorias retributivas.....	89
d) Rejeição da finalidade neoretribuiva de FARIA COSTA.....	90
2.5. A punibilidade da inexistência do objeto: um resquício do ilícito pessoal?	91
2.6. Os horizontes do direito penal comparado:	94
a) A tentativa impossível por inexistência do objeto em Itália.....	94
b) A tentativa impossível por inexistência do objeto na Holanda	95
c) O crime impossível no Brasil	96
d) A tentativa impossível por inexistência do objeto em Espanha.....	97
CONCLUSÃO	99
BIBLIOGRAFIA.....	100

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

§ - Parágrafo

Ac. - Acórdão

Al. – Alínea

Art. - Artigo

AHDE – Anuário de História del derecho español

AFD – Anuário de Filosofia del Derecho

AFDUE – Anuário da Faculdade de Derecho de la Universidad de Extremadura

BFDUC – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

CP – Código Penal Português

CPB – Código Penal Brasileiro

CPE – Código Penal Espanhol

CPH – Código Penal Holandês

CPI – Código Penal Italiano

CRP – Constituição da República Portuguesa

DJ – Data de Julgamento

DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos

Ed. – Edição

PE – Parte Especial

PG – Parte Geral

RBCrim – Revista Brasileira de Ciências Criminais

RECPC – Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología

Reichsgericht – Tribunal Imperial Alemão

RLJ – Revista de Legislação e Jurisprudência

RPCC – Revista Portuguesa de Ciências Criminais

RULP – Revista da Universidade Lusófona do Porto

StGB – Código Penal Alemão

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

INTRODUÇÃO

Desde os tempos mais remotos que o direito – ainda que imbricado em preceitos religiosos, na medida em que o ‘dever ser’ era a palavra de Deus e o direito positivo mais não era do que um qualquer livro sagrado – pune condutas consideradas perigosas relativamente a valores essenciais à vida em sociedade, dada a veracidade intemporal do lema *ubi societas ibi crimen*.

Não obstante o fato de, ao longo da Idade Média, a ciência penal italiana ter catalogado a tentativa como um *minus* relativamente ao crime consumado, fará sentido, nos dias que correm, reduzirmos a sua significância a uma espécie de crime imperfeito? Qual a sua real natureza jurídica? Qual o fundamento da sua punibilidade? Será que foi sempre o mesmo ao longo da história?

Além disso: como surgiu a punibilidade das tentativas inidóneas ou impossíveis? Fará sentido puni-las à luz de um direito penal cuja finalidade e fonte de legitimação se encontre primacialmente na proteção de bens jurídicos? Será legítima a punição com base em meros juízos de aparência ou de impressão social? E poder-se-á punir uma conduta de perigo concreto inexistindo o objeto da ação? Será, então, legítimo que o direito penal puna condutas inofensivas? Por outras palavras: será que deve ser punido, por tentativa (impossível) de homicídio, o agente que dispare sobre uma pessoa morta? Qual a verdadeira finalidade da pena nesses casos?

Ao longo desta dissertação procuraremos dar resposta a todas as questões colocadas. Assim, num primeiro capítulo, atenderemos à evolução histórica do fundamento da punibilidade da tentativa, desde o direito hebreu até à atualidade.

Num segundo capítulo, elaboraremos uma demarcação minuciosa entre as tentativas possíveis e as impossíveis e, partindo do vislumbre da norma penal como norma de valoração, procuraremos encontrar a sua natureza jurídica.

Por fim, faremos uma referência evolutiva acerca da punibilidade da tentativa impossível por inexistência do objeto no sistema jurídico-penal português, acompanhada por uma análise crítica à opção efetuada pelo legislador.

CAPÍTULO I – O FUNDAMENTO DA PUNIBILIDADE DA TENTATIVA

1. A evolução do fundamento

1.1. No Direito Hebreu

O encontro da origem, enquanto ponto nascente de um qualquer *quid*, é sempre dificultado pela fluidez da história, que se vai apagando com o decorrer dos séculos. E isso conduz-nos à inevitabilidade de um falacioso paradoxo, em que o seu esquecimento alimenta a sua busca, a par do desvelar dos fundamentos que a subjazem. Não poderia ser diferente em matéria de tentativa.

Assim, podemos dizer que a origem da punibilidade da tentativa se encontra no Direito Hebreu – plasmada no *Código da Aliança*¹ – em que constava que “*quem empregasse artifícios para matar um semelhante*” seria penalizado com a expulsão do culto religioso, sendo ainda atribuído ao pretense ofendido o direito de conduzir o seu ofensor “*até à morte*”².

Como podemos constatar, o fundamento da punibilidade da tentativa, naquele ponto da História, comprazia-se com motivações religiosas que viam o crime como uma espécie de manifestação do pecado, funcionando a sua concretização como um momento de passagem do puro subjetivismo da *voluntas* para o início de um *eventus* que não se verificava por mero acaso, ou devido à peculiaridade de um circunstancialismo que o agente jamais seria capaz de representar *ex ante*.

Destarte, a pena possuía finalidades preventivas negativas (gerais e especiais) que se materializavam na instigação do medo através do pecado – que inviabilizava uma hipotética ida para o céu – e pela cominação da pena capital, violando o limite, que consideramos não dever

1 Bíblia Sagrada. *Livro do Êxodo*, XXI, 14.

2 GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa: 1995, p. 72.

ser ultrapassável, do princípio da proporcionalidade entre a medida da pena e o desvalor gerado com base na culpa do agente.³

1.2. No Direito Romano

A problematização da categorização da tentativa, enquanto figura livre de conexões religiosas, iniciou-se na civilização romana. Não obstante, a tentativa era, ainda, vislumbrada como uma ficção do crime consumado⁴.

Desta via, muito embora os jurisconsultos romanos distinguissem o *flagitium perfectum* do *flagitium imperfectum*⁵, não tinham um critério exato de demarcação da tentativa dos atos preparatórios, tal como não distinguiam o início da execução da consumação.⁶ Uma vez que atribuíam igual importância ao *animus accidendi* (elemento intencional) e à verificação efetiva do resultado – punindo a tentativa com pena igual à que seria aplicada ao crime consumado, mas apenas nos crimes de estado ou nos delitos públicos considerados graves, como *v.g.*, o homicídio – podemos afirmar que o fundamento da punibilidade da tentativa se encontrava na perigosidade do agente para o meio social em que se encontrava, ou seja, uma perigosidade abstrata e hipotética⁷.

Nessa linha de pensamento, podemos dizer que a perigosidade do agente alimentava a punibilidade de uma tentativa debilmente distinta dos atos preparatórios, ao mesmo tempo que

3 Dizemos que as finalidades eram, aqui, preventivas unicamente por nos estarmos a referir aos casos de tentativa (“*empregar artificios*”), todavia, na medida em que a lei religiosa se tornava, de igual modo, na lei jurídica, a real finalidade da pena, em sentido amplo e de forma geral, seria nitidamente retributiva. Não obstante, a retribuição de que aqui falamos (em que a pena seria um mal para o mal do crime), não apresentava características de proporcionalidade, o que se veio a alterar mais tarde, ainda durante a Idade Média, com a aplicação da lei de Talião, mais conhecida pela expressão, “*olho por olho, dente por dente*”.

4 A ficção da tentativa como crime consumado encontra alguma demonstração na punibilidade com pena de morte daquele que andasse pelas ruas com uma arma na mão com a finalidade de matar ou furtar (*ambulare cum telo*), prevista na *Lex Cornelia de sicariis et beneficiis*, de 81 *a.c.*. Neste sentido: MENDES, Paulo de Sousa. “*Ambulare cum telo era tentativa de homicídio?*” in *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra Editora, 2003, p. 615.

5 COSTA, José de Faria. *Tentativa e Dolo Eventual (ou da relevância da negação em direito penal)*. Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra - “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia”. Coimbra, 1987, p. 7, nota 6.

6 *Idem, Ibidem*, p. 8.

7 ALVAREZ, Luís Rodrigues. *La tentativa de homicidio en la jurisprudencia romana*. In *Anuário de História del derecho español*, nº 49, 1979, p. 37.

proliferavam as finalidades especiais negativas da pena, que levavam à reclusão do agente, afastando-o do meio social com base em um ato, porventura isolado, de aparente perigosidade.

1.3. Na Idade Média

Foi somente na Idade Média que os italianos – Glosadores e Comentadores⁸ – se debruçaram sobre os textos romanos acerca dos delitos e trabalharam a figura da tentativa a partir do entendimento do *conatus*. Assim, passaram a distinguir tecnicamente a tentativa (*conatus remotus*) do crime consumado (*conatus proximus*) com base num sistema baseado na representação e na medida do lapso temporal que ia desde a mera cogitação até à verificação do resultado. Com base no anteriormente mencionado, podemos dizer que foi a ciência penal italiana da Idade Média que começou a estudar o percurso normal do crime doloso, que ficou mais conhecido por *iter criminis*⁹.

Nessa linha, explanaram que a primeira fase do *iter criminis* provinha de um estágio interior de cogitação, um estágio que defendiam não dever ser punível com base na célebre afirmação de ULPIANUS: “*cogitationis poenam nemo patitur*”¹⁰.

Depois da *nuda cogitatio* seguiam-se os atos preparatórios, no sentido de dar seguimento a uma decisão do agente acerca da consumação do crime: uma decisão que se ia sedimentando pela representação das circunstâncias, a que acrescia a vontade de produção de um resultado desvalioso. Após a cogitação e a preparação, tinha lugar a execução, *stricto sensu*, em que o agente iniciava a materialização da sua vontade em uma ação externa com o objetivo de efetuar a consumação.

8 Acerca do renascimento do Direito Romano com a Escola dos Glosadores e, mais tarde, com a Escola dos Comentadores: COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do Direito Português*. Edições Almedina, 3ª Edição (reimpressão). Coimbra, 2008, p. 210, 236 e 237.

9 LIFSCHITZ, Sergio Politoff. *Los Actos Preparatorios del Delito, Tentativa y Frustracion. Estudio de Dogmatica Penal y de Derecho Comparado*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, p. 25. Para uma melhor compreensão do *iter criminis*: MANTOVANI, Ferrando. *Principi di diritto penale*. Seconda edizione. Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2007, pp. 218 – 220.

10 D. 48, 19, 18. Não obstante, a mera cogitação e, até, aquilo que mais tarde foi apelidado de tentativa irreal eram punidas pelo Tribunal do Santo Ofício (v.g., tentativa de homicídio por embruxamento).

Tendo em conta o supra mencionado, a tentativa era considerada uma interrupção daquele percurso normal do crime doloso, constituindo um *minus* relativamente à consumação. O fundamento da sua punibilidade encontrava-se, à semelhança do que ocorria no direito hebreu, muito ligado a um ideário excessivamente religioso e moralizador, ou seja, a punibilidade da tentativa baseava-se em juízos de 'dever ser' que emanavam de textos religiosos, encontrando-se o crime em uma estreita conexão com o 'pecado'.

Todavia, podemos explicar uma distinção entre a Alta Idade Média e a Baixa Idade Média: enquanto que na primeira se assistiu a uma progressiva atendibilidade à proporcionalidade entre o crime e a medida da pena (o que não acontecia no direito hebreu); na segunda assistiu-se a uma grande arbitrariedade e, de igual modo, a uma desproporcionalidade entre o crime (tentado) cometido e a pena aplicável¹¹.

Assim, as finalidades da pena em caso de tentativa não eram outras senão preventivas em sentido negativo: baseadas na instigação do medo através da proibição do pecado e na segregação do agente do meio social em que se inseria devido a um receio de propagação do seu comportamento 'antimoral', que poderia levar a uma contaminação ideológica. Todavia, a prevenção que falamos encontrava-se sob um ideário geral retributivo de base metafísica, com base na ideia de que o mal da pena viria anular o mal do crime¹².

Exemplos claros do que acabamos de dizer encontram-se: acerca da prevenção geral negativa, no seguimento dos textos religiosos de forma fundamentalista, lembrando a velha máxima de que “*a palavra de Deus é lei*”; e, acerca da prevenção especial negativa, na aplicação de penas de morte, por enforcamento ou na fogueira (nos chamados Autos de Fé), com base na ideia de que a morte expurgaria o mal, não só do sujeito como do meio social. A necessidade de controlo ideológico era demonstrada, num tempo em que o ensino pertencia a uma elite religiosa, pela criação de uma lista com obras cuja leitura era absolutamente proibida (o *Index*), sob pena de condenação por heresia¹³.

11 COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais (...) op. Cit.*, pp. 156 e 157.

12 Bem mais tarde na História, mas com o mesmo fundamento de difusão ideológica pela Igreja, *vide*: ALTHUSSER, Louis. *Ideologia e aparelhos ideológicos do Estado*. Biblioteca Universal Presença. Lisboa, 1970, p. 105 s.

13 Sobre as condenações por heresia: *Ordenações Filipinas*, Livro V, Título I.

1.4. Do iluminismo até à contemporaneidade

1.4.1. As teorias objetivistas

a) O objetivismo da Escola Clássica

A tese objetivista surgiu com o iluminismo, altura em que, a par de uma inegável humanização do direito penal¹⁴, a dogmática edificou princípios basilares como a legalidade (*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*)¹⁵, a determinabilidade dos elementos do tipo ou, *maxime*, o *in dubio pro libertate*. Atingiu o seu apogeu com a Escola Clássica, tendo sido FEUERBACH o primeiro a “*fundamentar a punibilidade da tentativa na perigosidade de uma ação objetivamente capaz de produzir um resultado*”¹⁶.

Podemos dizer que os objetivistas da Escola Clássica procuraram um corte com o moralismo do *ancién régime*¹⁷, daí que propugnassem pela defensibilidade de um direito penal livre de conotações religiosas, assente na valorização da liberdade em prol da segurança, ainda que a segurança na lei penal constituísse a pedra angular do direito penal que defendiam.

Após deixarem para trás uma visão do crime como lesão de um direito subjetivo do indivíduo – como defendia FEUERBACH –, surgiu um direito penal vocacionado à proteção de

14 Não podemos deixar de mencionar que a evolução humanizadora que a ciência penal recebera neste período das luzes em muito se deveu à seminal obra de Cesare Beccaria, “*Dei delitti e delle pene*”.

15 Para uma crítica à utilidade da legalidade em FEUERBACH, vista como um “critério de conveniência”: GRECO, Luís. *Conveniência e respeito: sobre o hipotético e o categórico na fundamentação do direito penal*. In RBCCrim, Ano 2012, nº 95, p. 47 ss.

16 FEUERBACH *apud* PIEDECASAS, José Ramón Serrano. *Fundamento de la punición en la tentativa*. In Livro de Homenage al Prof. Doctor Don Ángel Torío Lopez. Editorial Comares. Granada, 1999, p. 523. No mesmo sentido: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais: a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2ª Edição reimpressa, 2012, p. 688.

17 Marcadamente um tempo de ruptura com todo o ideário da Idade Média, teve lugar a laicização do Estado e a consequente desmoralização do Direito Penal. Para isso contribuiu MONTESQUIEU, com a sua obra “*Le spirit des lois*”, o “*Contrato social*” de ROUSSEAU ou o “*Tratado sobre a tolerância*” de VOLTAIRE. Para uma leitura mais completa: FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; NÚÑES PAZ, Miguel Ángel; TERRA DE OLIVEIRA, William; COUTO DE BRITO, Alexis. *Direito Penal Brasileiro: Parte Geral: Princípios fundamentais e sistema*. Apresentação e prólogo de Claus Roxin. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 126.

bens jurídicos, cuja primeira definição se deveu a BIRNBAUM,¹⁸ ainda que tenha sofrido alterações pelos pensamentos discordantes de BINDING e VON LISZT¹⁹.

Precisamente pelo fato de representarem uma fase de ruptura com o ideário arbitrariamente punitivista devenida do despotismo iluminado e por terem sido influenciados por ideias neoantropocentristas e kantianas²⁰, a maioria dos autores da escola clássica voltou-se para a defesa de um puro objetivismo em matéria de punibilidade da tentativa *lato sensu*²¹.

Não obstante o supra mencionado, podemos dizer que mesmo antes do aparecimento de um Direito Penal protector de bens jurídicos – além de FEUERBACH –, ou antes mesmo do surgimento da Escola Clássica, outros autores propugnaram pela necessidade de um certo grau objetivo de certeza para que se aceitasse a punição da tentativa. De entre esses autores destacamos HUGO GRÓCIO, o qual já defendia que a tentativa não deveria ser reprimida quando dela não derivasse, como consequência de um ato mal executado, um mal certo e grave²². GRÓCIO entendia que as ações humanas não deveriam ser punidas a título de exemplo para a sociedade, como garantia de segurança relativamente a delitos futuros²³.

Além de CARRARA – que procurou fundamentar a punibilidade da tentativa na existência de um perigo materializado no risco que, em um dado momento, existiria verdadeiramente como fato, e não como um perigo de mera previsão²⁴ –, também VON BELLING defendeu que, para que a tentativa fosse punível, deveria ser relativa a um “*crime*

18 A concepção de bem jurídico de BIRNBAUM consubstanciava-se em “*um dado da realidade empirica colocado sob a proteção da ordem jurídica*”. Neste sentido, vide, CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*: volume I. Edições Almedina. Coimbra, 2007, p. 278.

19 Diferentemente de BINDING (que defendia uma concepção de bem jurídico alicerçada na norma como expressão da sua visão positivista formal-normativa do Direito), VON LISZT defendia um conceito de bem jurídico que, embora devesse ser protegido pela norma, não se limitasse a ela devido à significância axiológico-material do bem jurídico que visava proteger. VON LISZT defendeu que “*bem jurídico não é um bem do direito ou da ordem jurídica (como pensava BINDING e BOSIN, que o seguia (...)), mas um bem do homem que o Direito reconhece e protege.*” Nestes termos, VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal Alemão*: volume 1. Traduzido por Dr. José Hygino Duarte Pereira. F. Briguiet & co – Editores. Rio de Janeiro, 1899, p. 94.

20 Sobre as influências kantianas no pensamento de VON LISZT, vide: MIR PUIG, Santiago. *Limites del normativismo en Derecho Penal*. In RBCCrim, nº 64, 2007, p. 203.

21 O enquadramento histórico do surgimento deste primeiro objectivismo obteve influências do apogeu do positivismo legalista da Escola da Exegese e, um pouco mais tarde, do surgimento da Jurisprudência dos Conceitos, que primava pela defesa da certeza jurídica.

22 GROCCIO é um autor que, embora jusnaturalista, contribuiu para a passagem ao iluminismo. Neste sentido, vide, REIS MARQUES, Mário. *Introdução ao Direito*: volume I. Coimbra: Almedina Editora, 2007, p. 126.

23 Cfr. LIFSCHITZ, Sérgio Politoff. *Los actos preparatorios del delito (...) op. Cit.*, p. 109.

24 *Idem, Ibidem*, p. 108.

em sentido estrito” e levada a cabo com “*dolo*”.²⁵ O mesmo autor considerava a tentativa inidónea (ou delito impossível) como limite jurídico da tentativa.²⁶ Tanto o Código Penal francês de 1810, como no StGB prussiano de 1851, excluíam a punibilidade, quer dos atos preparatórios quer da tentativa absolutamente inidónea.²⁷

Apesar dos benefícios que os ensinamentos destes autores trouxeram ao Direito Penal, não podemos deixar apontar as suas falhas. Estes primeiros objetivistas defendiam um requisito de perigosidade concreta, e indubitável, como fundamento de punibilidade tentativa. Todavia, ainda que por ironia, não conseguiram encontrar uma definição normativa concreta para o conceito de perigosidade e acabaram por não elaborar uma distinção entre tentativa e atos preparatórios. O próprio risco naturalístico de que falavam, ainda que mais não fosse do que uma quantificação de perigo, não lhes permitia a distinção entre atos preparatórios e tentativa – figuras completamente distintas, no nosso entendimento –, dado que só há tentativa desde o momento em o agente inicia a execução do fato, deixando para trás o plano da mera preparação, que só deve ser punido a título excepcional, quando a lei o expresse²⁸.

Uma vez que partiam de uma aferição *ex post* do perigo da conduta do agente, entendiam que a perigosidade era definida pela causalidade²⁹, ou seja, por uma causa naturalística originária do efeito verificado: um modo arcaico com base na lógica de que todas as causas (uma ação humana) originam um efeito (a criação de um resultado desvalioso empiricamente verificável) e que, inversamente, todos os efeitos (resultados desvaliosos verificáveis) se devem a uma causa (à perigosidade intencional de uma conduta humana

25 VON BELLING, Ernest. *Esquema de derecho penal: La doctrina del delito-tipo*. Análises de Carlos M. de Elía. Libreria “el fuero”. Buenos Aires, 2002, p. 139.

26 Sobre o delito impossível: “ *A figura aparece nas hipóteses em que falta o objeto material do delito ou algum dos seus elementos essenciais (falta de tipo), vulgo o caso de tentativa de aborto de mulher não grávida, furto de coisa própria. (...) Nestes casos é impossível a realização e, por isso, a ação não é típica*”. Cfr. VON BELLING, Ernst. *Esquema del derecho (...) op. Cit.*, p. 143.

27 JESCHECK, Hans-Henrich/WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: parte general: volume II*. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5ª Edición, corregida y ampliada. Biblioteca Comares de ciencia jurídica. Granada, 2002, p. 551.

28 Assim se pode ler, nos dias que correm, na letra do art. 21º do CP.

29 “*Autores como Von Liszt, Beling, Radbruch, Jiménez de Asúa, Cuello Calón, Eduardo Novoa, concebem a ação como um movimento corporal, disposto pela vontade, que provoca uma mudança no mundo circundante. Esta alteração do mundo exterior produz-se conforme as leis físicas da causalidade. O movimiento corporal constitui-se como causa de um resultado, que se traduz numa mudança no mundo externo, perceptível pelos sentidos*.” Cfr. MONTT, Mario Garrido. *Derecho Penal: parte general, Tomo II: nociones fundamentales de la teoría del delito*. 3ª Edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2003, p. 31.

objetiva), que o direito penal deve considerar relevante³⁰. Contudo, ao adotarem esse mecanismo linear de aferição da perigosidade, acabam por não considerar a existência de condutas perigosas, relativas a bens jurídicos com dignidade penal, a partir de uma perspectiva *ex ante* à prática do fato.

Por tudo isso, reduziram o crime à noção de desvalor de resultado de teor meramente naturalístico, caindo no pragmaticismo radical de não considerar a perigosidade da ação, *v.g.*, nos casos de tentativa idónea – independentemente da não verificação do resultado, devido a uma causa exterior ao sistema volitivo do agente – como ofensiva a um bem jurídico-penal e, por conseguinte, cabível num conceito de desvalor de resultado de perigo (e não de dano ou lesão efetiva).

Partindo do supra mencionado, facilmente chegamos à conclusão de que a tentativa impossível por inexistência do objeto não era punida por estes objetivistas, uma vez que, além de não existir concretamente um resultado naturalisticamente desvalioso – que nunca existe em matéria de tentativa – não estaríamos, de igual modo, perante uma ação perigosa objetivamente capaz de produzir o resultado, pelo simples fato do objeto da ação ser inexistente no momento da averiguação do perigo.³¹

b) A teoria da falta de tipo

Ainda que os primeiros objetivistas aceitassem a punibilidade da tentativa, além do crime consumado, o seu pensamento seguiu o caminho de um radicalismo que propugnava a absolutização do princípio da legalidade. Nesse sentido, não faltaram autores que, na linha de

30 Nas palavras de PIEDECASAS os “causalistas, levados pela mão do determinismo, entendem que o único acessível ao conhecimento racional (científico) são os fatos perceptíveis experimentalmente, junto com a legalidade manifesta por eles. Fatos que, ainda que provenientes do mundo exterior, perceptível pelos sentidos, ou do mundo interior, de natureza psíquica. Tanto uns como outros se regem deterministicamente pela lei da causalidade.” Cfr. PIEDECASAS, José Ramón Serrano. *Fundamento de la punición en la tentativa (...) op cit.*, p. 524.

31 É de relevar, contudo, que a passagem para a averiguação da perigosidade do fato para um momento *ex ante* à prática do fato se deve, ainda, a VON LISZT. Cfr. PIEDECASAS, José Ramón. *Fundamento de la punición (...) ibidem*, p. 524.

uma lógica puramente silogística, vieram apontar a tentativa como um defeito na concretização do tipo e, conseqüentemente, como uma figura destinada a punir condutas atípicas.

Nesta linha de pensamento, tanto a tentativa impossível quanto a tentativa possível não deveriam ser punidas por falta de subsunção exata de um resultado (inexistente) no tipo penal que o previa, lembrando a rigidez de um positivismo de que o direito penal, por se destinar a uma sociedade historicamente situada, não se conseguira distanciar³².

Seguindo esta teoria, VON BURI defendeu que a tentativa se baseava unicamente no mero desvelar do processo causal, negando a existência de perigo até que tivesse lugar a consumação, que se consubstanciaria num elemento objetivo do tipo, argumentando que, até lá, o crime só existiria na cabeça do agente.³³

Em tom de crítica: se, por um lado, podemos dizer que na tentativa possível não há verificação do resultado devido a uma causa exterior à vontade do agente, entregando a não concretização do fato a um pensamento baseado no determinismo das leis naturais (que vão além das imperfeitas leis humanas) ou a um outro baseado em um mundo caótico de coincidências; por outro lado, não podemos deixar de referir que tem lugar um desvalor de resultado de perigo relativamente a um bem jurídico com dignidade penal. É, no nosso entendimento, esse desvalor de resultado – de perigo, e não de dano ou lesão efetiva, e, por isso, menos gravoso –, assente na perigosidade concreta a um bem jurídico protegido por um tipo na parte especial, que legitima a intervenção penal e gera a necessidade de pena, uma vez que origina uma quebra da primeira relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo, que assenta no dever de cuidado do eu para com o outro.

Nesta linha de pensamento, entendemos que a teoria que defende a tentativa como uma defeituosidade típica, ou simples atipicidade, cai completamente por terra aquando da catalogação da natureza jurídica da tentativa como um tipo de perigo concreto, previsto na

32 Os seguidores desta teoria objetivista da falta de tipo, de entre os quais se destacam FRANK e DOHNA, entendiam que não se deveria punir qualquer tentativa inidonea. *Cfr.* OLIVEIRA, Filomena J. Marques de. *A tentativa inidónea no actual código penal: sua inserção na problemática da tentativa e também sua incidência como desvio ao Princípio da Legalidade*. Livraria Petrony, Lisboa, 1991, p. 28.

33 VON HIPPEL acerca de VON BURI (com sarcasmo): “*Segundo VON BURI e o “Reichsgericht”, nenhum dos soldados que regressam à pátria estão sujeitos a um perigo. Eles criam que a pátria pensava o mesmo. Mas seria um erro subjectivo de toda a Alemanha! Em perigo só estiveram os que caíram, uma vez que o curso causal é objectivamente necessário e aquele que caiu com vida não corria perigo*”. VON HIPPEL *apud* LIFSCHITZ, ségio Politoff. *Los actos preparatorios del delito (...) op. Cit.*, p. 113.

parte geral e dotado de uma certa complexidade, por se encontrar incindivelmente ligado a um tipo penal protetor de um bem jurídico concreto, situado na parte especial.

Resumindo: ainda que os defensores desta teoria entendam que a tentativa mais não seja do que mera imperfeição típica – na medida em que defendem a absolutização do princípio da legalidade –, reduzem o direito penal ao pragmatismo de um desvalor de resultado unívoco, que comina na lesão efetiva do bem jurídico, não atribuindo relevância penal ao perigo e, menos ainda, ao desvalor da acção. Por outras palavras, esta perspectiva não atribuía qualquer relevância à figura da tentativa, independentemente de ser idónea ou inidónea.

1.4.2. As teorias subjetivistas

a) O subjetivismo tradicional

As teorias objetivistas mais radicais – que defendiam que a tentativa mais não era do que uma forma de atipicidade – despertaram na jurisprudência alemã uma necessidade de ruptura em defesa da relevância do desvalor de acção no âmbito penal.

Destarte, em um primeiro momento, defenderam que a tentativa era uma forma de cometimento do crime – ancorada na representação e volição do seu agente –, encontrando a raiz da sua ilicitude na ideia de um desvalor de acção que se consubstanciava numa contrariedade empiricamente demonstrável à própria ideia de Direito.³⁴

Secundariamente, podemos dizer que o subjetivismo tradicional surgiu através do desenvolvimento da jurisprudência do Imperial Tribunal Alemão, que começou a punir a mera representação ou *animus* do autor – gerando confusões e falta de univocidade jurisprudencial, na medida em que inexistia um critério normativo que definisse o início dos atos de execução–, o que fez com que a punibilidade da tentativa, baseada numa ilicitude ancorada no desvalor de

³⁴ De forma semelhante: MAURACH, Reinhart/ ZIPF, Heinz. *Derecho penal : parte general: volume II: formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994, p. 26.

ação³⁵, se alargasse à fase preparatória, originando uma expansão insustentável, desnecessária e injustificada do *ius puniendi* estatal.

Assim: se, por um lado, o simples fato desta perspectiva ter surgido através de um desenvolvimento jurisprudencial demonstra, *só de per si*, a construção de um esforço positivo no sentido de contrariar os absurdos do formalismo positivista, que apenas considerava o desvalor de resultado de lesão efetiva a um bem jurídico que se subsumisse, de forma exata, na descrição do tipo penal; por outro lado, não podemos deixar de mencionar que a jurisprudência se sentiu tentada a desempenhar as funções que caberiam à dogmática ou, até, a entrar no âmbito de competências do próprio legislador, violando o princípio da divisão de poderes – *maxime o nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* –, originando sentenças e acórdãos entregues às oscilações arbitrárias de um jurista decidente (ao invés de judicante), sofrendo influências metodológicas indubitáveis do Movimento do Direito Livre.³⁶

O subjetivismo tradicional fundamenta a punibilidade da tentativa – quer falemos da idónea ou da inidónea – no desvalor da intenção (devido à violação da norma), que é exteriorizado no momento da ação³⁷. Assim, caindo em uma lógica de 'lugares inversos' relativamente aos objetivistas da teoria da falta de tipo, começaram a retirar importância ao desvalor de resultado à medida que foram sobrevalorizando o desvalor da ação.³⁸ Como defendiam a punibilidade de toda e qualquer tentativa – idónea ou inidónea, possível ou impossível, real ou irreal –, as dúvidas nessa matéria resumiam-se ao plano do sujeito inidóneo, que a maioria da dogmática entendia não dever punir.³⁹

35 PIEDECASAS, José Ramón Serrano. *Fundamento de la punición (...) op. Cit.*, p. 227.

36 Entendemos que este subjetivismo sofreu influências metodológicas do Movimento do Direito Livre, com pontos em comum com a sua antecedente Jurisprudência dos Interesses, enquanto movimento de ruptura com o positivismo formal. Todavia, acabou por conduzir a decisões arbitrárias baseadas na voluntas no jurista decidente. Defendemos que, pelo contrário, aquele jurista deve realizar o direito através de um juízo em que “*intersubjetivize a sua subjetividade*”. BRONZE, Fernando José. *Lições de Introdução ao direito*. 2ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 795.

37 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: Parte geral (...) Op Cit.*, p. 689.

38 ZIELINSKY *apud* MAURACH, Reinhart/ ZIPF Heins. *Derecho penal: parte general: volume I: Teoría del derecho penal y estructura del hecho punible*, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994, p. 273.

39 Nas palavras de LIFSCHITZ, um exemplo muito explanado nas universidades alemãs era o caso de um jardineiro de uma universidade pública, que se achava funcionário público sem o ser. Numa operação que lhe encarregaram, aquele jardineiro quiz adquirir bolbos de flores num negócio com o irmão, por um preço inconveniente por ser acima do normal. Nestes termos o jardineiro não seria punido por tentativa de fraude, por ser um sujeito inidóneo. Sobre a inidoneidade do sujeito, WELZEL afirmava que, nos delitos especiais próprios, a norma dirige-se a um círculo determinado de pessoas. Assim, o erro nestes casos tratar-se-ia de um crime putativo

b) A teoria finalista da ação

HANS WELZEL, ao longo da década de 30 do século XX – inspirado na filosofia dos valores de SCHELER e HARTMANN e na filosofia de direito natural de PUFFENDORF –, concebeu a ordem jurídica como “*um poder espiritual que dá forma à vida do povo*”, defendendo que o direito penal deveria desempenhar um papel na proteção dos valores elementares de caráter ético-social e, só depois, se deveria dedicar à proteção de bens jurídicos⁴⁰.

Com um pensamento situado entre um conceito ideal de justiça e o plano da existência, defendia que a execução da conduta proibida pela norma contrariava a ética social, independentemente da colocação em perigo ou lesão efetiva de qualquer bem jurídico.

Aquele penalista apresentou uma solução coerente – a partir de uma fundamentação subjetiva do ilícito baseada no desvalor de ação – para o problema da tentativa: distanciou-se da ação como uma mera sucessão causal para a conceber como um acontecimento dirigido e dominado por uma vontade final, voltada para a consumação do fato. A ação humana encontrar-se-ia, desse modo, incindivelmente ligada a um acontecimento final, calculável devido a “*uma certa capacidade de previsão causal que o homem detém*”.⁴¹

(problematicidade que surgiu devido ao princípio da inversão do erro). Muito embora essa inversão do erro tenha sido ultrapassada, a dogmática alemã atual – com base na teoria da impersão – prima, maioritariamente, pela defesa da equiparação da inidoneidade do sujeito à inidoneidade do objeto. Assim, autores como SHÖNKE-SCHRÖDER, consideram a possibilidade de punir o sujeito mesmo quando ele seja inidóneo. Todavia, só nos casos em que a suposição errónea não se fundamente num dever especial sem uma relação interpessoal essencial para o ilícito. Cfr. LIFSCHITZ, Sérgio Politoff. Los actos preparatórios (...) *op. Cit.*, p. 122 e 123. No sentido de propor, *lege ferenda*, a punibilidade do sujeito inidóneo no sistema jurídico-penal português, vide: ALMEIDA COSTA, Inês Planas Raposo de. *A chamada tentativa inidónea por inaptidão do sujeito no contexto global do problema da tentativa em direito penal*. Dissertação apresentada no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, na área de especialização em ciências jurídico-criminais, sob a orientação do Professor Doutor António Pedro Nunes Caeiro. Coimbra 2011/2012.

⁴⁰ Cfr. LIFSCHITZ, Sérgio. *Ibidem*, p. 144.

⁴¹ WELZEL foi buscar o conteúdo da sua teoria da ação final a Aristóteles, passando por São Tomás de Aquino e Hegel, defendendo que o causalismo apenas surgira com o irromper das ciências mecânicas, altura em que a ciência penal passou a requerer requisitos de externalização da vontade do sujeito. Nas palavras de WELZEL, “*a acção humana é o exercício da atividade finalista. A ação humana é (...) um acontecimento finalista e não meramente causal. A finalidade ou atividade finalista da ação baseia-se no fato de o homem, na base do seu conhecimento causal, poder prever a escala de consequências possíveis da sua atividade, propor-se a bjetivos de distinta índole e dirigir a sua atividade segundo um plano tendente à satisfação dos seus objetivos.*” Cfr. WELZEL, Hans. *Teoria de la acción finalista*. Editorial depalma: Uruguai 4478 – Buenos Aires. Astrea: 1951, p. 18, 19 e 20; Sobre a crítica ao causalismo, vide: WELZEL, Hans. *Derecho Penal: parte general*. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Roque depalma editora. Buenos Aires, 1956, p. 45.

Destarte, a vontade do agente interferia com o poder espiritual constituinte da ordem jurídica e, por conseguinte, da ordem social, mesmo nos casos de tentativa inidónea por inexistência do objeto ou por inidoneidade do meio, justificando-se, assim, a sua punição.

WELZEL defendia que o sistema normativo se baseava num sistema de juízos de valor inexoravelmente ligados a efeitos sobre bens jurídicos, existindo juízos de valor primários – relativos aos sujeitos que visam lesionar esses mesmos bens jurídicos – e juízos de valor secundários – relativos às ações humana tendentes à concretização da vontade do agente na consumação –, desempenhando a norma de determinação um papel importante apenas nestes últimos juízos de valor.⁴²

Por outras palavras: podemos dizer que o injusto da tentativa se encontraria na ação final – que incidiria sobre o objeto material da ação –, ação essa que seria objeto de um juízo de valor (secundário) com base na norma de determinação. Assim sendo, a valoração da antijuridicidade dependeria do dolo da ação e, nessa linha de pensamento, tanto infringiria a proibição contida na norma de determinação a tentativa possível quanto a impossível.⁴³

Contudo, muito embora WELZEL tenha sido coerente na explicação do injusto da tentativa com base no desvalor da ação, a sua teoria acabou por não ser muito feliz pelo fato de não conseguir distinguir a tentativa possível da impossível, da mesma forma que acabou por não conseguir elaborar uma fronteira nítida entre tentativa e atos preparatórios.

Pelo fato de se basear unicamente no desvalor da ação e ter esvaziado completamente o conteúdo do desvalor do resultado – que passou a ser percebido como mero circunstancialismo, entregue às leis do determinismo ou do acaso, perdendo a devida significância ao ser inserido naquele primeiro desvalor –, passou a não distinguir aceitavelmente a tentativa da consumação, que considerava irrelevante por centrar a ilicitude na figura do desvalor da ação.⁴⁴

42 A norma de determinação teria como fim exclusivo a imposição de um juízo de valor secundário (a abstenção de ações consubstanciadoras de juízos de valor primários ofensivas a bens jurídicos). Cfr. PIEDECASA, José Ramón Serrano. *Fundamento de la punición (...) op cit.*, pp. 529 – 532.

43 No seguimento do pensamento de WELZEL, a tentativa deveria ser punida quando o autor inicie os atos de execução de uma “ação ético-socialmente intolerável”. Cfr. WELZEL, Hans. *Derecho Penal: parte general. (...) Op. Cit.*, p. 191.

44 Em tom crítico: “partindo da unidade objetivo-subjetiva da ação, Welzel e Hirsch entendem que o desvalor pessoal da ação é o desvalor geral de todos os delitos. Por sua vez, o desvalor do resultado não passa de um elemento accidental, eventualmente presente em certos delitos e ausente tanto na tentativa inidónea quanto nos

Essa incapacidade levou a que – deixando-se os campos da racionalidade teórica e abraçando a pragmaticidade da realidade quotidiana a que o direito penal se destina – se considerasse que a tentativa de homicídio e o homicídio fossem, do ponto de vista jurídico-penal, a mesma coisa. A distinção entre uma e outra figura encontrar-se-ia somente, consoante WELZEL, segundo um critério de intensidade na gradação de vontade, que seria mais débil na tentativa.⁴⁵

Além disso, uma vez que WELZEL baseou toda a teoria da infracção criminal no conceito de ação final (ligada à vontade do agente), a sua construção teórica não conseguiu ir além da explicação dos crimes dolosos, acabando por se esquecer da problematicidade dos crimes negligentes⁴⁶, em que não há manifestação de vontade – por parte do agente – no sentido de contrariar a proibição contida na norma.⁴⁷

Esta perspectiva atendeu a princípios éticos que se encontrariam vinculados ao *estado de natureza* de todas as coisas⁴⁸ e a princípios evolutivos do 'ser' ancorados na ética do absoluto, com o objetivo de moralizar, pelo exemplo, aqueles que entrassem nos caminhos desvirtuosos de uma ética individual(ista).⁴⁹

Todavia, as sociedades são edificadas por aglomerados de cidadãos imperfeitos. Uma imperfeição que se encontra na raiz da natureza humana e, nessa linha de pensamento, não entendemos que deva o direito penal dedicar-se a purificar vontades malévolas, que podem nem sequer vir a ser concretizadas. Entendemos que a evolução do sistema de valores do indivíduo,

casos de punibilidade adiantada (delitos de mera atividade e delitos de perigo abstrato)”. Cfr. MOURA, Bruno de Oliveira. *Desvalor da conduta e desvalor de resultado no ilícito penal: ao mesmo tempo, sobre o sentido de um injusto genuinamente “pessoal”*. In RULP, V. 3, A. 3 (3), p. 163.

45 “ A possibilidade de uma punição mais benigna da tentativa encerra o pensamento de que, no facto, que inicia a etapa da tentativa, a força delitual da vontade é, em princípio, mais débil do que na consumação do facto”. Cfr. WELZEL, Hans. *Derecho Penal: parte general. (...) Op. Cit.*, p. 192.

46 A verificação da representação do tipo levava a uma imputação objetiva, independentemente da inexistência de vontade, reveladora de necessidade de pena. Neste sentido: MAURACH, Reinhart/ ZIPF, Heinz. *Derecho penal: parte general: volume I (...) op cit.*, p. 273.

47 MOURA, Bruno de Oliveira. *Desvalor da conduta e desvalor de resultado (...)*, *Op. Cit.*, p. 163.

48 CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal (...) op. Cit.*, p. 213.

49 WELZEL e os seus seguidores acabaram por confundir o Direito com a ética e com a moral. Para uma distinção entre ambos, com base em alguns critérios (finalidade, exterioridade, heteronomia, coercibilidade, bilateralidade e legalidade), vide: MARQUES, Mário Reis. *Introdução (...)*, *op. Cit.*, p. 27 – 44.

enquanto pessoa, é algo que deve pertencer à sua esfera de determinação⁵⁰, consubstanciando-se num plano em que o *ius puniendi* estatal não se deve imiscuir, em nome da liberdade inerente ao princípio basilar da Dignidade da Pessoa Humana.

Apesar de ter conseguido deslocar o dolo para o tipo, tornando-o seu elemento subjetivo⁵¹, a subjetivização em excesso – baseada na importância inconcebível que atribuiu à vontade – acabou por lançar a pedra angular de um direito penal do ilícito pessoal⁵², uma vez que aquela vontade maléfica se encontraria profundamente enraizada na personalidade disfuncional do agente, levando o direito penal desempenhar uma função exorcizadora.

c) O direito penal da vontade

Como forma de desenvolvimento da teoria finalista da ação de WELZEL e da obra de MEZGER, surgiu, em 1939, uma decisão do *Reichsgericht* no sentido de que bastaria a existência de “*vontade criminosa*”⁵³ – elemento subjetivo único e suficiente – para que se punisse a tentativa inidónea por inexistência de objeto lançando, deste modo, as bases de um duvidoso direito penal do autor e deixando para trás as certezas do direito penal do fato e a importância da ofensividade, que se maximizava na consumação⁵⁴.

50 Incluindo-se, no nosso entendimento, nos preceitos constitucionais de “*livre desenvolvimento da personalidade*” (conforme consta no art. 26º, nº1 da CRP) e na “*liberdade de consciência*”, a que atende o art. 41º, nº1 da CRP.

51 Ainda hoje, quando se fala dos elementos subjetivos do tipo, a par dos elementos subjetivos *stricto sensu* (“aqueles que exigem uma determinada intenção por parte do agente do crime”), acaba por se falar nos elementos da *Gesinnung* (trazidos para o direito penal por Welzel), que se “*referem à atitude espiritual do agente perante o mundo, perante o direito*”. Cfr. COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais (...)*, op. Cit., p. 221.

52 WELZEL afirmava que, “*toda a ação com significância penal é uma unidade formada por elementos objetivos e subjetivos (do fato e da vontade); a sua concretização realiza-se de forma distinta: como comissão ou omissão, numa gradação distinta: como preparação, tentativa ou consumação. (...) ela está numa relação inseparável do seu autor, cuja personalidade, vontade e sentimento partilha com ela.*” Cfr. WELZEL, Hans. *Derecho Penal: parte general. (...)*, p. 35.

53 Nas palavras de WELZEL, “*a teoria mais antiga da vontade (MEZGER) reconduz a culpa consciente a um ato concreto de infração consciente do dever, a maior parte das vezes em um momento anterior à ação que causa a lesão do bem jurídico*” Cfr. WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Traducción e notas por José Cerezo Mir. 2ª Reimpressão. Júlio César Faira Editor. Montevideo – Buenos Aires, 2004, p. 150.

54 MEZGER foi o grande precursor do direito penal do autor, ainda que considerasse que teorizava nos domínios de um verdadeiro direito penal do fato. Escreveu, (com base no §1 do código penal alemão da altura), que “*o nosso direito penal é, fundamentalmente, um direito penal do fato e não um direito penal do autor.*” Cfr.

Acabou por se abraçar a tentativa como corolário do injusto penal: o perigo deixou de ser considerado relativamente ao fato e deslocou-se para os elementos internos da psique do agente, que passou a ser castigado pelo simples fato de ser considerado perigoso pelo Estado, independentemente de ter ou não praticado qualquer fato que colocasse em perigo ou lesasse um bem jurídico-penal.⁵⁵

Na origem do direito penal da vontade (do autor) encontrava-se uma luta contra aquilo que os subjetivistas consideravam como “*dogma tradicional dos bens jurídicos*” – que constituía o núcleo duro da teoria objetiva do ilícito penal – com base numa ideia de eticização necessária do direito penal.

Deste modo, com base nessa ideia de eticização, os seguidores desta perspectiva defenderam que se deveria punir o indivíduo por ser perigoso para a sociedade, e não pela perigosidade de um fato isolado que o sujeito efetivamente tenha cometido, chegando a cair no extremo de vislumbrar a *voluntas* do autor como uma forma de inimizade para com a ordem pública e a paz social, sendo irrelevante se os meios relativos à consumação eram ou não idóneos.⁵⁶

Os defensores deste subjetivismo acabaram por ver o seu pensamento rumar ao extremismo de um direito penal baseado na mera intenção do agente aquando da prática do fato: um campo de incertezas, em que qualquer saber metafísico não deixaria de se ver rodeado de dúvidas. E passou-se, assim, do radicalismo objetivista (que perdurara até aos anos 30 do séc. XX) para o extremo oposto de um radicalismo subjetivista, baseado na arbitrariedade interpretativa de um juiz – que não consegue ir além da sua subjetividade, num campo onde inexistiam critérios objetivo-normativos –, relativamente à representação de um agente que, inarredavelmente, subjetiviza uma realidade que anda longe de qualquer objetivação. E, tudo

MEZGER, Edmund. *Derecho penal: libro de estudio: parte general*. Editorial Bibliográfica da Argentina. Buenos Aires, 1958, p. 85.

55 Nas palavras de MEZGER: “*não se castiga alguém por ter cometido um fato punível, mas porque é uma pessoa socialmente perigosa, como se depreende do próprio fato que cometeu. Por isso, o fundamento verdadeiro da pena está situado na perigosidade da personalidade do autor.*” Cfr. MEZGER, Edmund. *Ibidem*, p. 86.

56 Nas palavras de JAKOBS, para o *Reichsgericht*, não se podia admitir dúvida alguma de que, na tentativa, era “*a vontade delitiva o fenómeno contra o qual se dirigia a lei penal*”, sendo consequente a sua punição devido a um dolo que se materializa numa “*ação externa*”. Todavia, o autor critica por a ação externa não ser entendida, em si mesma, a partir da sua relevância social e de dende que “*o questionamento do interno só está permitido para a interpretação de fenómenos externos que são já, e em todo o caso, perturbadores.*” Cfr. JAKOBS, Günther. *Criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico*. In *Estudios de derecho penal*. UAM Ediciones: Edit, civitas, Madrid, 1997, pp. 300 e 302.

isto, promoveu o surgimento de novos problemas, designadamente, a envolver a inversão entre a tentativa impossível e o erro sobre as circunstâncias do fato, naquela que ficou conhecida como teoria do “*erro ao revés*”.

A teoria do “erro ao revés” do *Reichsgericht* acabou por gerar decisões extraordinárias em matéria de tentativa, como *v.g.*, a condenação de uma senhora por aborto, pelo simples fato de, achando estar grávida, ter ingerido torrões de açúcar com *animus necandi* relativamente ao feto que sequer existia. A argumentação do Tribunal foi no sentido de que, da mesma forma que 'desconhecer' e 'não querer' as circunstâncias do fato presentes no tipo excluem o dolo – situação de erro sobre as circunstâncias do fato –, segundo um princípio de inversão, 'conhecer' e 'querer' a produção de um fato ilícito-típico, fundamentaria a sua punibilidade, com base na vontade, ainda que não existisse objeto ou que o meio se revelasse inidóneo⁵⁷⁻⁵⁸⁻⁵⁹.

57 Deste modo, seria punida a tentativa impossível de homicídio relativamente a um cadáver. Nesta temática faz-se muitas vezes alusão a um caso citado por MEZGER e comentado por GÜNTER SPENDEL, relativo ao caso de um homem ariano, que mantinha relações sexuais com uma moça, também ariana, mas que ele cria equivocadamente que era judia. O tribunal alemão castigou-o por tentativa de desonra à raça. Segundo MAURACH/ GÖSSEL/ ZIPF, “*não foi esta uma mera concessão aos sentimentos da época, que não mereciam consideração, mas uma acertada contribuição construtiva para a teoria da tentativa*”. Este é só um exemplo aos abusos a que conduziu ao subjetivismo em excesso, a par do direito penal do autor, que se encontra intimamente ligado ao nacional socialismo e aos estados policiais. *Cfr.* LIFSCHITZ, Sérgio Politoff. *Los actos preparatorios (...) op. Cit.*, p. 114 e 116.

58 MAURACH/ GÖSSEL /ZIPF defendem que o que acontece nas situações de erro sobre as circunstâncias do fato é uma representação errónea dos elementos do tipo, por parte do agente. Quem apontou a existência de uma representação errónea da realidade foi SPENDEL e HERZBERG, todavia remetiam essa representação errónea unicamente para os referidos elementos do tipo (não atendendo ao fato de que o que acontece, no nosso entendimento, nas situações de tentativa impossível é uma representação errónea da realidade com base, não nos elementos do tipo, mas das especificidades do caso concreto). Assim, podemos dizer que MAURACH não concorda com a punibilidade da tentativa a partir da lógica de inversão do erro. Segundo vários autores, incluindo BINDING, semelhante conclusão inversa não permite resolver todos os problemas relacionados com o erro. Existe, todavia, com base no pensamento de SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESSER, uma coincidência fundamental entre a essência da tentativa e uma manifestação delitiva com um déficit no tipo objetivo. MAURACH defende que existe tentativa sempre que existe uma aparência de perigo *ex ante*, independentemente de haver bem jurídico ou não. Adita ainda que quando o autor faz uma representação errónea de elementos normativos do tipo, em seu prejuízo, não estamos perante tentativa mas, antes, perante um crime impossível (erro de subsunção em prejuízo do autor, mas sem consequências jurídico-penais). *Cfr.* MAURACH, Reinhart / ZIPF, Heinz. *Derecho Penal: parte general: volume I (...) op cit.*, p. 19.

59 Um caso clássico que é dado como exemplo nas universidades alemãs: um ladrão, que tinha convencido os seus amigos (coautores) a usarem armas de fogo caso houvesse algum de risco de perseguição, foi atingido por uma bala saída da arma de um dos seus cúmplices, que o supuseram erroneamente como perseguidor. Aque senhor poderia ser punido por tentativa impossível de homicídio contra si mesmo. E, nessa linha, o coautor que cometeu o disparo teria cometido uma tentativa possível de homicídio, com um irrelevante *error in persona*. Os excessos de subjetivismo levaram ao absurdo de o Tribunal Alemão entender que a vítima do disparo pode ser condenada, como coautora do homicídio tentado. Uma parte da dogmática alemã pronunciou-se contra aquela decisão, por entenderem que o princípio da inversão do erro aplicado à tentativa impossível acaba por se traduzir numa ‘*analogia in malam partem*’. Ou seja, o erro que daria azo a impunidade por falta de dolo (*bonam partem*), a

Esta perspectiva acabou por trazer à tona as debilidades sistemáticas da teoria de MEZGER que, na linha de WELZEL, desconsiderou por completo o desvalor de resultado, ao mesmo tempo que se aventurou na formulação de juízos de valor acerca da vontade que subjazia a intenção criminosa, considerando-o dentro do desvalor de ação.⁶⁰ Por esse motivo, acabou por originar consequências inadmissíveis, sob um ponto de vista político-criminal – por considerar a vontade delitiva como o cerne da ilicitude –, ao punir, além da tentativa impossível, toda a tentativa irreal, baseada em um qualquer devaneio maléfico.

Em jeito de conclusão, resta dizer que nos parece indefensável que se baseie o cerne da ilicitude penal na averiguação (subjativa) da volição do agente no momento imediatamente antecedente à prática do fato ou, menos defensável ainda, que uma mera vontade isolada de cometer um crime constitua já uma espécie de presunção inelidível de perigosidade.

Defendemos que, ainda que “*não existam fatos puros*”⁶¹, o direito penal não se deve aventurar em planos absolutamente hipotéticos (e, tantas vezes, irreais) devendo, pelo contrário, não perder de vista a certeza em que se encontra ancorado princípio da ofensividade – relativamente a bens jurídicos com dignidade penal, enquanto corolário do princípio da intervenção penal enquanto *última ratio* – e ao próprio Estado Democrático de Direito.

Após a queda do nacional-socialismo nazi, esta teoria foi considerada uma forma de imposição da vontade (inegavelmente corroborada *a posteriori*) dos líderes daquele partido, através de uma subversão estratégica da política criminal.⁶²

contrario sensu, quando haja dolo e não se verifique o resultado (pela crença num elemento fático inexistente) originaria a punição do agente (*malam partem*). LIFSCHITZ, Sérgio Politoff. *Los actos preparatorios (...) op. Cit.* p. 119, nota 276.

60 KAUFMANN e ZIELINSKY defendiam que o injusto se esgotava no simples desvalor da ação, acabando por gerar uma comparação do delito tentado com o delito consumado. Assim, se o direito penal desse atenção apenas ao desvalor da ação em prol do resultado (que passaria a ser concebido meramente como uma condição objetiva de punibilidade, como consideraram WELZEL e o seu seguidor ARAMIN KAUFMAN), isso originaria a alteração dos crimes de resultado para crimes de perigo. Neste sentido, *vide*: MAURACH, Reinhart/ ZIPF, Heinz. *Derecho penal: parte general: volume I (...) op. Cit.*, p. 272.

61 “*Não há fatos puros*” uma vez que são sempre “*vistos e valorados à luz de uma pré-compreensão*”. *Cfr.* COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais (...) op Cit.*, p, 188.

62 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger e el derecho penal de su tiempo: estudios sobre el Derecho Penal en el nacionalsocialismo*. 4ª Edición, revisada e ampliada. Tirant lo blach. Valencia, 2003, p. 33.

1.4.3. As teorias mitigadas

a) A teoria da impressão

A teoria da impressão⁶³ surgiu no seguimento do pensamento dos subjetivistas alemães, como forma de compatibilizar a punibilidade da tentativa – alicerçada na ilicitude material do desvalor da ação – com os imperativos objetivistas próprios de um Estado Democrático de Direito, através do vislumbre do início dos atos de execução como manifestação externalizada da vontade do agente, que vem perturbar a confiança da coletividade na vigência da norma.⁶⁴ Fundamentaram, assim, a punibilidade da tentativa inidónea com base na quebra do imperativo contido na norma e, por conseguinte, em necessidades de prevenção geral positiva.⁶⁵

Além do exposto, esta teoria resultou do cruzamento da teoria finalista com a teoria da ação social, dado que os seus seguidores vêem a ação como “*um processo humano interno de decisão*” e, simultaneamente, como “*um acontecimento social com consequências para o meio*” em que se desenrola.

Nesta linha de pensamento, a tentativa seria entendida como uma espécie de crime de perigo abstrato, previsto na parte geral, com o intuito de proteger a confiança na vigência de uma norma situada na parte especial – protetora de um bem jurídico-penal –, tendo lugar a imputação devido à colocação em marcha do nexos causal. Assim, o perigo deveria ser averiguado *ex ante*, segundo o critério de um observador médio, ficando o juízo de idoneidade para ser elaborado *ex post*, segundo as leis científicas conhecidas.

63 A teoria da impressão foi criada por HORN e desenvolvida por VON BAR, sendo defendida pela maioria da dogmática alemã. Neste sentido, FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: parte geral (...). op cit.*, p. 691, nota 7.

64 Nesse sentido: JESCHECK, Hans-Henrich / WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: parte general: volume II*. 5ª Edição Renovada e ampliada. Granada, Comares, 2002, p. 552.

65 Acerca de um direito penal alicerçado nas teorias de prevenção geral positiva, que descreve como 'racional', NAUKE menciona que a racionalidade do direito penal, que marca a ilustração dos novos tempos, traduz-se na determinação das suas finalidades e dos seus meios (...) e que. “*quem pode dispor sobre as finalidades, dispõe dos seus meios*”. Cfr. NAUKE, Wolfgang. *Prevención general y derechos fundamentales de la persona*. In Principales problemas de la prevención general. Editorial B de F. Buenos Aires, 2004, p. 21.

Não obstante o supra mencionado, a necessidade de objetivização que trouxera para a tentativa o critério objetivo do início da execução, levou a que se revisse a antiga questão entre a tentativa inidónea e o erro sobre as circunstâncias do fato. Apesar das inúmeras críticas à teoria jurisprudencial do erro ao revés – que muitos penalistas consideraram uma aplicação da analogia *in malam partem* –, a dogmática alemã entendeu que deveria continuar a punir-se a tentativa inidónea, com base na representação que o agente tenha tido no momento da prática do fato e na impressão de perigosidade que tenha causado na sociedade.

Por outras palavras: podemos dizer que – ainda que o juízo de idoneidade fosse efetuado *ex post* e, v.g., se viesse a comprovar, sem margem de dúvidas, que não existia objeto – com base na mera representação subjetiva do agente, considerada perigosa *ex ante* (ou numa impressão de perigosidade que o sujeito causou no meio social no momento da prática do facto), fundamentar-se-ia a necessidade de pena.

Se, por um lado, esta teoria constituiu um avanço no sentido de abandonar os excessos do subjetivismo com a exclusão da punição da tentativa irreal⁶⁶ ou a possibilidade de não aplicar pena aos casos em que, por inidoneidade do meio ou inexistência do objeto, o agente não se tenha dado conta de que não poderia chegar à consumação; por outro lado, apresenta inúmeras debilidades, designadamente por não conseguir elaborar uma distinção nítida entre atos preparatórios e executórios, sem dar azo a flutuações jurisprudenciais na dirimição dos casos concretos, com base na impressão social do meio em que deflagrou o fato.

Entendemos que, por basearem a punibilidade da tentativa impossível na quebra da vigência da norma e na impressão social que a ação desvaliosa gerou no meio social, deixam denotar resquícios do subjetivismo mais radical. Cremos que, no fundo, o juízo de perigosidade que ligam à ideia de impressão (social) nos remete ao agente, dado que não existe, no caso da tentativa impossível por ausência do objeto, qualquer bem jurídico a proteger, ou seja, a punibilidade com base na impressão social acaba por não ser mais do que uma forma eufemística de disfarçar notas de um verdadeiro direito penal do agente.

Parece-nos irónico, ainda, que defendam as teorias da prevenção geral positiva, quando não conseguimos vislumbrar, naquele exemplo, outra finalidade que não seja a de

66 Que levaria v.g., à punibilidade da tentativa de ofensa à integridade física por embruxamento.

prevenção especial negativa – no sentido da exclusão social do agente –, pelo simples fato de ter causado uma impressão negativa no meio em que se iniciou a prática do fato.

Além disso, como se bastam com o desvalor de ação derivado da violação da vigência da norma – não sendo decisiva a ausência do desvalor de resultado –, a atenuação da pena aplicável em caso de tentativa impossível por inexistência do objeto torna-se meramente facultativa⁶⁷, o que nos parece criticável e revelador da falta de atendibilidade a um juízo de proporcionalidade (incindivelmente ligada à ideia de justiça).

Na linha do supra mencionado, entendemos que esta teoria ainda não atinge a objetividade necessária, uma vez que conduz a flutuações – na realização judicativo-decisória do direito – derivadas da impressão que a sociedade tenha formado acerca do agente no momento da prática do fato. E uma impressão é sempre uma ideia vaga, mais próxima do plano da ilusão do que da verdade.

Esta perspectiva foi adotada pelo legislador alemão (no § 22 e no § 23 do StGB) e pelo legislador português (no art. 23º, nº. 3 do CP), não sendo, todavia, unânime.⁶⁸

b) O objetivismo mitigado italiano

Enquanto que na tradicional teoria da impressão a ilícitude da tentativa se encontra na quebra da vigência da norma, nesta perspectiva encontra-se, pelo contrário, na colocação em perigo de um bem jurídico com dignidade penal.⁶⁹ É a teoria com mais aceitação pela dogmática italiana.

67 A atenuação especial da pena é meramente facultativa na Alemanha. Pelo contrário, em Portugal, a atenuação especial é obrigatória. Neste sentido, *vide*: LIFSCHITZ, Sérgio Politoff. *Los actos preparatorios (...) op. Cit.*, p. 118 e art. 23º do CP.

68 Não punibilidade da qual o Brasil é exemplo paradigmático. Assim, pode ler-se no art. 17º do CPB que "*não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.*"

69 Mantovani defende que, a partir da lógica de um "*sistema penale oggettivo*", voltado para a lesão efetiva do interesse tutelado, o instituto da tentativa não alcança reconhecimento. O mesmo autor sustenta que o direito penal foi sempre voltado para um teor objetivista, tendo o objetivismo nascido com influências do cristianismo. *Cfr.* MANTOVANI, Ferrando. *Principi di diritto penale (...) op. Cit.*, p. 220 e 221.

Assim, como o sistema jurídico-penal italiano se centra no desvalor de resultado como corolário do princípio da ofensividade, a tentativa teria a natureza de um crime de perigo concreto e isso conduziu o legislador daquele país a excluir a punibilidade da tentativa impossível por inexistência do objeto, conforme consta no art. 49º, nº. 1 do CPI.⁷⁰

Destarte, não surgiram problemas quanto ao fundamento da punibilidade da tentativa idónea ou possível, que se basearia na existência de um desvalor de resultado derivado da colocação em perigo concreto de um bem jurídico-penal, previsto na parte especial (abandonando a noção de um desvalor de resultado de pendor unicamente naturalístico, como era defendida nos primórdios do objetivismo).

Todavia, embora a tentativa inidónea não fosse punível quando não existisse objeto ou quando não pudesse ter lugar qualquer desvalor de resultado, surgiram dúvidas interpretativas acerca da aferição da idoneidade ou inidoneidade da tentativa. Por esse motivo, a dogmática adotou um critério objetivo para aferição da perigosidade, *ex ante*, de prognose póstuma.

Naqueles termos, a averiguação da idoneidade ou inidoneidade da tentativa deveria remeter o jurista judicante ao momento em que a ação estava para ser executada, tendo em conta as circunstâncias concretas e os conhecimentos que estavam ao alcance do seu agente para, a partir daí, poder formular um juízo de adequação entre a representação do agente, a sua volição e o resultado naturalístico que se produziu (ainda que possa não haver um desvalor de resultado de perigo ou de lesão efetiva).⁷¹

Esse critério resolveu a maioria dos problemas que mediavam os juízos de idoneidade ou inidoneidade. Contudo, ainda que a lei fosse explícita e aparentemente unívoca no sentido da não punibilidade da tentativa impossível por inexistência do objeto, acabaram por surgir – quer através da dogmática, quer através da jurisprudência – dúvidas interpretativas relativas à

70 O art. 49º, nº 2 do CPI afirma que “*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*”.

71 V.g., se o agente soubesse que a vítima era diabética e a fizesse beber água com açúcar esse acto poderia constituir tentativa idónea de homicídio, encontrando-se o fundamento da punibilidade na perigosidade concreta relativa ao bem jurídico vida humana. Neste sentido: DEL PINO, Luigi. *Diritto Penale: Parte Generale*. Nápoles. 1998, p. 355.

inexistência ou ausência do objeto ou quanto à distinção entre a sua inexistência efetiva ou relativa, sendo que só existiria, de fato, uma tentativa impossível naquele primeiro caso⁷².

Os críticos desta concepção procuraram defender que a perigosidade se encontra na quebra da confiança na vigência da norma e na impressão negativa que o início da execução do fato gera no meio social (teoria da impressão) – e não em qualquer ofensividade concreta – tentando expandir o *ius puniendi* estatal através da figura da tentativa ancorada a uma ideia de ilicitude imbricada no desvalor da ação.

Não obstante o supra mencionado, sustentamos que o cerne da relevância da tentativa reside na concreta colocação em perigo de um bem jurídico, do mesmo modo que defendemos que o direito penal não se deve basear em impressões onde se devaneiam subjetividades ultrasensíveis. Entendemos que deve, aquele direito, vincular-se a um campo de certezas que só se alcança no plano da concreticidade em que o perigo deflagra. Só assim nos afastamos de um direito penal assente nas flutuações de humor ou das sensibilidades mais moralistas do meio social em que o fato se produziu sem, todavia, se consumir⁷³.

c) A teoria normativo-funcional

A perspectiva normativo-funcional surgiu como tentativa de sistematização atemporal do direito penal, entrando em quebra metodológica com as concepções tradicionais. Como pode demonstrar uma análise linguística do nome que lhe dá forma, alicerça-se numa visão do direito penal dirigida à garantia da identidade normativa e da protecção da sociedade através de uma utilização funcional da política criminal.

Nas palavras de KINDHÄUSER, “*o fato punível é a contradição de uma norma*” sendo que a contradição da norma equivale como uma espécie de negação da sua vigência. O

72 BETTIOL dá o exemplo do disparo contra uma pessoa morta como caso de inexistência absoluta ou o caso em que alguém dispara contra a cama pensando que a pessoa se encontra lá e ela tinha ido à cozinha beber água. Dá o exemplo da inexistência relativa no caso em que alguém tenta furtar uma carteira de outrem, que se encontrava no seu bolso direito e aquele colocou a mão no bolso esquerdo. *Cfr.* LIFSCHITZ, Sergio Politoff. *Los actos preparatórios (...), op cit.*, p. 127.

73 VON HIPPEL também defendeu que o cerne da punibilidade da tentativa residia no perigo concreto de realização do tipo delitivo. *Cfr.* LIFSCHITZ, Sergio Politoff. *Ibidem*, pp. 108 e 110.

mesmo autor entende que a finalidade da punição da tentativa não se pode encontrar na proteção de bens jurídicos em concreto. Defende que “*a quebra da norma faz com que ela perca a sua função social, levando a sociedade a não saber o que é certo e o que é errado*” e que a sua validade “*é um fato social*”.⁷⁴

Para JAKOBS, a tentativa é “*uma infração normativa deliberadamente manifesta e próxima ao tipo*”, que implica um dano na vigência da norma e não uma lesão efetiva ao bem jurídico, constituindo o fundamento da sua punibilidade o mesmo fundamento da punibilidade do crime consumado. Não obstante, JAKOBS defende a existência de uma culpabilidade mais completa quando exista quebra efetiva da norma.⁷⁵

Deste modo, ainda que aquele autor tenha elaborado um conceito de culpa para a tentativa – que se consubstanciaria na “*imputação de um desejo volitivo entendido como um déficit de vontade ou de motivação fiel ao direito*” – distinto do conceito de culpa para o crime consumado – que se consubstanciaria na “*lesão efetiva do objeto do bem jurídico*” –, a distinção parece-nos controversa e incongruente, uma vez que o mesmo autor repudia a teoria do bem jurídico como fundamento do ilícito ao basear, exclusivamente, a responsabilidade criminal na violação de um imperativo jurídico de dever.⁷⁶

Além dos autores mencionados, para CLAUS ROXIN, o fundamento da punibilidade da tentativa encontra-se “*na exigência geral ou especial-preventiva da pena, que em regra deriva do perigo doloso chegado ao tipo, mas excepcionalmente também de uma violação juridicamente perturbadora da norma*”.⁷⁷ O mesmo autor defende – com base na sua “*nova teoria da perigosidade*” – que toda a tentativa perigosa, a partir de uma aferição *ex ante*, e que

74 KINDHÄUSER, Urs. *La lógica de la construcción del delito*. Traducción de Juan Pablo Mañalich R. Texto distribuido por Taller de Ciencias Penales de la UNMSM en el seminario realizado con la participación del Prof. Urs Kindhäuser del 23 al 25 setiembre 2009. Acedido, pela última vez em 14/09/2014, em: <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20090918_02.pdf>.

75 Cfr. JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, 1995, p. 863. O normativismo radical de JAKOBS veio opor-se radicalmente ao ontologismo de WELZEL. Aquele autor “*seguindo LUHMANN, contempla o direito como un sistema normativo fechado, autorreferente, e limita a dogmática jurídico-penal à análise normativo-funcional do direito positivo*.” Para uma melhor compreensão do normativismo de JAKOBS, vide: MIR PUIG, Santiago. *Limites del normativismo en Derecho Penal*. *Op Cit.*, p. 199.

76 SANCINETTI critica JAKOBS afirmando que ao criar aquelas disquisições esconde uma profunda contradição, que se traduz no repúdio com carácter geral da teoria do bem jurídico como fundamento do ilícito mas, ao mesmo tempo, admite que para que o ilícito esteja completo deve dar-se a lesão efetiva de um bem jurídico. Cfr. PIEDECASAS, José Ramón Serrano. *Fundamento de la punición (...) op. Cit.*, p. 521.

77 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Derecho Penal (...) op. Cit.*, p. 692;

ultrapasse o risco permitido, deve originar a imputação objetiva.⁷⁸ Nessa mesma linha de pensamento, defende a punibilidade das tentativas inidóneas que considera perigosas, afastando somente a punibilidade das tentativas irreais ou supersticiosas.⁷⁹

No geral, os seguidores desta perspectiva afastam-se do subjetivismo pelo fato de defenderem a necessidade de externalização da vontade de violação do imperativo contido na norma – como momento objetivizador da vontade –, todavia, reduzem a culpabilidade ao resultado do mero juízo de imputação, não a vendo como um juízo de censurabilidade relativo à conduta do agente, que poderia e deveria ter agido de outra forma.⁸⁰

Destarte, podemos dizer que o desvalor da ação continua a constituir a base do ilícito – em prol da escassa relevância atribuída ao desvalor de resultado – uma vez que a lesão do bem jurídico se dá com a violação da norma. Por outras palavras: a quebra da vigência da norma bastar-se-ia como fundamento da necessidade de pena, uma vez que se excederia o risco permitido, originando uma imputação objetiva e abrindo a hipótese de punibilidade da tentativa impossível, por inexistência do objeto, por dolo eventual.⁸¹

Com base em abstrações sistémicas, criticaram quer o causalismo quer o finalismo⁸², por considerarem não atender à perspectiva social.⁸³ Contudo, ao propugnarem pela defensibilidade de uma sistematização abstrata do direito penal, acabaram por cair na ironia de

78 ROXIN, Claus. *Acerca de la punibilidad de la tentativa inidónea*. In Acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Acedido, pela última vez a 14/09/2014, em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/9/cnt/cnt10.pdf>>, p. 293.

79 ROXIN defende a não punibilidade da tentativa supersticiosa – aquilo que catalogamos como tentativa irreal – defendendo a aplicação do §23º III e considerando uma isenção obrigatória de pena. Dá o exemplo que já era dado por WELZEL: se alguém disser, irritado com outrém, que deveria morrer com a queda de um raio, se o raio lhe cair em cima passados alguns segundos, não deveria ser punido com base na vontade de matar. ROXIN remata que nesse caso, inexistente dolo e que o perigo imaginário (criado pelo autor) não tem dimensão suficiente para que tenha lugar uma imputação objetiva. Cfr. ROXIN, Claus. *Ibidem*, p. 300.

80 “A culpa representa a censura que se faz ao agente quando ele agiu de uma determinada maneira e podia e devia ter agido de outra forma”. Cfr. COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais (...) op. Cit.*, p. 225.

81 A recusa da punibilidade da tentativa por dolo eventual será explanada mais à frente nesta dissertação. Entendemos tratar-se de um alargamento excessivo de uma tutela penal que já é antecipada pela figura da tentativa.

82 Em tom de crítica ao finalismo de WELZEL, alimentando as suas debilidades, ROXIN, atende também aos seus méritos. Vide, ROXIN, Claus. *Finalismo: um balanço entre seus méritos e deficiências*. In RBCCrim, nº 65, 2007, pp. 9 – 25. Em sentido contrário, rebatendo as críticas que se fazem ao finalismo: HIRSCH, Hans Joachim. *Acerca de la crítica al “finalismo”*. In RBCCrim, nº 65, 2007, pp. 77 – 105.

83 A crítica ao finalismo surgiu do desenvolvimento de correntes filosóficas hermenêuticas e analíticas que vieram negar a pretensão de captar 'essências' própria do ontologismo, ao mesmo tempo que se começaram a desenvolver filosofias da linguagem. Neste sentido, vide: MIR PUIG, Santiago. *Limites del normativismo en Dercho Penal*. *Ob Cit.*, p. 206 – 207.

não olhar para a realidade social a que tanto queriam atender. A abstração absolutizou-se ao ponto de poder ser comparada com o normativismo (positivista) de *KELSEN*, que “*expulsara da ciência penal toda a consideração valorativa*”⁸⁴.

Com base nesta teoria, pune-se a tentativa inidónea por ausência do objeto unicamente com base na violação do imperativo contido na norma, independentemente de não haver qualquer bem jurídico a que o direito penal deva lançar a sua finalidade protetora. Por outras palavras, podemos dizer que o fundamento da punibilidade da tentativa impossível se baseia, aqui, numa mera questão de política criminal: que vicia a realidade à luz de imperativos abstratos, não atendendo às especificidade dos casos concretos; que prescinde da culpa em prol de juízos de imputabilidade objetiva, que tornam o jurista judicante num mero autómato, lembrando os tempos em que não era mais do que “*la bouche de la loi*”; que, esquecendo que inexistente bem jurídico – *quid* que atribuiu validade à norma –, pune a mera quebra da sua vigência, enquanto tal, e a título de exemplo, para regular ou normalizar os fluxos sociais e impor juízos éticos de dever ser.

Podemos dizer, em termos gerais, que a perspectiva normativo-funcional da tentativa pretendeu – através de uma funcionalização sistémica ancorada na proteção da confiança na norma e na mera política criminal – tornar o direito penal uma ciência autossuficiente, esquecendo a sua natural fragmentariedade e conduzindo a uma inevitável “*argumentação tautológico-circular*”.⁸⁵

84 O normativismo de *KELSEN* era o “*exemplo mais acabado de um normativismo de autorracionalidade por consistência, e consistência axiomáticamente dedutiva por referência a uma Grundnorm*”. Cfr. *CASTANHEIRA NEVES, A. Teoria do Direito. Lições proferidas no ano lectivo de 1998/1999*. Universidade de Coimbra, 1998, p. 44.

85 Cfr. *PIEDCASAS, José Ramón Serrano. Fundamento de la punición en la tentativa (...) op. Cit.*, pp. 535 – 543. Sobre a necessidade de construção sistemática do direito penal e em tom de crítica aos sistemas fundados no ontologismo: *ROXIN, Claus. Reflexões sobre a construção sistemática do direito penal. In RBCCrim*, nº 82, 2010, p. 25 – 47. Em tom de crítica às concepções funcionais, podemos utilizar as palavras de *CASTANHEIRA NEVES* para criticar esta concepção: “*o objetivo é de convocar o pensamento jurídico (encarne ele no legislador, no juiz ou no jurista em geral) para a preparação ou a definição, através do direito, de soluções socialmente mais convenientes – não as soluções axiológico-normativamente válidas e normativamente fundadas e sim as soluções finalístico-programaticamente adequadas ou eficazes – no pressuposto de uma básica preferência pela pragmática utilidade (e a sua racional eficiência) relativamente à axiológica justiça (e a sua apelativa normatividade) ou da performance relativamente à validade – o técnico-sociologismo é sempre um utilitarismo.*” Cfr. *NEVES, A. Castanheira. Metodologia Jurídica: problemas fundamentais*. Studia iuridica I. Separata do BFDUC. Coimbra, Coimbra editora, 2013, p. 55 e 56.

Parece-nos de apontar, ainda, a linha muito ténue que separa as finalidades de prevenção geral positiva – que se baseiam na proteção da vigência da norma – das teorias de prevenção geral negativa, que se baseiam na punição pelo exemplo, através da instigação do medo.

A solução que esta perspectiva atribui à tentativa impossível por inexistência do objeto soa-nos assustadora: pune-a com base numa racionalidade abstrata, baseada numa espécie de lógica linear, funcionalizando o agente à ideia de reposição da vigência da norma, esquecendo que a pessoa é um fim em si mesmo e não um meio para atingir fins.⁸⁶

Em jeito de conclusão, entendemos que esta deificação da política criminal acaba por ser incongruente com a atendibilidade à perspectiva social que tanto preconizam. E a incongruência nasce do fato de a realidade ser sempre mais fértil do que o âmbito meramente literal que a norma abarca. É precisamente por isso que propugnamos pela atendibilidade ao *telos* que se encontra na sua origem, até porque a norma, reduzida ao seu elemento literal, é naturalmente limitada. Ademais, conduz a uma maximização do *ius puniendi* estatal que atenta a “*ordem de liberdade*” que entendemos que o direito penal deve ser.

Parece-nos, por isso, que esta teoria padece das vicissitudes formais de um contexto excessivamente funcionalista, que atende ao *texto-norma* sem equacionar os valores essenciais ao modo de vida em sociedade, que lhe estão subjacentes, e que constituem o *telos* da *norma-texto*⁸⁷.

86 Neste sentido, CASTANHEIRA NEVES, A. *O princípio da legalidade criminal*. In *Digesta I*, pp. 414 – 416.

87 Para uma melhor compreensão dos conceitos de *texto-norma* e *norma-texto*, vide, COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais (...)*, *op cit.*, pp. 146 – 148.

CAPÍTULO II – ENTRE A POSSIBILIDADE E A IMPOSSIBILIDADE DA TENTATIVA: DISTINÇÕES CONCEITUAIS

1. 1. A tentativa

Após termos percorrido a evolução do fundamento da punibilidade da tentativa ao longo dos tempos, podemos mencionar que, de um primeiro momento em que mal existia um conceito de tentativa, passamos para um tempo em que se efetuam distinções com base nos mais inaparentes pormenores casuísticos.

Passou-se, assim, a distinguir a tentativa possível da impossível: dentro das tentativas possíveis delineou-se a fronteira entre as tentativas acabadas e as inacabadas; no âmbito das impossíveis, autonomizaram-se as inidóneas por inexistência do objeto e aquelas em que a inidoneidade provém do meio, sendo discutível entre nós, ainda, a figura da tentativa por sujeito inidóneo.

Não obstante, não podemos realizar aquelas distinções sem perceber alguns pressupostos ou premissas que nos encaminham no sentido ou rumo que queremos percorrer.

1.1. A tentativa a partir da norma penal como norma de valoração

Em primeiro lugar, e de forma simples, cabe-nos responder às seguintes questões: o que é a tentativa? Qual a sua relevância jurídico-penal? Todavia, a resposta conclusiva a essas perguntas varia consoante as premissas que se adotem *ab initio*. É nessa linha de pensamento que, como ponto de partida, explanamos a nossa visão da norma penal como norma de valoração.⁸⁸

⁸⁸ Em sentido divergente: ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte geral, tomo I: fundamentos: la estructura de la teoria del delito*. Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 323. O autor sustenta que o juízo de desvalor se encontra na realização antijurídica do tipo. Também: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal (...) op. Cit.*, p. 266; KAUFMANN, Aramin. *Teoria de las normas. (...) op. Cit.*, p. 68; MATEOS, José Carlos González. *Esencia de la norma penal y antijuridicidad de la tentativa*. In AFDUE. N° 18, 2000, p. 189 – 190.

Destarte, a consideração da norma penal como norma de valoração encontra-se intimamente ligada à ideia de desvalor de resultado, enquanto “*estado não desejado pelo direito*”, que, por isso, o valora de forma negativa.⁸⁹ E distingue-se, por oposição, da consideração da norma penal como norma de determinação, que se conecta com a teoria dos imperativos⁹⁰ (teoria que defende que a norma penal constitui uma forma de imperativo a que se deve obediência e que proíbe a realização de determinadas ações, as quais comina com pena).⁹¹

Tendo em conta as definições de uma e outra perspectiva, podemos dizer, de forma límpida, que – enquanto que a norma de determinação se encontra ancorada a uma ideia de ilicitude centrada no desvalor de ação, que advém da quebra da vigência da norma e da confiança que ela deve conferir aos cidadãos – a ideia de norma de valoração se encontra voltada para o desvalor de resultado (de perigo ou de lesão efetiva), como corolário do princípio da ofensividade⁹².

Todavia, a doutrina contrária defende que as normas de valoração tendem a distinguir a licitude ou ilicitude dos comportamentos com base em juízos de valor que oscilam, tendo em conta o caso concreto. Por esse motivo, autores como JESCHECK descrevem que essa visão da

89 HERRERA, Maria Rosa Moreno-Torres. *Tentativa del delito y delito irreal*. Tirant lo blanch: Valencia, 1999, p. 36.

90 A teoria dos imperativos tem a sua origem na filosofia kantiana. Kant definiu o imperativo como “*um comando emitido pelo espírito humano e dirigido a ele mesmo*” e distinguiu dois tipos: o categórico, que “*imprime um comando incondicional*”; e o hipotético, “*no qual o comando emitido se condiciona, na qualidade de meio, a um certo fim a ser atingido ou atingível*”. Para uma melhor compreensão, vide: KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes: contendo a doutrina do direito e a doutrina da virtude*. Tradução de Edson Bini. Edipro: Edições profissionais, São Paulo, 2003, p. 32.

91 HERRERA, M^a Rosa Moreno-Torres. *Tentativa (...), op. Cit., p. 37*. Para um melhor entendimento da norma penal como norma de determinação, vide: KAUFMANN, Aramin. *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*. Editorial Depalma: Buenos Aires, 1977, p. 61 ss.

92 Sendo de referir que a colocação em perigo se revela, no pensamento daquele autor, como um desvalor de resultado. A explicação surge da violação de uma parte ao redor do núcleo duro do bem jurídico, que constitui, ainda, uma “*parte intrínseca do próprio bem jurídico*”, chamada de *vorfeld protectivo*. Assim: se a conduta se dirigisse ao núcleo duro do bem jurídico estaríamos perante um desvalor de resultado de dano; se o perigo fosse relativo àquele *vorfeld* protectivo, estaríamos perante um desvalor de resultado de perigo. Assim, “*seria a zona atingida do bem jurídico que contaminaria retroativamente a própria conduta*”. Cfr. COSTA, José de Faria. *O perigo em Direito Penal (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)*. Coimbra Editora: Coimbra, 199, p. 410.

norma penal reduz o direito a uma “*soma de juízos de valor de juridicidade ou antijuridicidade*”.⁹³

Não obstante o supra mencionado – e tendo em conta que não concordamos absolutamente com nenhum dos dois pontos de vista, enveredando por uma via intermediária, que recorre, em primeira linha, à visão da norma penal como norma de valoração –, defendemos, na linha do pensamento de FARIA COSTA, que “*a norma penal é fundamentalmente uma norma de valoração e que, portanto, o ilícito deve ser olhado pela mesma ótica objetiva porquanto ele também se postula na dimensão objetiva*”.⁹⁴

Assim, tendo em conta os elementos objetivos do tipo e partindo da norma como *prius* – com base na necessidade de segurança e de certeza que o normativismo impõe em matéria penal –, consideramos que todo o juízo de ilicitude se centra na quebra da “*relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo*”, enquanto tradução de um desvalor de cuidado do eu para com o outro, essencial para a normal manutenção dos fluxos sociais.⁹⁵

Por outras palavras – e partindo do pressuposto de que toda a ação constitui uma relação comunicacional entre pessoas, que se permeiam a uma abertura intersubjetiva –, a quebra do dever de cuidado do eu para com o outro conduz à negação da tolerância e da solidariedade que se encontra na base do 'contrato social'.⁹⁶

Destarte, a norma penal destina-se, *prima facie*, à proteção dos valores essenciais à manutenção da vida em sociedade – vulgo, bem jurídicos –, sendo dessa essencialidade que deriva a sua dignidade penal.

Assim, a norma de valoração, conforme o pensamento de FARIA COSTA, parece-nos “*mais plástica e adequada às manifestações e tensões normativas de uma sociedade plural*” e menos permeável às lacunas inolvidáveis a que conduz a mera atendibilidade à letra da lei, a que levam os normativismos puros ou o radicalismo dos modelos funcionalistas, que partem de

93 JESCHECK, Hans-Henrich / WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: Parte General: volume I (...)*, op. Cit., p. 213.

94 Cfr. COSTA, José de Faria. *O perigo em Direito Penal (...)* op. Cit., p. 409, n. 105.

95 COSTA, José de Faria. *Ilícito-típico, resultado e hermenêutica (ou o retorno à limpidez do essencial)*. RPCC, Ano 12, 1, 2002, p. 16 ss.; Também: COSTA, José de Faria. *O perigo em Direito Penal (...)* op cit., pp. 248 – 252.

96 Pelo contrário, os normativismos puros e os modelos funcionalistas, uma vez que não atendem ao horizonte onto-antropológico, tendem a fechar o sistema jurídico, tornando-o estático (quando deveria ser dinâmico), apelando mais aos fins que visam atingir do que à raiz que invoca a própria norma e a válida.

uma visão da norma penal como norma de determinação, esquecendo o “*homem de carne e osso*” a que o direito penal se destina.⁹⁷

97 COSTA, José de Faria. *O perigo (...) op cit.*, p. 391, 396, 444, n. 178, 454; Para uma melhor compreensão da relação do normativismo onto-antropológico de Faria Costa e a sua aproximação ao jurisprudencialismo de Castanheira Neves com base no encontro da validade da norma nos princípios normativos, *vide*: MOURA, Bruno de Oliveira. *O normativismo Jurídico-Penal: consequência ou resistência ao funcionalismo?*. Separata do BFDUC, Vol. LXXXVI, Coimbra, 2010, p. 746.

1.2. Os elementos da tentativa

a) A decisão de cometer o crime

Não há tentativa quando não exista uma decisão no sentido de cometer determinado crime.⁹⁸ E, por falarmos em decisão, falamos em algo que nasce e se estabiliza em um domínio interno do agente.⁹⁹ A mera decisão de cometer um crime só releva enquanto elemento do tipo e não devemos, por isso, confundi-la com a mera cogitação ou intenção, até porque a cogitação não é punida desde ULPIANUS, que criou a máxima: “*cogitationis poenam nemo patitur*”.¹⁰⁰ Todavia, não podemos deixar de vislumbrar a tentativa, com base no supra mencionado, como um delito de perigo intencional. E nessa medida, teremos de entrar nos domínios do dolo.¹⁰¹

Nessa linha de pensamento, podemos dizer que o dolo é composto por um elemento intelectual ou representativo a que se junta uma *voluntas* (elemento volitivo), podendo o cruzamento daqueles dois elementos variar, consoante ele seja direto, indireto ou eventual.¹⁰²

98 A intenção do agente era já relevante, constando como elemento do tipo do art. 11º do CP de 1852, mais propriamente de acordo com a sua revisão de 1886. Vide: *Código Penal Português, nova publicação oficial ordenada por: Decreto de 16 de Setembro de 1886*. In Diário do Governo, de 20 de Setembro do mesmo ano. Sétima Edição. Coimbra: Imprensa da Faculdade, 1919.

99 No sentido de que toda a tentativa, ainda que impossível, é intencional: DUFF, R. A. *Criminal attempts*. Oxford Monographs on criminal law and justice. Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 76.

100 D. 48, 19, 18. Muito embora fosse punida na Idade Média, designadamente, nos crimes de suposição religiosa ou de opinião. Sobre a punibilidade da cogitação, parece-nos inolvidável que ela se dê em um plano interno e insusceptível, à luz das técnicas científicas que temos, de qualquer cognoscibilidade certa, que não dêem azo a interpretações errôneas. Todavia, muito se discute, nos dias que correm, a catalogação da passagem da mera cogitação para a fase preparatória e aonde adquire relevância penal. Assim, devido ao surgimento de teorias e filosofias da linguagem que vêem a ação como uma forma relacional e comunicacional entre pessoas, quando uma cogitação é partilhada – originando um processo comunicacional do interior do agente para uma outra pessoa – pode, de certa forma, constituir já um ato preparatório que, ainda que não seja punível na generalidade, o é em casos excepcionalmente previstos em lei. Nesse sentido, também, se questiona se poderá existir uma ação que assuma a forma de 'ação mental'. Sobre esta última hipótese: DUFF, R. A.. *Acting, Trying, and Criminal Liability*. In Action and value in criminal law. Oxford, Clarendon Paperbacks, 1996, p. 93. Sobre a excepcionalidade da punição dos atos preparatórios, vide o art. 21º do CP. Não podemos, ainda, deixar de mencionar que a relação do desenvolvimento do *iter criminis* com a teoria da ação comunicativa acaba por servir de fundamentação para a existência, nos sistemas de *common law*, dos crimes de conspiração. Sobre o vislumbre da instigação como ato executivo: MORMANDO, Vito. *L'instigazione: il problema generali della fattispecie ed i rapporti com il tentativo*. In Collana di studi penalistici. Novissima serie. Volume XV. Casa Editrice: Dott. Antonio Milani, 1995, p. 103.

101 Discutível, contudo, é o problema da tentativa nos crimes preterintencionais (em que há a realização de um crime doloso que é agravado por um resultado imputável ao agente a título de negligência). Sobre esses casos: CUNHA, Damião da. *Tentativa e participação nos crimes preterintencionais*. In RPCC, Ano 2, fasc. 4, (Out. - Dez.), 1992, p. 561 – 584.

102 Sobre a explicação de cada um deles, vide, art. 14º do CP.

Pelo fato de a letra da lei se referir a uma “*decisão*”, partimos do princípio de que se refere a algo que se tem como estabelecido e premeditado e que se vai sedimentando até que se materialize em “*atos de execução*”, não se compatibilizando com a figura do dolo eventual, em que o agente representa a produção como possível atuando com indiferença relativamente à sua verificação.¹⁰³ Todavia, a maioria da dogmática, sob a designação de doutrina tradicional, defende a sua punibilidade, com base em um critério meramente formal, mesmo nessa hipótese¹⁰⁴.

b) O início dos atos de execução

A decisão de cometer o crime, de que falamos acima, vai-se sedimentando e densificando em atos preparatórios, quando for caso disso, até se materializar no início dos atos de execução.¹⁰⁵ No entanto, a passagem da fase preparatória para a executória torna-se, muitas

103 Sobre a não punibilidade da tentativa por dolo eventual: COSTA, José de Faria. *Tentativa e dolo eventual revisitados*. In RLJ, Ano 132, nº 3903, p. 180. O autor critica doutrina tradicional por entender que se baseia puramente em um critério puramente formal e defende que a tentativa implica necessariamente uma decisão (dolo direto ou indireto) e que, se “*a consciência insegura do fato desempenha um papel que gira essencialmente em torno da mera cognoscibilidade dos elementos do tipo legal, também aponta para o carácter dubitativo que o querer, neste particular, sugere.*” Cfr. COSTA, José de Faria. *Tentativa e dolo eventual (...) op. Cit.*, pp. 38 – 39. Sobre a expansão do *ius puniendi* estatal através do dolo eventual: SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Ainda a expansão do direito penal: o papel do dolo eventual*. In RBCCrim, n. 64, 2007, pp. 223 – 238. No sentido da negação da aplicabilidade da figura do dolo eventual aos casos de tentativa, com base numa analogia com a tentativa acabada quando o agente vem a impedir a consumação: PUPE *apud* DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal (...) op cit.*, p. 694. Exemplo de um acórdão que faz juz à opinião da doutrina tradicional: Ac. Do STJ, processo nº 06P269, relator João Bernardo, DJ 08/03/2006, (disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/971ad913cfe17cce802571420031978dOpenDocument>>). No sentido de defendemos, que se baseia no pensamento de FARIA COSTA: Ac. Do STJ, processo nº 05P2122, relator: Henrique Gaspar, DJ: 13/07/2005, (disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f1cf30d43e934f08802570770061a390?OpenDocument&Highlight=0,tentativa,e,dolo,eventual>>).

104 Em sentido oposto: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal (...), op cit.*, p. 693 - 695; FERREIRA, Manuel de Cavaleiro. *Lições de Direito Penal. Parte Geral. I :A lei penal e a teoria do crime no Código Penal de 1982*. 4.ª ed. Lisboa: Editorial Verbo, 1992, p. 404; JESCHECK, Hans – Henrich/WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal (...) op cit.*, p. 554.

105 A não punibilidade dos atos preparatórios encontra-se positivada no sistema jurídico-penal português desde o CP de 1852. A versão do CP de 1886, refere no seu art. 14º que, “*são atos preparatórios os atos externos conducentes a facilitar ou preparar a execução do crime, que não constituem ainda o começo da execução*”. In *Código Penal Português, nova publicação oficial ordenada por: Decreto de 16 de Setembro de 1886*. (...).

vezes, difícil de demarcar, muito embora o legislador defina os atos de execução, no art. 22º, nº. 2 do CP.

Assim: as teorias mais objetivas-formais¹⁰⁶ distinguem a preparação da execução com base na realização ou na abrangência do teor literal da conduta descrita num tipo; as teorias objetivas-materias¹⁰⁷ distinguem-nas com base na não criação ou na criação, respectivamente, de um perigo imediato; e, por fim, as teorias subjetivas¹⁰⁸ que distinguem aquelas fases com base na gradação da vontade que se imprime em direcção à realização do tipo.

Com base nisso, na linha do pensamento de FIGUEIREDO DIAS, o legislador português adotou as teorias objetivas-formais, ao afirmar, no art. 22º, nº. 2, al. a), que são atos de execução os “*que preencherem um elemento constitutivo de um tipo de crime*” (o que equivale a dizer que constituem ato de execução as tentativas possíveis ou idóneas).¹⁰⁹ Não obstante, tem lugar um alargamento dos atos executórios, devido à al. b) do mesmo artigo – com base num juízo de idoneidade *ex ante* de prognose póstuma – e devido à al. c), com base na doutrina da adequação que provenha de “*experiência comum*” (inserindo-se aqui a execução das chamadas tentativas inidóneas).¹¹⁰

c) A falta de consumação

É de referir que a não consumação, muito embora constitua elemento do tipo, não impede a figura da desistência da tentativa. Na medida em que o que existe, em boa verdade, na tentativa é um desvalor da ação (que se filia no plano intencional do agente) e um desvalor de resultado de perigo concreto dirigido a um bem jurídico com dignidade penal.

106 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal (...) op cit.*, p. 696. Em sentido crítico: CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal: volume II*. Coimbra, Almedina, 2007, p. 229.

107 Destas teorias ressalta-se a Fórmula de Frank, “*segundo a qual devem considerar-se como de execução os atos que, em virtude de uma pertinência necessária à ação típica, aparecem, a uma consideração natural, como suas partes componentes*”. Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal (...) op. Cit.*, p. 698.

108 *Idem. Ibidem*, p. 700.

109 *Idem, Ibidem.*, pp. 702 – 703. No mesmo sentido, a propósito da opção do legislador alemão, no § 22 do StGB: JESCHECK, Hans – Henrich/WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal (...) op cit.*, p. 557.

110 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal (...) op cit.*, p. 705.

Destarte, quando tem lugar a desistência por parte do agente, deixa, consequentemente, de haver um desvalor de resultado de perigo e, nessa medida, de necessidade de pena. É precisamente por isso que entendemos que o legislador penal valora a desistência por uma questão de política criminal, na medida em que não há sequer perigo de verificação de um qualquer resultado desvalioso¹¹¹.

1.3. A atenuação especial da pena relativamente ao crime consumado

Nos casos de tentativa aplica-se a mesma moldura penal abstratamente aplicável ao respectivo crime consumado, todavia, tem lugar (à luz do art. 23º, nº. 2 do atual CP) uma atenuação especial obrigatória daquela pena. Atenuação que entendemos derivar, mais uma vez, da importância que o sistema jurídico-penal português atribui ao princípio da ofensividade. O mesmo não acontece na Alemanha, em que a atenuação da pena relativamente ao crime consumado é meramente facultativa (§ 22 do StGB).

1.4. Quando se pune a tentativa?

Há tentativa sempre que o agente praticar qualquer ato de execução plasmado no art. 22º, nº. 2 do CP. Todavia, nem sempre a tentativa é punível. O que, mais uma vez nos leva à convicção de que o legislador atribui mais importância ao desvalor do resultado do que ao desvalor da ação.

111 Sobre a desistência da tentativa, *vide*: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito (...) op. Cit.*, p. 727. Figueiredo Dias adopta as teorias da finalidade da pena. Em sentido oposto, FÁRIA COSTA posiciona-se no sentido da defensabilidade da teoria da “*goldene Brücke*”, constituindo a não punibilidade um mera atitude do legislador, no sentido de proteger o bem jurídico. Nas palavras de FÁRIA COSTA, “ *o valor da ação da desistência quando muito será suficiente para neutralizar o desvalor da ação inicial mas já não o será para compensar o efetivo desvalor do resultado*”. O mesmo autor afirma que a não punibilidade da tentativa nos casos de desistência funda-se em razões de política criminal. *Cfr.* COSTA, José de Faria. *Formas do Crime*. Sep. De: o novo código penal português e legislação complementar. Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 1983, pp. 163 – 165. Com base na ideia de que o “*desistimento serve como subrogado da pena*”, revalidando a validade da norma, *vide*: GUIRAO, Rafael Alcácer. *Está bien lo que bien acaba? La imputación de la evitación del resultado en el desistimiento*. Editorial Comares. Granada, 2002, p. 163.

Deste modo, podemos dizer que as tentativas possíveis (quer sejam acabadas ou inacabadas) são submetidas ao mesmo regime de punibilidade, sendo apenas punidas nos casos em que seja aplicável ao respectivo crime consumado pena superior a 3 anos de prisão, nos termos do art. 23º, nº. 1.

As outras tentativas – as impossíveis – são, igualmente, punidas pela lei penal portuguesa. Assim, àqueles requisitos aplicáveis às tentativas possíveis, acresce o requisito explanado no art. 23º, nº. 3 do CP: a necessidade de que, quer a inidoneidade do meio, quer a inexistência do objeto, não sejam “*manifestas*”.

Assim: se por um lado podemos dizer que, no âmbito das tentativas possíveis, o legislador penal excluiu, e muito bem, a pequena criminalidade; por outro lado, no âmbito das tentativas impossíveis, o legislador penal foi longe demais e puniu a aparência ou a ilusão da representação do agente, que atua com base em falácias empíricas.

1.5. A natureza jurídica da tentativa

Partindo, como foi enunciado, do vislumbre da norma penal, em primeira linha, como norma de valoração – que atende aos valores ou princípios normativos que a subjazem e constituem o seu *telos* – e tendo em conta a análise dos elementos do tipo da tentativa, afastamo-nos das concepções que encontram o cerne da ilicitude no desvalor da ação e, conseqüentemente, da ideia de ver a tentativa como uma 'forma do crime', como preconizava a doutrina clássica.

Nesse sentido, apesar de o legislador português a ter inserido sistematicamente no capítulo das formas do crime, entendemos que a sua natureza se traduz em um tipo intencional de perigo concreto complexo e, em certa medida, dependente.¹¹²⁻¹¹³

112 Em sentido oposto, ainda que primeiramente apelide a tentativa de tipo subordinado, depois catalogando-a, normativamente, como um tipo autónomo (de perigo) que adquire um *nomen juris* do crime consumado a que se refere o ato de execução: SILVA, Germano Marques. *Direito Penal Português: Teoria do Crime*. Universidade Católica Editora. Lisboa, 2012, p. 314 - 316; No sentido da catalogação da tentativa como um crime de perigo concreto para um bem jurídico, ainda que seja com base de um desvalor de ação por dar início imediato à realização do tipo: MAURACH, Reinhart. *Derecho penal: parte general: volume I (...) op. Cit.*, p. 275. Sobre a

Nesse sentido, queremos dizer que a tentativa se trata de um tipo de perigo¹¹⁴, previsto na parte geral, que se encontra inexoravelmente ligado a um bem jurídico protegido por um outro tipo, o qual se encontra na parte especial, originando uma ligação intrassistemática entre ambas as partes do Código Penal.

E trata-se de um crime de perigo, porque, na verdade, se destina a punir – na linha do consagrado no art. 22º do CP – o início dos “*atos de execução*” de um crime que se decidiu cometer, sem que este se chegue a consumir. Ou seja, visa a punição de um estágio anterior à consumação, que não se verifica por circunstâncias exteriores ao sistema volitivo do agente e, nessa medida, dirige-se aos atos intencionais e externos (executórios) que visem a colocação em perigo de um bem jurídico, em concreto, previsto na parte especial (v.g., a tentativa de homicídio).

Não podemos, no entanto, deixar de mencionar que toda a perigosidade da tentativa – por nos encontrarmos num domínio em que inexistente consumação – nos deve remeter a um momento anterior à prática do fato¹¹⁵ e que o 'encontro' do tipo da parte especial que se lhe junta (v.g., o homicídio) deve ser aferido com base nos critérios estabelecidos pelo legislador como atos de execução, no art. 22º do CP.¹¹⁶

Vislumbrar a tentativa como uma '*forma do crime*' só nos pareceria defensável se atribuíssemos igual importância ao desvalor de ação e ao desvalor de resultado, o que não procede. Ainda que não neguemos a importância do desvalor da ação – enquanto intenção externalizada que condiciona a relação do eu para com o outro – não podemos deixar de

visão da tentativa como um tipo dependente: JESCHECK, Hans – Henrich/ WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general: volume II (...) op cit.*, p. 553.

113 Nas palavras de Teresa Quintela de Brito: “*o perigo concreto não seria necessariamente algo de real, de objetivamente existente, um estado de coisas em que é provável a produção de um evento danoso. Mas uma situação em que, considerando o plano do agente à luz das regras da experiência comum (eventualmente ampliadas pelas inerentes a um certo setor do saber), existe uma aparente “insegurança existencial” para o bem jurídico, na medida em que a sua não lesão apenas parece evitável por um acaso ou por contra-medidas excepcionais do agente ou de terceiros.*” Cfr. BRITO, Teresa Quintela de. *A tentativa nos crimes comissivos por omissão: um problema de delimitação da conduta típica*. Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 169.

114 Sobre a tentativa como um tipo de perigo concreto: MIR PUIG, Santiago. *Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo código penal*. In RECPC, N° 3, 2001. Segundo o autor, nos crimes de perigo concreto existe uma possibilidade real de originar um resultado, dado que existe perigosidade relativamente a um bem jurídico, ao contrário do que acontece no perigo abstrato, em que a perigosidade pode ser ilusória.

115 Vide, art. 3º do CP.

116 Sobre a atendibilidade à teoria da adequação: BRITO, Teresa Quintela de. *A tentativa nos crimes comissivos por omissão (...) op cit.*, p. 168.

atribuir uma maior importância ao desvalor de resultado, na medida em que ele promove alterações efetivas no meio social levando, de forma inarredável, à quebra da relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo.

Afastamo-nos, de igual modo, das perspectivas que vislumbram a tentativa como um crime de perigo abstracto, com base no ilícito deveniente do desvalor da ação – que deriva da quebra da confiança da comunidade na vigência da norma –, punindo a tentativa com base em juízos de imputação objetiva, devido à ultrapassagem do risco permitido, o que levaria à punibilidade da tentativa por dolo eventual, da qual já nos distanciamos.¹¹⁷

Assim, entendemos que a compreensão da tentativa como um crime intencional de perigo concreto, a partir de uma concepção do direito penal que tem no princípio da ofensividade a sua pedra angular, encontra um ponto argumentativo a seu favor na valoração da sua desistência pelo legislador.¹¹⁸ Uma valoração, no sentido da desnecessidade de pena, que se dá não devido a uma alteração da voluntas do agente, *só de per se*, mas, ao invés, devido à não verificação do resultado e, por conseguinte, devido à não violação da relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo.

1.6. Tentativa possível e tentativa impossível

Sob um ponto de vista lógico-linguístico, o verbo tentar encontra-se sempre conectado a um mundo interior de representação de possibilidades que se dirige no sentido de envidar esforços para realizar algo que nos é mostrado pelo verbo que o segue: quer-se sempre tentar alguma coisa. E essa 'coisa' é que é premeditada, não a tentativa, em si mesma.¹¹⁹

117 Nesse sentido: ROXIN, Claus. *Acerca de la punibilidad de la tentativa inidónea. (...) Op. Cit.*, disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/9/cnt/cnt10.pdf>>.

118 Cfr. Art. 24º, nº1 do CP. No sentido da valoração do desistimento voluntário podemos citar, além do nosso ordenamento jurídico-penal, o ordenamento penal alemão (§ 24º). Roxin explana que a desistência voluntária pode encontrar a sua fundamentação: nas teorias dos fins das penas, na teoria da ponte dourada (também denominada teoria da política criminal, defendida por Feuerbach ou Von Liszt), nas teorias do perdão ou do prémio (defendida por Jescheck, Wessels, Bockelmann, Jäger) ou, finalmente, nas teorias do ressarcimento da culpabilidade (defendida por Herzberg). Cfr. ROXIN, Claus. *Acerca de la ratio del privilegio del desistimiento en Derecho Penal. In RECPC*, nº3, 2001.

119 Para uma melhor compreensão da tentativa sob um ponto de vista lógico-linguístico: PALMA, Maria Fernanda. *Da “tentativa possível” em Direito Penal*. Edições Almedina, Coimbra, 2006, pp.121 – 124. Nas

Nesse sentido, podemos afirmar que toda a tentativa parte de um mundo interior de inesgotáveis possibilidades, constituindo a impossibilidade um falacioso paradoxo, sob um ponto de vista *ex ante*, porque a pessoa que materializa a intenção deliberada em uma ação executória, tem sempre que acreditar que vai originar uma consumação. O que acontece, contudo, é que o agente não domina o processo causal, não se verificando o evento por circunstâncias alheias à sua vontade (salvo no caso de desistência). E, assim sendo, podemos, pelo contrário, afirmar que toda a tentativa acaba por ser impossível, sob um ponto de vista *ex post*, uma vez que tratamos de um plano do agir em que nunca se origina a consumação do fato.

Todavia, nem todas as tentativas são iguais sob um ponto de vista circunstancial e sob o ponto de vista da perigosidade. Assim: existem umas – classificadas como possíveis – que se mostram mais idóneas a produzirem o resultado, demonstrando maior perigosidade; enquanto outras – as impossíveis – se mostram inidóneas à produção do resultado e são, por isso, detentoras de menor grau de perigosidade (ou inofensivas). Sendo que idoneidade deve ser sempre avaliada sob o ponto de vista de um homem médio¹²⁰, com base em um juízo *ex ante* de prognose póstuma.

a) as tentativas possíveis 'acabadas' e inacabadas'

As tentativas possíveis, ou idóneas, dividem-se em duas: as acabadas – ou frustradas – que são aquelas em que, sob uma perspectiva subjetiva, o agente envidou todos os esforços no sentido da realização do resultado típico ou, sob uma perspectiva objetiva, aquelas em que o agente deu início ao processo causal (v.g., A dispara sobre B com a intenção de o matar, todavia B tinha um objeto metálico no bolso que impediu que a bala o atingisse de forma fatal); e as inacabadas, que são aquelas em que, sob um ponto de vista subjetivo, o agente acredita que não fez tudo o que estava ao seu alcance no sentido da produção do resultado ou, sob um ponto de vista objetivo, aquelas em que o normal seguimento do processo causal depende, até à

palavras de Wittgenstein, “*what is thinkable is also possible*”. Cfr. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Kegan Paul, Trench, Trubner & Co, London, 1922, p. 30.

120 Sobre o critério do homem médio ou razoável: GREEN, Edward. *The reasonable man: Legal fiction or psychosocial reality?* In *Law and society review*, vol. 2, nº2, 1968, pp. 241 – 258.

consumação, de uma atuação concreta por parte do agente (v.g., A dispara sobre B com a intenção de o matar, todavia esquece-se de que a arma estava sem projétil).¹²¹

Na linha da defensibilidade da teoria das normas – que vêem a norma penal como um imperativo de determinação – têm surgido correntes na dogmática que propugnam pela punibilidade da tentativa (sem que mencionem distinções entre as possíveis e as impossíveis) aos casos de autoria mediata, com base no vislumbre de um racicínio que desmembra a tentativa numa vertente de ação e outra vertente de resultado, naquilo que nos parece uma antecipação excessiva e desproporcional da tutela penal.¹²²

b) As tentativas impossíveis por inidoneidade do meio e por inexistência do objeto

As tentativas impossíveis, ou inidóneas, dividem-se em duas: aquelas em que a inidoneidade deriva do meio (v.g., A dispara sobre B com a intenção de o matar, todavia B encontrava-se a uma distância muito superior àquela que a arma conseguiria atingir pela sua potência); e aquelas em que a inidoneidade deriva da inexistência do objeto (v.g., B encontrava-se deitado na sua cama, durante a noite, e A dispara sobre ele com a intenção de o matar, todavia, durante a autópsia descobre-se que B já estava morto, não tendo sido o disparo a causa da morte mas, antes, um ataque do miocárdio). A lei penal portuguesa não pune a chamada tentativa por autor inidóneo.

1.7. Tentativa absolutamente impossível e tentativa relativamente impossível

A dogmática procurou elaborar uma distinção entre dois tipos de impossibilidade da tentativa, existindo aqueles em que a tentativa é catalogada como absolutamente impossível,

121 Figueiredo Dias afirma que tem lugar a distinção, muito embora o legislador não a tenha previsto, devido aos diferentes graus de 'possibilidade' e devido aos requisitos em matéria de desistência da tentativa. Uma vez que o legislador não efetuou distinção entre uma e outra, são submetidas à mesma moldura penal. *Cfr.* DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal (...) op cit.*, p. 710.

122 Neste sentido: HERZBERG, Rolf Dietrich. *A tentativa na autoria mediata*. In RBCCrim, nº 66, 2007, p. 157 – 191.

pelo fato da ação do agente não constituir qualquer colocação em perigo de um bem jurídico concreto, partindo de um critério, quer de normalidade de circunstâncias, quer de especificidade do caso concreto (v.g., tentativa impossível de homicídio por embruxamento; tentativa impossível de homicídio de cadáver); e aqueles em que a ação do agente possa ser considerada perigosa para um bem jurídico concreto, segundo um parâmetro de normalidade de circunstâncias, sem que, todavia, se possa considerar perigosidade alguma em razão das especificidades do caso concreto (v.g., a tentativa impossível de homicídio por arma de fogo, a uma distância relativamente superior à potência que a arma, em concreto, possui).¹²³

Assim, com base nesta distinção, a maioria dos ordenamentos jurídicos exclui a punibilidade das primeiras – a que tendem a apelar de tentativas impossíveis –, enquanto que, pelo contrário, punem as segundas, que tendem a apelar de 'inidóneas'.

1.8. Tentativa impossível e tentativa irreal

As tentativas irreais são catalogadas, naturalmente, como absolutamente impossíveis ou crime impossível. São caracterizadas pela esmagadora maioria da dogmática como não detentoras de qualquer perigosidade para um qualquer bem jurídico, sendo entendidas como uma espécie de representação grosseira da realidade (v.g., tentativa de homicídio por conjuro; tentativa de tráfico de estupefacientes com farinha; tentativa de furto por pensamento; tentativa de ofensa à integridade física por embruxamento).¹²⁴

Não obstante, este tipo de tentativa era punido na idade média (ainda que não com este *nomen iuris*) e no período em que a teoria geral da infração criminal foi invadida pelo subjetivismo radical, naquele que ficou conhecido como o direito penal da vontade. Nos dias que correm, parece unânime – quer à luz da defensibilidade de um direito penal centrado na

123 Nas palavras de MIR PUIG, Santiago: “*entende-se por tentativa absolutamente inidónea aquela que não só é incapaz de produzir a consumação no caso concreto, como também em qualquer circunstância, enquanto que se considera relativamente inidónea a tentativa que em outras circunstâncias não teria sido inidónea*” In. RECPC, Nº 3, 2001.

124 Sobre as tentativas irreais: GUIRAO, Rafael Alcácer. *La tentativa inidónea: fundamentos de punición y configuración del injusto*. Barcelona, Marcial Pons, 2013, p. 38.

ofensividade, quer à luz da chamada teoria da impressão – a não punibilidade destas condutas que, no nosso entendimento, não adquirem sequer relevância penal.

2. A tentativa impossível por inexistência (ou ausência) do objeto

2.1 A tentativa impossível por inexistência do objeto e o problema do erro sobre as circunstâncias do fato

A tentativa impossível por inexistência (ou ausência) do objeto foi uma criação da dogmática alemã, no início do século XX, altura em que a teoria geral da infração criminal se encontrava nos prelúdios de um ilícito que se deslocava do fato para o plano intencional do agente. E o seu surgimento deveu-se ao princípio da inversão do erro (ou à paradigmática teoria do 'erro ao revés' do *Reichsgericht*).¹²⁵ Percebamos melhor o problema.

Na tentativa impossível por inexistência do objeto, *latu sensu*, o que acaba por existir é uma representação errónea acerca das circunstâncias do fato por parte do agente, ou seja, de forma simplista, podemos dizer que ela tem lugar quando se verifica uma patologia ou defeituosidade no elemento intelectual do dolo (a representação) por parte do agente, em sentido desfavorável. Vale dizer, existe uma vontade sedimentada no sentido de cometer o crime. Tem lugar, todavia, um erro na representação do sujeito. Um erro que nada tem a ver com o regime jurídico-penal do erro (sobre as circunstâncias do fato), que mais não é do que a sua antítese.

Não obstante o supra mencionado, os defensores das perspectivas objetivistas – que antecederam o subjetivismo de WELZEL ou MEZGER –, como eram totalmente voltados para um direito penal alicerçado na figura de desvalor de resultado, ainda que de pendor meramente naturalístico, entendiam que estas situações não eram detentoras de merecimento de pena, até

¹²⁵ O erro sobre os elementos do tipo conduzia a tentativa inidónea punível e, ao invés, o erro sobre a proibição ao revés, conduzia ao crime putativo, não punível. *Cfr.* LIFSCHITZ, Sérgio Politoff. *Los actos preparatorios (...)* *op. Cit.*, p. 120.

porque a tentativa impossível ainda nem existia enquanto figura dogmática. Ela surgiu em um momento posterior, pelo *Reichgericht*, com base na doutrina de WELZEL.

Assim, partindo de uma perspectiva jurídico-penal e sabendo que numa situação de erro – em que existe uma defeituosidade na representação das circunstâncias do fato – o agente praticou uma acção que 'não representou bem' e que, por isso, 'não quis', aquele tribunal criou, com base em um raciocínio analógico de inversão, a teoria de que, quando o agente 'representa' as circunstâncias do fato e 'atua com vontade' de produzir o resultado, ainda que ele não se produza, por uma impossibilidade de qualquer tipo, deve ser punido.

Não obstante, hodiernamente – e partindo da ideia de um direito penal com a finalidade de proteção de bens jurídicos, de cariz liberal e comprometido com o princípio da ofensividade – parece-nos que existe, efetivamente, na tentativa impossível por inexistência do objeto uma representação errónea da realidade.

Uma representação errónea, ainda que qualquer homem médio a pudesse representar, por ilusão, ligada a uma impossibilidade fática: uma representação defeituosa a que não se liga a proteção de qualquer bem jurídico, uma vez que o seu objeto não existe ou se encontra ausente no momento da prática do fato; uma percepção errónea que tende a ser punida com base numa impressão social de uma perigosidade que não é direcionada a qualquer bem jurídico real, quando muito apenas aparente, uma aparência falaciosa.

Resumindo: a tentativa impossível por inexistência (ou ausência) do objeto não é mais do que uma má representação das circunstâncias do fato. Contudo, essa má representação – que inolvidavelmente possui um erro com a significância que aquela palavra adquire em uma linguagem quotidiana e leiga em termos jurídicos –, na medida em que se traduz em algo prejudicial para o agente, não deve ser valorado negativamente pelo direito penal, devido ao princípio da proibição da analogia (*in malam partem*). O erro de que falamos, prejudicial ao agente, deve, antes, relacionar-se com uma ideia de ignorância. Uma ignorância inexpurgavelmente imbricada na natureza humana e a que, por esse motivo, todos nos encontramos sujeitos.

Nessa medida, falamos de um erro vinculado a um estado de natureza relativamente ao qual o direito penal, enquanto interveniente em *última ratio*, se deve afastar. Até porque o direito penal não pode, no nosso entendimento, pedir ao cidadão uma maior capacidade de

representação da realidade do que aquela que o agente possui – ou conhecimentos especializados que extravazam largamente os normais conhecimentos de um homem comum –, do mesmo modo que não deve intervir quando não tenha um bem jurídico a proteger, ainda que aquele desvalor da ação do agente pudesse levar, em um estado de normalidade de circunstâncias, à produção de um resultado desvalioso.

E ainda que aquela ilusão seja um estado que qualquer um representaria como real, partindo de um critério de “*normalidade de circunstâncias*”, atender à conduta sem atender às especificidades do caso concreto parece-nos uma forma de desproporcionalidade na realização da justiça, na medida em que o que existe é, tão somente, uma norma que pune a aparência da existência de um bem jurídico e que, por isso, se torna materialmente inválida ou uma mera forma desprovida de substância, na medida em que perdera a sua teleologia (a proteção de um bem jurídico).¹²⁶

Assim, entendemos que aquele desvalor da ação (na sua dimensão intencional), *só de per se* – e, ainda que pudessemos considerar que coloque em cheque a solidariedade e a tolerância subjacentes à relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo – não coloca em perigo ou lesa, efetivamente, qualquer bem jurídico, não originando a quebra daquela primeira relação de cuidado-de-perigo. Aquela ação, ainda que intencionalmente desvaliosa, sob a perspectiva de um juízo ético ou moral, deve ser analisada pelo direito penal de uma forma descomprometida com aquelas realidades (éticas e morais), devendo, pelo contrário, basear-se nos fundamentos e nas finalidades que convocam a própria intervenção penal.

Por esse motivo – e por entendermos que o fundamento e a finalidade do direito penal consiste na proteção de valores essenciais ao modo de vida em sociedade – entendemos que, na tentativa impossível por inexistência ou ausência do objeto, apenas existe perigosidade (relativa

126 Muito embora de forma confusa (desvirtuando a teoria da impressão), FAYET disserta acerca das áreas cinzentas entre a tentativa impossível e o erro sobre o nexa causal. Num primeiro momento, afirma que nas situações em que exista erro sobre o nexa causal “*na medida em que as desviações causais existentes na conduta planejada e executada pelo agente não se mantiveram dentro dos limites daquilo que era previsível pela experiência vital geral*”, tem lugar a exclusão do dolo quanto ao resultado mas deve ter lugar a punibilidade da tentativa. Todavia, não podemos concordar com FAYET, na medida em que entenemos que isso levaria à punibilidade de uma tentativa inidónea unicamente com base na culpa, uma vez que não há qualquer desvalor de resultado de perigo. A confusão de FAYET vai mais longe quando, mais à frente, dende que caso o desvio do nexa causal seja previsível, tem lugar um crime impossível não punível, não mencionando sequer que aquelas outras situações, que toma como erro sobre do nexa causal, são comumente apeladas pela dogmática de ‘tentativas relativamente inidóneas’. Cfr. FAYET, Fábio Agne. *Tentativa impossível e erro sobre o nexa causal*. In RBCCrim, n.º. 72, 2008, pp. 118 e 119.

a um bem jurídico que, na verdade, é inexistente) em um plano de abstração baseado num critério de 'normalidade de circunstâncias': um plano tantas vezes ilusório e irreal (v.g., a tentativa impossível de homicídio de cadáver, no caso de o cadáver parecer uma pessoa viva).

Não obstante, cabe-nos agora estabelecer as distinções conceituais que foram sendo elaboradas, dentro do âmbito da tentativa impossível por inexistência do objeto, quer pela dogmática, quer pela jurisprudência e a relevância (ou irrelevância) da sua distinção em matéria de punibilidade.

2.2. A ausência absoluta e a ausência relativa do objeto

A ausência absoluta do objeto (ou inexistência) remete-nos àquelas situações em que o objeto nunca existiu, enquanto que a ausência relativa nos remete a situações em que ele, não obstante ter existido, se encontra ausente no momento da prática do fato.¹²⁷

Partindo de um exemplo prático: A (traficante habitual de cocaína) vende a B um saco com um pó branco que, tanto um quanto outro, representam como cocaína, sendo, no entanto, farinha. Estaríamos perante um caso de tentativa impossível de tráfico de estupefacientes por inexistência do objeto, na medida em que o objeto (o estupefaciente que colocaria em perigo o bem jurídico 'saúde pública') nunca existiu. Diferentemente, encontramos-nos numa situação de ausência relativa do objeto quando, v.g., A, sabendo que B coloca diariamente o seu estimado relógio *Rolex* no bolso esquerdo do sobretudo, tenta furtar aquele objeto num dia em que, por mero acaso, B o tinha colocado na gaveta da secretária.

Esta distinção não é, todavia, unânime. Analisemos o paradigmático caso de tentativa impossível de homicídio: à partida, como o próprio nome indica, estaríamos perante um exemplo de inexistência do objeto ou de ausência absoluta, como postula MIR PUIG.¹²⁸ Todavia, uma

127 Sobre a distinção entre inexistência absoluta do objeto (nos casos em que inexistente objeto material da acção) e a inexistência relativa ou ausência, vide: MANTOVANI, Ferrando. *Principi di diritto penale (...) op. Cit.*, pp. 235 e 236.

128 Nas palavras de MIR PUIG, Santiago: “*se entiende por tentativa absolutamente inidónea la que no sólo era incapaz de producir la consumación en el caso concreto, sino también en cualquier otra circunstancia, mientras que se considera sólo relativamente inidónea la tentativa que en otras circunstancias no habría sido inidónea.*” In REPC, nº 3, 2001.

outra facção da doutrina entende que o raciocínio assente no binómio antitético presença/ausência não dever ser efectuado de forma linear. Assim, autores como CERZO MIR defendem que nos casos de tentativa impossível de homicídio podem existir variáveis, na medida em que a perigosidade seja sempre aferida sob um ponto de vista *ex ante*, o que nos remete para um plano de 'aparências'.¹²⁹

Neste sentido, no caso de tentativa impossível de homicídio poderíamos estar perante uma ausência do objeto – *v.g.*, no caso de A se dirigir, durante a noite, ao quarto de B e disparar sobre a cama deste, com a intenção de o matar, mas se comprove *ex post* que se tratavam de almofadas (encontrando-se B vivo, a dormir no sofa da sala) – ou perante a sua inexistência, *v.g.*, no caso em que A, sabendo que B se encontra no seu *jacusi*, se dirige para lá e dispara sobre este último com a intenção de o matar, tendo-se verificado *ex post*, com base no resultado da perícia médico-legal, que não foi disparo que provocou a morte de A mas, antes, um aneurisma fulminante.

Não obstante o supra mencionado, esta distinção parece-nos discutível na medida que, tanto naquilo que catalogam como inexistente quanto naquilo que classificam como ausente, a verdade – demonstrável *ex post*, com base em conhecimentos cientificamente corroborados – é que o objeto inexistente, em concreto, em ambos os casos, apesar da ilusão da sua aparência. Uma ilusão que leva, *v.g.*, a confundir farinha com cocaína ou um cadáver com uma pessoa viva (o que, todavia, à luz da maioritária teoria da impressão levaria à punibilidade da conduta).

Não podemos deixar de mencionar a importância desta distinção, uma vez que, nos sistemas jurídico penais que consagraram a teoria da impressão, a tentativa impossível por ausência do objeto é punível, na medida em que não seja manifesta a sua ausência.

129 CONTRERAS, Joaquín Cuello. *El estado de la discusión doctrinal en torno al fundamento de la tentativa*. In Libro Homenaje al Prof. Doctor Don Ángel Torío López. Editorial Comares, Granada, 1999, p. 290.

2.3. A inexistência (ou ausência) do objeto e ilusão ou aparência da sua existência

Uma vez que uma linha de autores com pensamento semelhante a CEREZO MIR nos conduz, com base em um juízo de perigidade *ex ante*, ao estabelecimento de distinções entre inexistência (que nos remeteria ao plano das impossibilidades absolutas) e ausência (que, pelo contrário, nos conduziria ao âmbito das impossibilidades relativas), não podemos deixar de apontar os riscos e os perigos da assunção desta distinção como viável. Cabe-nos explicitar o problema.

No nosso entendimento, a distinção entre inexistência e ausência apresenta todo o sentido lógico e existe, de facto, à luz da realidade. Todavia, a realidade é fértil e variável e, por esse motivo, entendemos que o cerne da importância da distinção daqueles recortes de realidades distintas se prende a um critério de recorte da mera pragmaticidade quotidiana. Não obstante, e muito embora concordemos com o pensamento que vislumbra a realidade como nascente do direito, entendemos que nem todas as distinções ou catalogações de carácter quotidiano-pragmaticista devam adquirir distintos tratamentos jurídicos.

Assim, com base no supra mencionado, defendemos que aquela distinção não deve levar a um diferente tratamento jurídico-penal, na medida em que isso levaria, devido à inexistência do objeto de proteção do bem jurídico, em ambos os casos, à punibilidade da aparência ou de um desvalor de acção do agente radicado na sua intenção (que nos remeteria para um ilícito baseado na intenção ou na vontade, do qual já nos distanciamos).

Além de tudo, entendemos que aquela distinção levaria a que, com base nas especificidades dos casos concretos, se criassem mais e mais elementos distintivos *v.g.*, distinguir, dentro do âmbito da inexistência do objeto, os casos em que o objeto nunca existiu dos casos em que ele existiu mas deixou de existir no pequeno lapso temporal que antecedeu o momento da prática do fato. E este exemplo é apenas um, dos muitos possíveis, porque a realidade é um campo de inesgotáveis possibilidades.

Contudo, por oposição, há um campo de impossibilidades que a dogmática penal deve aceitar enquanto tal: impossibilidades que atingem quer o campo do empiricamente (ou cientificamente, quando a ilusão esteja presente) demonstrável, *ex post*; quer o campo dos

fundamentos que convocam a própria intervenção penal, na medida em que inexistem, de forma incontornável, o objeto de protecção do bem jurídico.

E dizer o contrário, punindo estas realidades em que existe vontade de cometer um crime sem que exista qualquer possibilidade de se consumar (o que leva à consequente inofensividade), equivale à defensabilidade da punição da ilusão ou da aparência: uma ilusão ou aparência que provém de um erro – ou ignorância da realidade objetiva, por parte de um agente que a subjetivizou – que um direito penal liberal, livre de moralismos, não deve (des)valorar.

Defender a punibilidade da aparência ou da ilusão levar-nos-ia, *v.g.*, a punir, com base em um raciocínio analogicamente aplicável – no âmbito da tentativa impossível por inidoneidade do meio – a tentativa de homicídio com revólver 'de brincar' que parecesse, à luz do entendimento normal do cidadão comum ou de qualquer homem médio, um revólver 'de verdade'.

CAPÍTULO III - ANÁLISE DA TENTATIVA IMPOSSÍVEL POR INEXISTÊNCIA DO OBJETO NO SISTEMA JURÍDICO-PENAL PORTUGUÊS

1. A evolução da punibilidade da tentativa impossível por inexistência (ou ausência) do objeto no sistema jurídico-penal português

1.1. O código Penal de 1852 e a revisão de 1886

Uma vez que o tratamento da figura da tentativa impossível por ausência do objeto só nasceu nos anos 30 do século XX, o Código Penal português de 1852 não lhe poderia fazer qualquer tipo de referência, muito embora tipificasse a tentativa, como forma do crime, no seu art. 6º, em que a considerava “*um ato exterior e voluntário, que constitui começo e execução do crime*”.¹³⁰ O mesmo código defendia, no art. 7º, que aquela tentativa só deveria ser punível “*quando a execução começada fosse suspensa por efeito de circunstância independente da vontade do criminoso*”.¹³¹

A revisão do CP de 1886 estabeleceu alterações em matéria de tentativa, na medida em que autonomizou a figura do 'crime frustrado' – que a dogmática trata, nos dias que correm, por tentativa acabada – da figura da tentativa e da consumação,¹³² caracterizando-o como prática intencional “*de todos os atos de execução que deveriam produzir como resultado o crime consumado, e, todavia, não o produzem por circunstâncias independentes da sua vontade*”.¹³³

130 Código Penal, ordenado por: *Decreto de 10 de Dezembro de 1852*. Lisboa, Imprensa Nacional, 1855. O art. 6º foi influenciado pelo art. 2 do Código Penal Francês de 1810. Neste sentido: OLIVEIRA, Filomena J. Marques de. *A tentativa inidónea (...) op. Cit.*, p. 22.

131 *Código penal, ordenado por decreto de 1852*.

132 De acordo com o art. 8º do CP de 1852, a partir da revisão de 1886, “*são puníveis não só o crime consumado mas também o frustrado e a tentativa*”.

133 *Vide*, art. 10º do CP de 1852, de acordo com a revisão de 1886.

Não obstante a inexistência da tentativa impossível por inexistência do objecto naquele tempo, não podemos deixar de mencionar o fato de, a revisão do código penal de 1886, eximir de responsabilidade criminal: “o erro sobre a pessoa ou a coisa a que se dirigisse o fato” (art. 29º, nº. 3); “a ilusão sobre a criminalidade do fato” (nº. 2); e, também, “a intenção de cometer um crime distinto do cometido, ainda que o projectado fosse de menor gravidade” (nº. 6).

Analisando com atenção estas peculiaridades que levavam à exclusão da responsabilidade criminal, parece-nos que as situações de tentativa impossível por inexistência (ou ausência) do objeto não se encontram muito longe das realidades apontadas. Analisemos uma por uma.

a) as situações de erro sobre a pessoa ou sobre a coisa

Como já referimos anteriormente nesta dissertação, a tentativa impossível nasceu da inversão do erro sobre as circunstâncias do fato, com base na 'representação' e na 'vontade' de cometer determinado crime.

Não obstante, e partindo do preceito legal da revisão do CP de 1886, numa situação de erro em que o agente 'não representa bem' e 'não quer' praticar o fato, havia isenção da responsabilidade criminal (v.g., A quer matar B mas, supondo que C é B, dispara sobre C (erro sobre a pessoa) ou, v.g., A quer furtar o estimado relógio *Rolex* de B, que este usa diariamente e costuma colocar no bolso esquerdo do sobretudo sendo que, todavia, naquele dia ele usava um relógio *Swatch*, furtando A este último por engano (erro sobre a coisa)).

Resumindo, nos termos no art. 29º, nº 3 do CP, com base na revisão de 1886, A seria absolvido em ambos os casos, devido a um plano de circunstâncias que nos parece bem mais gravoso do que as situações de tentativa impossível por inexistência do objeto, uma vez que – naqueles casos de erro – existe uma lesão efectiva de um bem jurídico com dignidade penal, enquanto que numa tentativa impossível por ausência do objeto, além de não existir qualquer lesão efetiva, não existe qualquer perigosidade real (mas meramente ilusória, aparente ou hipotética).

b) A ilusão sobre a prática do crime

Se partirmos da análise meramente literal da exclusão da responsabilidade criminal, motivada por “*ilusão sobre a criminalidade do fato*” (art. 29º, nº. 2), podemos encaixar neste preceito a figura da tentativa impossível por inexistência do objeto. Assim, um estado ilusório não andarรก muito longe de um estado de erro. Todavia, o legislador penal exclui a responsabilidade criminal das situações de erro sobre a pessoa e sobre a coisa no nº 3 do mesmo artigo. Nesse caso, sobram-nos aquelas outras situações em que existe uma má representação do agente que toca o plano de uma “*ilusão acerca da criminalidade do fato*”.

Assim, ressaltam-nos, em primeira linha, as situações de crime putativo, ou seja, aquelas em que o agente pratica um facto lícito com a convicção de que se trata de um crime, tratando-se, na verdade, de uma conduta atípica.¹³⁴ Pelo contrário, no caso da tentativa impossível, o agente pratica um fato que se encontra tipificado mas que é impossível de ser consumado devido à inexistência do objeto de protecção do bem jurídico, não originando, da mesma forma, qualquer quebra da relaçaó onto-antropológica de cuidado-de-perigo.

Não obstante a pequena diferença entre uma e outra figura, parece-nos que ambas têm em comum o plano da ilusão: no crime putativo, a ilusão dirige-se para o plano da norma, uma vez que não existe sequer tipo; enquanto que, na tentativa impossível por inexistência (ou ausência) do objeto, a ilusão dirige-se ao plano da realidade do caso concreto (uma ilusão maioritariamente óptica). Entendemos, todavia, que aquela diferença – que se dá em um plano interior e representativo do sujeito – não devendo, por isso, invalidar uma semelhança no âmbito das consequências jurídicas: a impunidade de ambas as situações.

134 Nos sistemas jurídicos em que as práticas abortivas constituem crime, considera-se crime putativo, v.g., quando A, pensando estar grávida, relaiza um aborto não estando, todavia, grávida. Nos países em que o aborto é permitido nas primeiras semanas de gestação (como Portugal), mesmo que A esteja grávida, de duas semanas de gestação, e recorra a práticas abortivas pensando tratar-se de um crime, encontrar-se-á numa situaçaó de crime putativo.

c) As situações em que o agente tem intenção de cometer um crime distinto do cometido

As situações de tentativa impossível por inexistência do objeto não andam muito longe das situações em que o agente tem “*intenção de cometer um crime distinto do cometido*” sendo que, naquela primeira hipótese, nem chega a existir a consumação de outro crime. Ou seja, as situações de tentativa impossível por inexistência do objecto são, ainda, menos gravosas do que aquela situação em que a responsabilidade criminal era eximida.

Quando muito, v.g., a tentativa impossível de homicídio poderia originar um crime de profanação de cadáver (previsto no art. 254º do CP). Todavia, a jurisprudência maioritária requer, com base no pensamento NELSON HUNGRIA, “*a certeza moral sobre a ocorrência do evento*”¹³⁵, o que inviabiliza a consumação deste ilícito típico no seguimento de tentativa impossível.

1.2. O projeto da parte geral do código penal de EDUARDO CORREIA

A tentativa impossível ou inidónea surge no projecto de Código Penal de Eduardo Correia, devido à influência do seu nascimento pela jurisprudência alemã, nos anos 30 do Século XX.

Passados sensivelmente 30 anos daquele surgimento – e encontrando-se a doutrina penal, em termos globais, dividida entre o causalismo e o finalismo, que trouxera para o âmbito penal a (des)valorização da vontade –, Eduardo Correia vem propor, no art. 26º daquele projeto de Parte Geral, a aplicação, à tentativa, da mesma moldura penal a que corresponderia a consumação, ainda que “*especialmente atenuada*”.¹³⁶ Além disso, criou um § *único*, no art. 22º, em que afirmava que “*a inidoneidade do meio ou a carência do objeto só afastam a tentativa*

135 Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra, processo nº 60/05.8GDGRD.C1, da relatora Brízida Martins, votação por unanimidade, D.J. 19/10/2010 (disponível em www.dgsi.pt).

136 CORREIA, Eduardo. *Código Penal: projecto da parte geral*. Separata de Boletim do Ministério da Justiça, nº127. Lisboa, Empresa Nacional de Publicidade, 1963, p. 14. Conta no art. 26º daquele projecto que, “a tentativa é punível na moldura penal correspondente ao respetivo crime consumado. A pena, porém, poderá ser especialmente atenuada, nos termos dos art. 87º e 88º.”

quando sejam aparentes”. Começa assim a tutela penal da ilusão através da figura da tentativa impossível por inexistência (ou ausência) do objeto em Portugal.

Não obstante, o projeto de EDUARDO CORREIA foi alterado na primeira revisão ministerial, tendo sido trocado o preceito que aplicava à tentativa a mesma pena do que a que seria correspondentemente aplicável ao crime consumado, mas apenas aos crimes em que a moldura penal aplicável fosse “*superior a dois anos de prisão*”.¹³⁷ Alterada não foi, todavia, a punibilidade da tentativa impossível, quer por inidoneidade do meio quer por carência do objeto, “*excepto quando uma ou outra for manifesta*”.¹³⁸

Nas actas da Comissão Revisora do CP consta a premeditação no sentido de não se fazer qualquer tipo de referência à palavra ‘*intenção*’, na medida em que não queriam que o Código Penal adotasse de forma inflexível a teoria finalista. Por esse mesmo motivo, continua com o requisito objectivista do “*início dos atos de execução*”.¹³⁹

a) A negação da tentativa como crime de perigo

Nas actas da comissão revisora do projecto de parte geral do código penal prima, de igual modo, a discordância com o vislumbre da tentativa como um crime de perigo, com base em um argumento meramente formal e compatível, na nossa opinião, com aquela ideia que visavam refutar: basearam a discordância da tentativa como crime de perigo na necessidade de certeza de uma intenção dirigida à prática de um facto ilícito-típico.¹⁴⁰

No nosso entendimento, vislumbrar a tentativa como ‘forma do crime’ equivaleria a atribuir mais significância ao desvalor da ação ou colocá-lo em pé de igualdade com o desvalor

137 *Projecto de Código Penal: parte geral: 1ª revisão ministerial*. Separata de Boletim do Ministério da Justiça, nº 157. Lisboa, 1966. No art. 28º daquela revisão pode ler-se que, “*salvos os casos especiais previstos na lei, a tentativa só é punível se aos crimes corresponder pena superior a dois anos de prisão*”.

138 *Idem, Ibidem*. Pode ler-se no art. 27º daquela revisão ministerial que, “*A inapidão do meio empregado pelo agente ou a carência do objecto essencial à consumação do crime não exclui a tentativa excepto quando uma ou outra for manifesta*”.

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

140 *Idem, Ibidem*, p. 169.

do resultado, o que – em um direito penal voltado para a proteção de bens jurídicos – não nos parece proceder.

Não queremos, com isto, negar a importância do desvalor da ação. De maneira alguma. Contudo, uma vez que não seguimos um modelo normativo-funcional seguindo, antes, um normativismo onto-antropológico – que parte de uma ideia da norma penal, em primeira linha, como norma de valoração – entendemos que a ilicitude da tentativa, *lato sensu*, se radica na perigosidade que a ação, já desvaliosa, acarreta para um bem jurídico-penal, materializando-se em um desvalor de resultado de perigo.

Assim sendo, não consideramos aquela figura um *minus* relativamente à consumação mas, antes, de um mecanismo de perigo concreto que, pela sua concreticidade e intencionalidade dirigida, em nada obsta aos requisitos constantes daquelas atas de revisão. Concreticidade e intencionalidade, essa, que nos faz concordar com o pensamento dos autores que negam a punibilidade da tentativa por dolo eventual.

b) A punibilidade da aparência e do perigo hipotético

Acerca do § *único* do art. 22º daquele projeto – que os próprios revisores entenderam tratar-se de uma figura conexa ao crime impossível –, estabeleceu-se a punibilidade das tentativas consideradas inidôneas em razão do meio e da carência de objeto. A justificação da punibilidade destas situações peculiares baseou-se, mais uma vez, na aparência ou na existência de um perigo hipotético.

Os autores envolvidos na revisão deram o mesmo exemplo, para a tentativa impossível por inexistência do objeto, que normalmente se atribui ao crime putativo: o caso de uma mulher que, pensando (e parecendo) estar grávida se submete a práticas abortivas quando, em boa verdade, nunca engravidou. A distinção entre a exemplificação de um e outro caso resume-se a um verbo: o parecer. A aparência ou ilusão passa a servir, então, como critério de distinção entre uma conduta punível (tentativa impossível por ausência do objeto) e uma conduta não punível (o crime putativo).

c) O argumento da intraquilidade social

Os penalistas envolvidos na revisão do projeto juntaram ao argumento da aparência (ou de perigosidade hipotética), o argumento da intranquilidade social como fundamento da punibilidade: um argumento que não nos parece proceder. E não procede na medida em que nos parece um conceito demasiado vago e amplo para que sirva, ladeado pela aparência, de fundamento de punibilidade de uma conduta.¹⁴¹ Até porque a aceitação desse argumento em nada obstará a que, um dia destes, se punisse, *v.g.*, do fato de o sr. A andar com uma faca na mão, em lugares públicos, com cara de poucos amigos (lembrando a punibilidade do *ambulare cum telo* na civilização romana)¹⁴². Isso seria, no nosso entendimento, um retrocesso indubitável para o Estado Democrático de Direito e, sobretudo, para o direito penal.

Questionável nos parece, de igual modo, o fato de considerar um ato – que pode muito bem ser isolado e praticado por um cidadão que esteja longe de ser considerado um 'criminoso nato'¹⁴³ – como despoletador de intranquilidade social (até porque qualquer estado de intranquilidade requer, no nosso entendimento, uma certa durabilidade ou um *minimum* de permanência). Também merece a nossa reflexão o fato de que, algo tão vago como a 'intranquilidade social', sirva de fundamento para a punibilidade de uma conduta que, no fundo, é impossível.

Assim: se é verdade que, *v.g.*, a não punibilidade da tentativa impossível de homicídio de cadáver, poderia gerar sentimentos geradores de intranquilidade (descontentamento, dor ou vingança) nos familiares do *de cujos*, que não foi, em boa verdade, ofendido por homicídio; não nos parece menos verdade que, no caso de punibilidade da tentativa impossível de homicídio de cadáver, o fato de que aqueles sentimentos originadores de intranquilidade possam surgir na família do agente, motivados pela falta de equidade.

¹⁴¹ *Actas das sessões da comissão revisora do Código Penal. (...) op. Cit.*, p. 177

¹⁴² Para uma melhor compreensão acerca da problemática: MENDES, Paulo de Sousa. *Ambulare cum telo era tentativa de homicídio? (...) op. Cit.*, pp. 616 – 650.

¹⁴³ A figura do criminoso nato foi objecto de estudo de LOMBROSO. Ete autor elaborou um detalhado estudo com base nas dimensões do cérebro, a estrutura da cara e outras características físicas do agente que lhe estariam nos genes. Para uma análise mais detalhada da temática: LOMBROSO, Cesare. *L'uomo delinquente: In rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alla psichiatria*. 5ª Edizione. Torino Fratelli Bocca Editori. Milano, 1897.

É precisamente por isso que entendemos que o direito penal se deve afastar de sentimentalismos ou devaneios éticos devendo, antes, remeter-se à sua função de garantia e protecção de bens jurídicos, não devendo, com base em conceitos vagos, restringir os direitos, liberdades e garantias de um agente que, atendendo à realidade objetiva, não colocou em perigo ou lesou efetivamente qualquer bem jurídico com dignidade penal.

d) A crítica à dogmática alemã

Após o argumento da aparência – incindivelmente ligado, no nosso entendimento, a uma ideia de ilusão – e da intranquilidade social, a comissão revisora do projeto de Código Penal dedicou umas palavras em tom de crítica à dogmática alemã, por ter punido condutas em que a inidoneidade da tentativa existia apenas na imaginação do agente, não havendo uma externalização de “*vontade séria*”: condutas, essas, que nos levam às tentativas consideradas irreais.

Não obstante, esta crítica que a comissão revisora dirigiu à dogmática alemã parece-nos, contudo, irónica. E a ironia ressalta do fato de que, em boa verdade, nas situações de tentativa impossível por inexistência (ou ausência) do objeto, a idoneidade também só existe na imaginação do agente. Até porque os conceitos de imaginação e representação não andam muito distantes. E, de forma tão real quanto pragmática, o objeto não existe ou não se encontra no lugar do fato no momento da sua prática.

Tudo bem: admitimos que, na tentativa impossível por inexistência do objeto, existe de fato, uma exteriorização de “*vontade séria*” no sentido da prática do fato. Todavia, também podemos dizer que existe a externalização de uma vontade séria na figura do crime putativo – quando, na linha do exemplo dado pela comissão revisora, uma mulher pratica aborto sem estar grávida (com convicção de que está a cometer um crime), num ordenamento jurídico em que o aborto se encontre tipificado – não havendo, contudo, qualquer punibilidade.

e) A consideração da perigosidade do agente

Por fim, e tocando o ponto que mais mereceu o nosso olhar crítico, não podemos deixar de mencionar que a comissão revisora afirmou que o cerne da punibilidade da tentativa impossível não se encontrava muito ligado ao fato praticado pelo agente mas, sobretudo, ligado “à sua personalidade”.¹⁴⁴ Assim, por esse motivo de atendibilidade à personalidade do agente, a comissão revisora propôs a aplicabilidade de uma pena relativamente indeterminada, o que não nos parece uma solução justa ou, sequer, proporcional.

A pena relativamente indeterminada encontra-se prevista no art. 83º do CP e leva a uma “*avaliação conjunta dos factos praticados e da personalidade do agente*” para perceber se aquele “*revela uma acentuada inclinação ao crime*”,¹⁴⁵ devendo o agente, todavia, ter cometido anteriormente pelo menos “*dois crimes dolosos*”.

Deste modo, com base nos argumentos que já mencionámos, entendemos que a aplicabilidade da pena relativamente indeterminada a estas situações (sob um ponto de vista pragmático, impossíveis), se revela excessivamente abusiva, designadamente porque nada nos garante que o agente não tenha agido motivado por um qualquer impulso isolado ou uma qualquer emoção circunstancial, que em nada se liga a uma perigosidade por tendência, baseada na sua personalidade. Entendemos que, de certa forma, não deve o direito penal realizar raciocínios devaneantes de prognose, *contra reo*, baseados na prática de um fato isolado (e de concretização impossível).

¹⁴⁴ Actas das sessões da comissão revisora do Código Penal (...) op. Cit., p. 178. Pode ler-se que: “urge, todavia, considerar que, desta forma, a punição não se liga tanto ao facto praticado pelo agente como sobretudo à sua personalidade – o que consequentemente impõe que a pena aplicada seja ainda uma pena referida ao agente. Por isso se propôs a aplicação da pena indeterminada.”

¹⁴⁵ Nas palavras do art. 83º, nº 1 do CP, “*Quem praticar crime doloso a que se devesse aplicar concretamente prisão efectiva por mais de dois anos e tiver cometido anteriormente dois ou mais crimes dolosos, a cada um dos quais tenha sido ou seja aplicada prisão efectiva também por mais dois anos, é punido com uma pena relativamente indeterminada, sempre que a avaliação conjunta dos factos praticados e da personalidade do agente revelar uma acentuada inclinação para o crime, que no momento da condenação ainda persista*”.

2. Análise crítica da posição do legislador português

2.1. A tentativa impossível por inexistência (ou ausência) do objeto à luz do Código Penal atual

No código Penal de 1982 a tentativa encontra-se situada sistemicamente no capítulo das formas do crime. Não obstante o legislador penal ter atendido ao requisito objetivista da necessidade de dar início aos atos de execução (art. 22º do CP), não deixou de denotar a influência de notas subjetivistas, nomeadamente pela inclusão, nos elementos do tipo, da “*decisão*” de cometer o crime, o que nos remete ao plano intencional do agente.

O objetivismo, além da necessidade de dar início aos atos de execução (art. 22º, nº. 1, *ab initio*), pode vislumbrar-se na adopção de um critério objetivo na definição dos atos de execução como aqueles que preencham “*um elemento constitutivo de um tipo de crime*” (no art. 22º, nº. 2 al. a)).

O subjetivismo, além do requisito da “*decisão*” de cometer o crime (art. 22º, nº. 1, *in fine*), pode vislumbrar-se na ampliação da punibilidade, por considerar atos de execução aqueles que se revelarem “*idóneos a produzir o resultado típico*” (art. 22º, nº. 2, al. b)) e aqueles que “*segundo a experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis, forem de natureza a fazer esperar que se lhes sigam atos das espécies indicadas nas alíneas anteriores*”.

Destarte, podemos afirmar que o legislador penal considera que há tentativa impossível por inexistência (ou ausência do objeto) sempre que: a) exista decisão de cometer o crime; b) se pratiquem atos de execução; e, c) o crime não se chegue a consumir.

Não podemos deixar de mencionar que o juízo de idoneidade (a que se refere a al. b) do art. 22º, nº. 2), deve ser averiguado segundo um juízo *ex ante* de prognose póstuma sendo que, àquele juízo, deve acrescer a consideração, como ato de execução, dos casos em que a idoneidade provém de um critério baseado na “*experiência comum*”.

Com base no supra referido – e tendo em conta que a tentativa impossível por inexistência do objeto é punível, quando não seja manifesta a sua ausência, nos termos do art.

23º, nº. 3 – podemos dizer que a prática do fato, com base em um plano de aparência, encontra respaldo legal, enquanto acto de execução, com base na al. c) do art.22º do CP.

Não obstante, o tipo de tentativa em apreço (como qualquer outro tipo de tentativa), só é punível quando for aplicável, ao crime consumado correspondente, pena de prisão superior a 3 anos, salvo nos casos em que a lei o expresse (art. 23º, nº1), tendo-se afastado o legislador do que constava no projecto de EDUARDO CORREIA, em que bastava que a pena aplicável ao crime consumado correspondesse a pena de 2 anos de prisão.

Em matéria de punibilidade da tentativa resta-nos mencionar que a pena aplicável é a mesma que é aplicável ao crime consumado, ainda que especialmente atenuada, não tendo vingado a ideia de EDUARDO CORREIA, que defendia a aplicação da mesma pena a que corresponderia o crime consumado sem qualquer tipo de atenuação. Nesta linha de pensamento, o legislador português afastou-se do exagero do sistema jurídico alemão, que pune, no § 22º do StGB, a tentativa com a pena que seria aplicável ao crime consumado correspondente, sendo a sua atenuação meramente facultativa.

Olhando para os fundamentos, podemos concluir que se deve ao facto de o sistema jurídico-penal alemão ter sido fortemente influenciado, em um primeiro momento, pelo finalismo de WELZEL e pelo subjectivismo de MEZGER e, ainda, posteriormente, pela teoria das normas (que coloca o cerne da ilicitude no desvalor da ação deveniente da quebra da vigência da norma).

Pelo contrário, o legislador português – ao tornar obrigatória a atenuação especial da pena – demonstrou que o nosso sistema jurídico-penal coloca indubitavelmente o cerne da ilicitude no desvalor de resultado. Exatamente por isso, por atribuir um pouco mais de importância ao desvalor do resultado do que ao desvalor da ação, cabe-nos questionar o porquê da punibilidade de uma tentativa em que o seu objeto é inexistente ou ausente.

2.2. A punibilidade “quando não seja manifesta a inexistência do objeto” (art. 23º, nº3)

a) A posição de FIGUEIREDO DIAS e da doutrina majoritária

Na linha de pensamento de FIGUEIREDO DIAS e da maioria da doutrina portuguesa, o legislador penal decidiu equiparar as tentativas idóneas (ou possíveis) às inidóneas (ou impossíveis) para efeitos de punibilidade.¹⁴⁶

Destarte, aquando da explanação acerca do fundamento da punibilidade da tentativa inidónea, rejeita, aquele autor, *lege lata* as teorias objetivistas puras e, de igual modo, as teorias puramente subjetivistas, que levariam à punibilidade da tentativa irreal (com o qual não concorda). Contudo, entende que, ainda assim, o legislador adotou algumas notas de subjetivismo, apontando o exemplo paradigmático da punibilidade da tentativa inidónea (constante do art. 23º, nº. 3 do CP).¹⁴⁷

Neste sentido, aquele autor afirma que o legislador adotou a chamada “*teoria da impressão*” (enquanto teoria subjetiva-objetiva), dado que pune a tentativa inidónea, neste caso por inexistência do objeto, “*quando não seja manifesta a sua ausência*”.

A doutrina majoritária defende aquela teoria com base naquilo que, de acordo com a terminologia de FIGUEIREDO DIAS, se traduz numa “*aparência de perigo*” –, por entender que, “*no caso concreto, a tentativa, apesar de na realidade das coisas estar impossibilitada de produzir o resultado típico, é suficiente para abalar a confiança comunitária na vigência e na validade da norma de comportamento*”.¹⁴⁸

Aquele autor defende, ainda, que as teorias da impressão trouxeram à tentativa a dignidade do fato, pelo requisito da necessidade de se dar início aos atos de execução. Assim, entende que a aparência funciona como um critério objetivo de perigo “*aferido de acordo com*

146 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal (...) op. Cit.*, p. 713.

147 *Idem, Ibidem*, p. 714 – 715.

148 *Idem, Ibidem*, p. 715.

um juízo ex ante”.¹⁴⁹ Um critério que afasta a punibilidade das chamadas “*tentativas irrealis ou supersticiosas*”¹⁵⁰.

Com base no supra referido, podemos dizer que FIGUEIREDO DIAS parte de uma concepção do direito penal que defende que a ilicitude da tentativa inidónea se encontra numa aparência de perigo hipotético sem, todavia, atender às especificidades de um caso em que inexistente ofensividade, que é o cerne da ilicitude que defendemos. Entendemos que só a concentração do ilícito na ofensividade, *in casu* (quer de perigo ou de dano) nos propiciam a atendibilidade a uma razão prática, que o direito penal não deve descurar.

Assim, entendemos que, para que o direito contido na norma dirima a problematicidade do caso – não podendo esquecer que o direito se entretece e se aviva em torno da dialética ordem/problema –, não se pode afastar das suas especificidades. E, nessa linha de pensamento, entendemos que, no caso da tentativa impossível por inexistência (ou ausência) do objeto, as especificidades são unívocas, no sentido da inexistência de um bem jurídico protegido, em concreto, pela norma (que perde, desta forma, o seu elemento teleológico). Assim, o que existe é apenas uma ilusão: uma ilusão em sentido prejudicial ao agente e que, no nosso entendimento, não deve ser (des)valorada pelo direito penal, porque é desprovida de ofensividade.

Quando FIGUEIREDO DIAS atende à “*vigência e validade da norma*” refere-se a um plano de preensão geral positiva. Todavia, a palavra “*validade*” suscita-nos uma outra problematicidade: será válida uma norma incriminadora desprovida dos seus princípios e fundamentos axiológicos, que assumem o *nomen* de 'bens jurídicos'?¹⁵¹ Não se tornará aquela norma uma mera forma desprovida de substância? E não originará, o recurso a esse tipo de normatividade, excessos e arbitrariedades com base na utilização funcional da política criminal,

149 *Idem, Ibidem*, p. 716.

150 Posição que, além de ser da maioria da doutrina, é unívocamente seguida pela Jurisprudência. Neste sentido: Ac. Do TRL, processo nº 3738/2004-3, do relator Carlos de Sousa, DJ a 23/ 06/2004, disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/0/5657fb2683e2a70280256f4900510110?OpenDocument>>.

151 Sobre a questão da validade normativa, atendamos ao pensamento de CASTANHEIRA NEVES: “*os princípios normativo-jurídicos (...) manifestam-se no momento da subjetividade do sistema, no sentido ontológico do termo. O momento em que a intenção axiológica-normativa se assume e, portanto, o momento verdadeiramente normativo ou de regulativa validade fundamentante se postula, e graças ao qual o direito não se esgotará num normatum, para impor antes, na normatividade jurídica que exprime, o dinamismo constitutivo de um normans capaz de conferir ao direito-sistema a índole de um ordinans. É assim que o direito não será tão-só «objeto» e sempre, também, «sujeito», i.é., não se oferece apenas em termos de transcendência objetiva, mas numa intenção de transcendens constituinte.*” Cfr. NEVES, A. Castanheira. *Metodologia (...) op. Cit.*, p. 155.

como já originou em um passado não muito longínquo? Não podemos concordar com essa invalidade normativa eufemisticamente disfarçada de prevenção (uma vez que este autor entende que o fundamento da punibilidade da tentativa impossível se encontra no próprio fundamento e finalidade da pena)¹⁵². E, além de tudo, não é compatível com o normativismo onto-antropológico que defendemos.

Como defendemos que o cerne da ilicitude se encontra na colocação em perigo ou lesão efetiva de bens jurídicos, entendemos que a mera aparência, a impressão ou qualquer hipotético abalo de humor social não é suficiente para que haja uma intervenção do *ius puniendi* estatal.

Não obstante, nada melhor do que aceder ao pensamento dos defensores da teoria da Impressão, em termos globais. Assim, atendamos ao pensamento de MAURACH.

Aquele autor, muito embora tenha propugnado pela consideração de que toda e qualquer tentativa, seja ela possível ou impossível, deva ser analisada com base em um juízo *ex ante* (e independentemente de existir um bem jurídico ou não (ideia com a qual não podemos concordar)), não deixa e mencionar que, nas situações em que o autor faz uma representação errônea dos elementos do tipo, em seu prejuízo, não estamos perante tentativa, mas, antes, perante um crime impossível.¹⁵³

Todavia, na medida em que aquele autor parte de um ponto de partiga que apenas atende ao plano da norma, descurando a realidade e as especificidades do caso concreto, entendemos que podemos elaborar um raciocínio analógico *in bonam partem*, na medida em que, o que existe na tentativa impossível por inexistência (ou ausência) do objeto é um erro, não relativo aos elementos normativos do tipo, mas relativo à realidade. Um erro que, como já afirmamos, se encontra relacionado com uma ideia de ignorância da realidade objetiva e que, por isso, não deve ser desvalorado pelo direito penal.

Em jeito de conclusão deixamos uma última crítica, esta dirigida ao pensamento de FIGUEIREDO DIAS, que invoca as finalidades preventivas da pena (previstas no art. 40º do CP) como fundamento da punibilidade da tentativa impossível por inexistência do objeto. Vejamos.

152 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal (...) op. Cit.*, p. 691

153 MAURACH, Reinhart/ ZIPF, Heinz. *Derecho Penal: parte general. Volume II (...) op. Cit.*, p. 19.

Tentemos entender o raciocínio de FIGUEIREDO DIAS: como toda e qualquer tentativa se dá num plano *ex ante* e é indicadora de perigosidade – e entendamos, aqui, a perigosidade em um sentido lato – deve ser punida. E, assim, muito embora se entreponha um problema de inexistência de objeto, existe uma aparência que o direito penal deve tutelar.

A aparência ou a ilusão geraria, assim, uma ofensividade de perigo em que tomaria o hipotético por real. Todavia, como já o enunciámos, de fato, o objeto é inexistente e a verdade é que isso, em concreto, leva à inexistência de bem jurídico. E se não existe bem jurídico não pode existir perigosidade (quando muito a perigosidade remeter-nos-ia à pessoa do agente, sendo algo do qual nos queremos demarcar devido à defesa acérrima de um direito penal do fato).

Destarte, apontemos dois pensamentos que derivam da inexistência de perigosidade: em primeiro lugar, entendemos que a finalidade da pena não pode ser de prevenção geral positiva, na medida em que a norma é meramente formal e desprovida de fundamentação axiológica e da sua teleologia material (não existe um bem jurídico a proteger); em um segundo momento, não entendemos que exista qualquer finalidade de prevenção especial positiva, na medida em que o agente pode ter atuado com base em um qualquer impulso que não seja, *só de per si*, indicador de necessidades ressocializadoras (*vg.*, não possuir qualquer histórico criminal e, pelo contrário, demonstrar com base em aparências – uma aparência que até pode equivaler à aparência do bem jurídico que, efectivamente, não lesou – um estilo de vida saudável e socialmente integrado).

b) A posição de FARIA COSTA

Defensor de um direito penal assente na ideia de 'dever de cuidado' (de matriz *heideggeriana*) – que as pessoas devem ter umas para com as outras nas suas ações no plano do quotidiano, devido a uma *fragilitas* inerente à natureza humana¹⁵⁴ –, FARIA COSTA defende

154 Neste sentido: COSTA, José de Faria. *Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: lugar de encontro sobre o sentido da pena*. In Tratado luso-brasileiro da dignidade humana, 2ª Edição atualizada e ampliada. Editora Quartier Latin, São Paulo, 2008, p. 924.

que o cerne da ilicitude material reside no desvalor de resultado, enquanto verdadeira manifestação daquele desvalor de cuidado. E porque o ser nunca é sozinho (é sempre um ser com os outros, definindo-se tantas vezes por oposição) – e as ações se desenvolvem em um agir comunicacional com o outro –, aquele dever de cuidado postula, não só um cuidado relativo à produção de qualquer resultado (*stricto sensu*) mas, também, um cuidado de perigo. Daí que baseie o direito penal em uma primeva relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo. Um direito penal que defende enquanto “*ordem de liberdade*” e voltado para a protecção dos valores essenciais ao modo de vida em sociedade, que permitam 'ser aí com os outros'. Um direito penal voltado para a protecção de bens jurídicos com dignidade penal, na linha de um normativismo onto-antropológico. Um direito penal fragmentário.

Depois do supra mencionado, podemos perceber desde logo que a punição da tentativa impossível por inexistência (ou ausência) do objeto constitui um ponto crítico na sua construção do ilícito, na medida em que inexistente qualquer desvalor de resultado (de perigo ou de dano), não havendo quebra primeva relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo. Precisamente por isso – para tentar encontrar o fundamento material da sua punibilidade –, dedicou-lhe algumas reflexões. Vejamos.

Em primeiro lugar, no seu artigo “*As formas do crime*” - que nos remete ao ano de 1982 – defendeu que o fato de o Código Penal de 1982 ter alterado a palavra “*aparência*” para a palavra “*manifesta*” era já um indício de que o legislador supunha que se atendesse mais “*a um juízo de exterioridade*”.¹⁵⁵ No mesmo artigo, declarou que “*o juízo sobre a aptidão ou inaptidão do meio ou sobre a existência ou inexistência do objecto tem de ser, em primeiro lugar, um juízo objectivo, quer dizer, não releva aquilo que o agente considera apto ou inapto, existente ou inexistente.*”¹⁵⁶ Considerou, contudo, a atendibilidade, em um segundo momento, a um plano de razoabilidade para a generalidade das pessoas e ao plano dos conhecimentos concretos do agente.

O mesmo autor, após concordar que “*não há bem jurídico, o que há é uma aparência de bem jurídico*”, apela a uma ideia de normalidade assente num juízo *ex ante* de prognose póstuma e, numa tentativa de encontrar um fundamento material para a punibilidade da

155 COSTA, José de Faria. *As formas do crime. (...) op. Cit.*, p. 164.

156 *Idem, Ibidem*, p. 164.

tentativa impossível, afirma que “*dado o circunstancialismo em que o agente actuou o desvalor de acção deve ser punido não obstante não existir bem jurídico*”. Aditou, ainda, o fato de que a norma penal, na sua vertente de determinação, “*proíbe condutas que levam à violação ou perigo de violação daqueles bens jurídicos*”.¹⁵⁷

Mais tarde, pelo ano de 1987 – no seu artigo “*tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal)*” – defendeu que poderia elaborar-se um raciocínio de base analógica entre a presença e a ausência, levando a uma aplicação da punibilidade da tentativa impossível por inexistência (ou ausência) do objeto aos bens jurídicos estritamente pessoais, dirigidos à concreta pessoa humana, com base na ideia de proteção de um alo de representação do bem jurídico (v.g., a vida).¹⁵⁸

Nos restantes casos, estabelece uma comparação com os crimes de desobediência. Uma desobediência formal à norma – ainda que não concorde com a teoria austríaca da culpa sem ilícito – na medida em que não consegue encontrar uma ilicitude material e se vê, nesse sentido, obrigado a fundamentar a punibilidade da tentativa impossível por inexistência do objeto com base na existência de um *minimum* de punibilidade que extravaza a proteção de bens jurídicos¹⁵⁹.

Não obstante, escreveu no mesmo artigo que, sob um ponto de vista objectivo, “*o impossível, em verdadeiro rigor, gravita na ordem do inefável cuja sede não é seguramente no direito, onde, adiante-se de forma meramente accidental, o segmento da placidez das relações quotidianas, normais, sedimentadas, bem como sua assimilação e interiorização pela comunidade, é trincheira que nunca o mais ousado dos juristas quis transpor.*”¹⁶⁰

Na sua obra “*O perigo em direito penal*” afirma que a o direito penal não tem uma função exclusiva de protecção imediata de bens jurídicos possuindo, de igual modo, uma face de “*direito sancionador*”, muito embora justifique que esses casos e, ainda assim, tenha a finalidade de protecção mediata daqueles axiomas essenciais ao modo de vida em sociedade. Defende, por isso, que esses casos de protecção mediata se destinam a “*comportamentos ético-*

157 COSTA, José de Faria. *As formas (...) op. Cit.*, p. 165.

158 COSTA, José de Faria. *Tentativa e dolo eventual (...), op. Cit.*, p.68.

159 *Idem, Ibidem*, p. 70.

160 *Idem, Ibidem*, p. 60.

socialmente desvaliosos”, dando o exemplo da punibilidade de “*algumas situações de tentativa inidónea*”¹⁶¹.

Por último, na sua obra “*Direito penal especial (contributo para uma sistematização dos problemas “especiais” da parte especial)*”, afirma, mais uma vez, que o cerne da ilicitude penal reside na ideia de desvalor de resultado.¹⁶² E, se é verdade que, nessa mesma obra voltou a afirmar que o direito penal não se digna unicamente a proteger bens jurídicos, não deixa de ser verdade que tenha afirmado, de igual modo (acerca do exemplo da tentativa impossível de homicídio por inexistência (ou ausência) do objeto), que “*até o mais simples dos homens sabe que não se pode matar o que já está morto*” e que questionou se a “*meritória tentativa de legitimação da dogmática da punição da tentativa impossível, não constituirá, ela própria, uma tentativa impossível*”¹⁶³.

Após a explanação dos seus argumentos, cabe-nos uma reflexão. E a reflexão deriva do fato de nos encontrarmos em situação semelhante, na medida em que defendemos a sua concepção de ilícito material, voltado para o resultado, ligada à quebra daquela relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo.

Assim, entendemos que, muito embora exista um esforço de compatibilização daquela figura com uma concepção de ilícito acorada ao desvalor do resultado (ainda que englobante das situações de perigo), a verdade é que o legislador decidiu proteger a aparência por influência da lei penal alemã, que pune a tentativa impossível por inexistência do objeto.

Todavia, na medida em que “*o crime e a pena são a essentialia do nosso modo de viver comunitário, mas não são a-históricos*”¹⁶⁴, entendemos que o direito penal português acabou por sofrer influências do direito penal alemão, numa altura em que aquele direito se encontrava mergulhado no ilícito pessoal. Entendemos, por isso, que a inclusão da punibilidade da tentativa impossível por inexistência (ou ausência) do objeto no Código Penal português acabou por gerar um corte com as raízes do nosso sistema jurídico-penal, desde sempre mais

161 COSTA, José de Faria. *O perigo (...) op. Cit.*, p. 40.

162 COSTA, José de Faria. *Direito Penal Especial (contributo a uma sistematização dos problemas “especiais” da parte especial)*. Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 38.

163 *Idem, Ibidem*, p. 39.

164 COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais (...) op. Cit.*, p. 15.

voltado para o desvalor do resultado do que para o desvalor da ação e, sem dúvida, bem mais liberal do que aquele outro direito.¹⁶⁵

Relativamente às reflexões de FARIA COSTA, temos uma palavra a dizer: uma palavra que nasce, não da discordância, de todo, mas da existência de uma procura infundável acerca do fundamento legal da punibilidade deste preceito. Uma procura que, desde 1982 até à contemporaneidade, ainda não encontrou a origem, a validade material, o fundamento, muito embora, não o neguemos, tenha desenvolvido uma coerente linha de argumentação.

Não obstante, o (des)encontro do fundamento da punibilidade da tentativa impossível por inexistência (ou ausência) do objeto é-nos demonstrado pelo tom de incerteza e, sobretudo, pela inquietação que aquele autor deixa transparecer naquela constituenda tentativa (que o próprio autor conjectura como impossível) de compatibilização daquela punibilidade com a sua concepção de crime, *lato sensu*.

Deste modo, entendemos que o seu inefável esforço de compatibilização constitui, de certa forma, um espírito de fuga para não assumir, de forma límpida e unívoca, a sua discordância com o preceito legal. Até porque, o normativismo onto-antropológico que defende não descarta, no momento da “*prático-normativamente racionalizada realização judicativo-decisória do direito*”¹⁶⁶, de um juízo de ofensividade concreta, *in casu*. E sob um ponto de vista objetivo e pragmaticista, a concreticidade do caso revela uma impossibilidade fática (não obstante a afirmação de que inexistem “*factos puros*”).

Com base no supra mencionado, não se justifica, no nosso entendimento, o alargamento da tutela penal a estas condutas, na medida em que a norma se encontra desprovida, em concreto – e o mundo quotidiano, que chama a intervenção penal, é feito de pragmaticidades e de circunstancialismos concretos – de uma validade material. E dizer que não há validade material equivale a dizer que não há ilicitude. Punir, do mesmo modo, a conduta – olhando os sedimentos ou resquícios de 'determinação' na visão de uma norma penal declarada, *à priori*, como norma de valoração e invocando, agora e só neste caso específico, um

165 Relembre-se que a lei penal portuguesa foi das primeiras a abolir a pena de morte. Relativamente aos crimes considerados como 'civis'. A pena de morte foi abolida por decreto, a 1 de Julho de 1867.

166 BRONZE, Fernando José. *Lições de Introdução ao Direito*, 2ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 750.

direito penal sancionador – levaria a que caíssemos, ainda que o negássemos, na punibilidade da culpa sem ilicitude, como propugna uma corrente austríaca.¹⁶⁷

A tutela penal da tentativa impossível não pode sequer, no nosso entendimento, ser chamada de 'antecipação' da tutela penal, na medida em que a inexistência de objeto gera inexistência de perigosidade. Assim, falha a fragmentariedade de 1º grau (que responde à pergunta: protege-se o quê?), de nada relevando a existência da fragmentariedade de 2º grau (que responde à questão: protege-se como?). Nessa medida, entendemos que o art. 23º, nº. 3 do CP constitui uma norma 'meramente formal', desprovida de substância e do seu elemento teleológico, que deveria ser a protecção de um bem jurídico.

167 Sobre a teoria da culpa sem ilícito, *vide*: COSTA, José de Faria. *Tentativa e dolo eventual (...) op. Cit.*, p. 69, nota nº 93. Esta teoria nasceu com base na ideia de manter uma fundamentação objectiva do ilícito admitindo, todavia, a possibilidade de existir uma punição exclusivamente com base na culpa. Esta teoria nasceu com base na teoria dos imperativos de GOLDSCHMITT e THON (autores da escola austríaca). Aproximam-se todavia, no nosso entendimento, de um direito penal do autor. *Cfr.* PIEDECASAS, José Ramón Serrano. *Fundamento de la punición en la tentativa (...) op. Cit.*, pp. 528 e 529.

2.3. Entre a teoria do bem jurídico e o princípio da ofensividade

a) A teoria do bem jurídico e a legitimação das normas penais

É sabido que o Direito Penal enfrenta, nos dias que correm, uma grave crise devido ao fato de uma grande facção da dogmática penal, em termos globais, ter enveredado por um caminho distinto da teoria do bem jurídico (que apelidaram como “*o dogma do bem jurídico*”¹⁶⁸) e que parte para uma legitimação abstrata da norma penal com base na ideia de que, em democracia, os cidadãos atribuem essa faculdade ao poder legislativo. Um caminho que vê a norma penal exclusivamente sob uma perspectiva de 'norma de determinação', esquecendo a estreita ligação que a ciência penal, desde o tempo em que deixou de ser arbitrária – e isso levar-nos-ia às revoluções liberais devido à sua ruptura com os mais extremados dos despotismos –, sempre teve com a filosofia dos valores (que lhe atribuía validade).

E, se é verdade que foi o extremo dessa filosofia que conduziu ao finalismo de WELZEL e ao subjectivismo, em geral, não deixa de ser verdade que a sua ausência – mormente demonstrável nas concepções sociológicas que primam por uma autossuficiência sistémico-funcional (e desumana) da lei penal, da qual o nome de JAKOBS se torna, já, um exemplo paradigmático – origina aplicações desproporcionais da lei e, conseqüentemente, flutuações de justiça na dirimição dos casos concretos. Tudo isso, com base na rigidez da letra da lei – tantas vezes inspidamente limitada –, que não proporciona uma interpretação maleável ou adequada, por parte do jurista judicante, às especificidades ou circunstancialismos concretos que requerem a intervenção penal.

Precisamente por não concordarmos com o vislumbre da norma penal exclusivamente como norma de determinação, e por já termos mencionado nesta dissertação que, em última instância, origina arbitrariedades de política criminal, cabe-nos explicitar o porquê da

168 SEHER, Gerhard. *La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico*. In *La teoría del Bien Jurídico: Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de ablatórios dogmático?* Marcial Pons, Ediciones jurídicas e sociales. Barcelona, 2007, p. 70.

defensibilidade de um direito penal assente na teoria do bem jurídico como fonte da sua legitimação.

Não queremos, com isto, ser intolerantes com as concepções que propugnam pelo oposto. Em boa verdade, encontramos-nos conscientes das alterações e dos novos chamamentos a que a ciência penal deve responder: chamamentos que surgiram após a queda do paradigma Estado-Nação e devido ao surgimento de um modelo sociológico global, que fez irromper a criação de bens jurídicos colectivos e supra-individuais, que andam muito longe daquele núcleo protegido nos meandros do século das luzes.

Todavia, por entendermos que o Direito penal é uma “*ordem de liberdade*”¹⁶⁹, em que se encontram em jogo valores essenciais ao modo de vida em sociedade – e porque todo o conceito possui, em si mesmo, a capacidade de se tornar no seu oposto –, entendemos que deve encontrar a sua legitimação em algo além da figura do legislador, que tornaria em bem jurídico qualquer *quid* tipificado¹⁷⁰. Não optar por uma via contrária àquele rumo levar-nos-ia aos caminhos sinuosos das já apontadas teorias normativo-funcionais, que funcionam aconradas em meras táticas de política criminal, em que “*a pena opera como um instrumento de tecnologia social*”¹⁷¹ atentando, no nosso entendimento, à concepção de *pessoa humana* (e ao princípio basilar do ordenamento jurídico, previsto no art. 1º da CRP), pelo fato de a funcionalizarem utilitaristicamente à obtenção de fins, negando que ela seja um fim em si mesmo.

Assim, não obstante a confusão em torno da conceituação de bem jurídico, não podemos concordar com as perspectivas que se baseiam unicamente na norma e que digam, tal qual KAHLO, que eles (os bens jurídicos) “*não estão simplesmente por aí, nem caem do céu*”, na medida em que não são “*manifestações da natureza nem possuem carácter*

169 Sobre o direito penal como uma ordem de segurança e de liberdade num contexto cada vez mais securitário, criticando a jurisprudência do tribunal alemão e o acervo normativo da União Europeia: DENNINGER, Erhard. *Prevención y libertad: sobre el orden de la libertad*. In Anales de la Cátedra Francisco Suárez, nº 43, 2009, pp. 39 – 57. Sobre a intervenção penal como a “mais intensa limitação da liberdade”, vide: BÖSE, Martin. *Derechos fundamentales y derecho penal como “derecho coactivo”*. In La teoría del Bien Jurídico: Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de ablatórios dogmático? Marcial Pons, Ediciones jurídicas e sociales. Barcelona, 2007, p. 140.

170 Sobre esta problemática: SEHER, Gerhard. *La legitimación de normas penales (...)*, op. Cit., p. 72.

171 *Idem, Ibidem*, p. 72.

transcendente”¹⁷² ou com aquelas que entedem que bastaria um apelo ao princípio da proporcionalidade, em deterimento da teoria do bem jurídico, para que se encontrasse uma legitimação das normas penais.¹⁷³

Não queremos, com isto, dizer que os bens jurídicos possuem ou devam possuir qualquer carácter transcendente. Todavia, também não entendemos que se devam reduzir a preceitos estáticos de mera política criminal. Na medida em que propugnamos por um direito penal que intervenha de forma subsidiária, enquanto *última ratio*, o nosso pensamento encontra concordância com SEHER, quando defende que “*uma legislação penal liberal constitui uma limitação essencial a toda a forma de paternalismo penal*”¹⁷⁴.

Com base na ideia de que, do mesmo modo que o Direito penal pune quem comete um crime, entendemos que deve limitar, ao mesmo tempo, a luta contra o crime – sob pena de se criminalizarem condutas sem fundamento, restringindo a liberdade com base numa vontade 'malévola' que não nos remete, agora, para o agente mas, antes, para o legislador – o nosso pensamento flui, de certa forma, em consonância com HASSEMER, quando remete a legitimação da lei penal para os direitos fundamentais¹⁷⁵. E esta concordância com HASSEMER não nos vincula à defensibilidade exclusiva de bens jurídicos pessoais.¹⁷⁶ Não.

172 KAHLO, Michael. *Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en derecho penal*. In *La teoría del Bien Jurídico: Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de ablorios dogmático?* Marcial Pons, Ediciones jurídicas e sociales. Barcelona, 2007, p. 56.

173 Neste sentido: NEUMANN, Ulfrid. *O princípio da proporcionalidade como princípio limitador da pena*. In *RBCCrim*, nº. 71, 2008, pp. 205 – 229. Em sentido semelhante: STERNBERG-LIEBEN, atende ao fato de o princípio da proporcionalidade (“*enquanto cláusula de Estado de Derecho*”) dever conjugar-se com os princípios fundamentais funcione como limite da autoridade estatal no sentido da limitação da liberdade mediante a definição de certas condutas como delito. *Cfr.* STERNBERG – LIEBEN, Detlev. *Bien Jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal*. In *La Teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de ablorios dogmático*. Marcial Pons Ediciones jurídicas, Barcelona, 2007, p. 107.

174 SEHER, Gerhard. *La legitimación (...) op. Cit.*, p. 80.

175 HASSEMER, Winfried. *Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?* In *La teoría del Bien Jurídico: Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de ablorios dogmático?* Marcial Pons, Ediciones jurídicas e sociales. Barcelona, 2007, pp. 97 – 99. Em sentido divergente, KINDHÜSER afirma que “*os bens jurídicos podem ser definidos como aquelas características de pessoas, coisas ou instituições que servem ao livre desenvolvimento do individuo*” sendo que a proteção de bens jurídicos é limitada (não pelos direitos fundamentais) mas “*pela racionalidade com relação aos fins, pelo benefício social-pragmático atingido e pela utilidade distributiva*”. *Cfr.* KINDHÄUSER, Urs. *Pena, Bem jurídico-penal e protecção de bens jurídicos*. In *RBCCrim*, nº 95, 2012, p. 92.

176 Contra HASSEMER, devido ao fato de considerar que este autor apenas remete o direito penal para a proteção de um núcleo de bens jurídicos estritamente pessoais, HEFENDEHL insurge-se na necessidade de tutelar outros bens jurídicos, que são do interesse de todos e essenciais à vida em sociedade, *vide*: HEFENDEHL, Roland. *Uma teoria social do bem jurídico*. In *RBCCrim*, nº 87, 2010, pp. 103 – 120.

Reconhecemos a existência e a necessidade de tutela penal de realidades que transcendem o mero plano individual. Todavia, no caso em apreço – na tentativa impossível por inexistência (ou ausência) do objeto – só podemos considerar bens jurídicos concretos, na medida em que já catalogamos a natureza jurídica da tentativa como um mecanismo de perigo concreto e não como um *minus* relativamente à consumação.

Abranger a antecipação da tutela penal aos crimes de perigo abstrato (e não esqueçamos que esses tipos de perigo visam a protecção de bens jurídicos supra-individuais e intangíveis) consubstanciar-se-ia numa excessiva antecipação da tutela penal, na medida em que se estaria a proteger com base no perigo (1ª protecção de perigo) da colocação em perigo (2ª protecção de perigo) de um bem jurídico com dignidade penal.

Assim, muito embora autores como LENCKNER defendam que o direito penal pode punir comportamentos em que não exista qualquer bem jurídico,¹⁷⁷ entendemos que a sua inexistência faz com que a norma se torne em uma mera forma literal desprovida de significância padecendo, por isso, de uma invalidade material. Uma invalidade material que provém da inexistência de uma ofensividade de qualquer tipo. E é precisamente por isso que, na linha do pensamento de HEFENDEHL, dizemos que a teoria do bem jurídico “*está viva*”, não se encontrando no “*seu leito de morte*”.¹⁷⁸

b) O bem jurídico em abstrato e o objeto da ação

Com a maior das relevâncias para o encontro do fundamento da punibilidade da tentativa impossível em apreço, cabe-nos apenas analisar mais uma problematicidade: a questão da confusão entre o conceito de bem jurídico e o objeto da ação. E esta necessidade de desimbricar um de outro conceito prende-se à necessidade de saber se, *v.g.*, se se pode punir uma conduta em que a ausência do objeto da ação leva à inexistência do bem jurídico, em

177 LENCKNER *apud* FARIA COSTA. *O Perigo (...) op. Cit.*, p. 41, nota 34.

178 HEFENDEHL, Roland. *El bien jurídico como eje material de la norma penal. In La teoría del Bien Jurídico: Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de ablatórios dogmático?* Marcial Pons, Ediciones jurídicas e sociales. Barcelona, 2007, p. 179.

concreto, muito embora possa existir um bem jurídico em abstrato. Percebamos melhor esta questão¹⁷⁹.

Quando o legislador pune determinada conduta com o intuito de proteger um bem jurídico supra-individual (crimes de perigo abstrato¹⁸⁰), podemos dizer que exista, de fato, um bem jurídico em abstracto sem que possa sequer existir um objeto da acção, em concreto. Nesses casos o que existe, no nosso entendimento, é um valor essencial ao modo de vida em sociedade, que, pelo fato de ser supra-individual é, muitas vezes, intangível.

Não obstante, algo de diferente ocorre nos crimes de perigo concreto, em que, muito embora exista a proteção abstrata de um bem jurídico (v.g., a vida humana), a inexistência do objeto leva a que não haja, efetivamente, qualquer tipo de ofensividade, na medida em que nos parece abusivo, excessivo e até surreal, considerar que – v.g., quando A quer matar B e, por isso, se dirige ao seu quarto durante a noite, disparando sobre uma cama cheia de almofadas – exista uma ofensa de perigo ao bem jurídico 'vida humana'.¹⁸¹⁻¹⁸²

179 Sobre a distinção entre bem jurídico e objeto da ação, vide, HEFENDEHL, Roland. *El bien jurídico como eje material de la norma penal. (...) op. Cit.*, p. 180 – 181. Elaborando, igualmente, a distinção entre o bem jurídico e o objeto da ação: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal (...) op. Cit.*, p. 308.

180 E note-se que existe um esforço sucessivo do legislador para substituir os crimes de resultado pelos crimes de perigo. Sobre essa temática: WOHLERS, Wolfgang. *Teoria do bem jurídico e estrutura do delito. In RBCCrim*, ano 19, nº 90, p. 98. Sobre o princípio da ofensividade e os crimes de perigo abstrato, mormente sobre a sua integração na teoria do bem jurídico: GRECO, Luís. *“Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstracto – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. In RBCCrim*, nº 49, 2004, pp. 89 – 137.

181 No sentido de corroborar o que acabámos de dizer, invocamos que deve existir um juízo de ponderabilidade e bom senso acerca entre o absolutismo e o relativismo. Expliquemos melhor: apenas existe um valor em abstrato (v.g., a vida humana). Todavia, no nosso entendimento, aquela abstração não basta. E não basta porque todos os valores, enquanto conceitos, se encontram sujeitos a um plano que anda muito longe das concretizações do mundo sensível. Qualquer leigo consegue perceber que os conceitos absolutos necessitam de uma pragmaticidade no sentido da sua concretização. Pensemos, a título de exemplo, na Justiça. De que serviria o conceito de Justiça se ela não pudesse ser concretizada na dirimição de casos concretos? Com base nessa reflexão, aludimos à necessidade de existência do objeto nos crimes de perigo concreto, para que possamos encontrar ilicitude no ato de colocação em perigo. Em sentido semelhante: MUÑOZ, Francisco de Paula Puy. *Sobre la antinomia universalidade – relativismo. In Anuario de Filosofía del derecho*, nº XI, 1994, p. 80.

182 Para corroborar o que acabámos de considerar: *“A exigência de antijurudicidade material amplia o carácter garantista do sistema penal ao se permitir considerar o delito e a sua realidade material, como a realização de um indivíduo concreto dentro da relação social. (...) A pena tem a função de proteger bens jurídicos. E a protecção dessas realidades sociais concretas” (...) “falar de política penal em um Estado Democrático de Direito é falar de política de proteção de bens jurídicos” (...) “e isso significa expor o sistema penal à revisão crítica da sua própria base de legitimação”.* Cfr. MALAREE, Hernan Hormazabal. *Bien jurídico y e Estado Social y Democrático de Derecho: el objecto protegido pela norma penal.* Editorial Jurídica ConoSur, segunda edición, Santiago de Chile, 1992, p. 174 e 175.

c) Deve o direito penal punir condutas inofensivas?

Não entendemos, com base no supra mencionado, que possam ser desimbricáveis, nos crimes de perigo concreto, um e outro conceito. E, nessa medida, punir aquele perigo hipotético constituiria uma violação quer do princípio da ofensividade, quer do princípio da proporcionalidade, uma vez que não há, por falta de perigosidade do fato, merecimento ou necessidade de pena. Assim, das duas uma: ou se puniria por moralismo¹⁸³ ou se puniria a perigosidade, não do fato, mas da personalidade do agente.

Destarte, defendemos que não deve o direito penal punir condutas em que inexista ofensividade a um bem jurídico. E não o deve fazer porque, como já o dissémos, estaria desse modo a restringir mais a liberdade e os direitos fundamentais do agente do que este último jamais restringira relativamente ao pretense ofendido.

Nessa linha de pensamento, entendemos que a punibilidade de condutas em que inexiste qualquer ofensividade, *in casu*, acaba por se basear em uma norma incriminadora inválida sob um ponto de vista axiomático: uma mera forma desprovida de substância. Entendemos, então, que o *ius puniendi* estatal só deve ser chamado a intervir quando estejamos perante um verdadeiro desvalor de resultado, na medida em que não se deve bastar com intenções desvaliosas. Até porque entendemos que a forma – a verificação de um resultado de dano ou de perigo – acaba por ser mesmo uma espécie de reforço da substância (pense-se, *v.g.*, por analogia, nos contratos solenes, em que há necessidade de uma ritualização formal para que sejam válidas a manifestações de vontade dos contraentes).

E, contudo, não podemos deixar de referir que a formalidade de que falamos não necessita de se fazer sentir no radicalismo de um objetivismo impositivamente pragmatizado ou na necessidade de verificação de um resultado naturalístico. Pelo contrário e livres de falácias empíricas. Falamos do desvalor de resultado de lesão efetiva, sem descurar a existência e a relevância de desvalores de resultado de perigo. Falamos em um desvalor de resultado que

183 SEHER, Gerhard. *La legitimación (...) op. Cit.*, p. 87. Muito se tem falado, desde 2010, acerca da problemática do moralismo devido ao facto de o Tribunal Constitucional Alemão ter considerado conforme à constituição a tipificação penal do incesto. Uma decisão que lançou o debate e contra a qual se insurgiram algumas vozes da dogmática daquele país, de entre os quais se destaca HASSEMER. Para uma melhor compreensão: GRECO, Luís. *Tem futuro a teoria do bem jurídico?: Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto*. In RBCCrim, nº 82, 2010, p. 165 – 183.

origina a ruptura da relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo, até porque a pena não é mais do que uma espécie de revalidação daquela primitiva relação. E, em boa verdade, nos casos em que não há ofensividade, não pode haver ruptura daquela relação onto-antropológica, na medida em que não há 'crime' em sentido material gerando, conseqüentemente, desnecessidade de pena.

Concluimos este tópico com as palavras de FARIA COSTA: “*não basta o legislador definir com exactidão a conduta ou condutas proibidas, é preciso ainda e sempre, através da categoria de mediação do cuidado-de-perigo, ver se aquela conduta proibida visa proteger, se bem que por meio da mais avançada das defesas jurídico-constitucionalmente permitidas, um concreto e determinado bem jurídico com dignidade constitucional ou, talvez ainda de maneira mais rigorosa, um bem jurídico penal.*”¹⁸⁴

2.4. A inexistência de objeto e a finalidade da pena

a) A rejeição da finalidade de prevenção geral positiva

Tendo em conta que o legislador penal português pune, por imposição do art. 23º, nº. 3 do CP, a tentativa impossível por inexistência (ou ausência) do objeto quando não seja manifesta a sua ausência, cabe-nos a indagação, agora não do seu fundamento mas, tão-somente, da sua finalidade¹⁸⁵.

Como já referimos nesta dissertação, discordamos com o pensamento dos autores que remetem a problemática da fundamentação da punibilidade da tentativa impossível para a questão das finalidades da pena, sendo que a crítica que já lhes apontámos servem, igualmente, para este tópico. Não obstante – e atendendo às especificidades do sistema jurídico-penal português –, é o próprio legislador penal que indica, no nº. 1 do art. 40º do CP, que “*a*

184 COSTA, José de Faria. *O perigo (...) op. Cit.*, p. 646.

185 Sobre a teoria dos fins da pena como instrumento argumentativo pelos autores de orientação funcionalista: STRATENWERTH, Günther. *Qué aporta la teoría de los fines de la pena?* In RBCCrim, nº 66, 2007, pp. 53 – 75.

aplicação de penas e medidas de segurança visa a proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade.” Ou seja, o legislador adoptou a finalidade de prevenção geral positiva (que visa a proteção da vigência da norma, na medida em que exerce uma função protetora de bens jurídicos) e uma finalidade de prevenção especial positiva (na medida em que atende à reintegração do agente na sociedade).

Desta via, entendemos que, pelo simples fato de inexistir ofensividade relativamente a um qualquer bem jurídico (como já defendemos supra), decai a dimensão valorativa da prevenção geral positiva subsistindo apenas a sua dimensão de confiança na normatividade.¹⁸⁶ Todavia, essa dimensão de confiança na normatividade acaba por cair, na medida em que o legislador aponta especificamente que a norma se destina à proteção de bens jurídicos, não dando abertura para as concepções que centram a ilicitude na quebra da vigência da norma. Assim, pelo simples fato de inexistir um bem jurídico, a norma torna-se materialmente inválida, na medida em que se torna um tipo sem ilícito.¹⁸⁷

b) Rejeição da finalidade de prevenção especial positiva

Relativamente à prevenção especial positiva, entendemos que o agente, que tentou impossivelmente praticar o respectivo crime consumado, pode não apresentar qualquer necessidade ressocializadora. Pode tratar-se de uma pessoa com um estilo de vida saudável e

186 Em tom de crítica às teorias teorias da prevenção geral, que cataloga como “empíricas” e “sem cérebro”, Kant afirmara que “*uma teoria do direito meramente empírica (como a cabeça de madeira de Fedro) é uma cabeça que pode mesmo ser bela, mas, que pena!, em seu interior não há cérebro.*” Com base naquelas palavras, NAUKE afirma que KANT foi “clarividente” e que “*a regra empírica fundada no poder, elevada a direito positivo, é demasiado pálida do ponto de vista teórico, vazia do ponto de vista do conteúdo, pedante do ponto de vista da linguagem, e cómoda do ponto de vista político.*” Cfr. NAUKE, Wolfgang. *A crítica de KANT à teoria empírica do direito.* In RBCCrim, nº 95, 2012, p.98 e p. 114. Num sentido contrário, e apelando ao proceduralismo formal como forma mais próxima de universalismo, vide: GÓMEZ, Pedro Francés. *Sobre la única via posible para el universalismo ético e jurídico.* In Anuario de filosofía del derecho, ano XI, 1994, pp. 41 – 60.

187 BECCARIA, defensor da prevenção do crime, lutou pela humanização do direito penal. A sua concepção de prevenção criminal não se encontrava relacionada com o respeito de qualquer imperativo de dever meramente normativo-impositivo, mas antes, algo baseado nos valores sociais que o direito penal deveria proteger. Assim, ainda que não concordemos, na medida em que critica esta perspectiva de 'valoração' devido ao facto de seguir um caminho que centra a ilicitude na quebra da vigência da norma, KINDHÄUSER afirma que “*el fundamento de la concepción de Beccaria acerca del crimen y la pena, así como de sus reflexiones acerca da profilaxis criminal, se encontra en su filosofía del Estado y de la Sociedad.*” Cfr. KINDHÄUSER, Urs. *Acerca de la concepción de la prevención criminal de Cesare Beccaria.* In RBCCrim, nº 87, 2010, p. 151.

ter actuado meramente por impulso ou condicionado por uma qualquer emoção prolongada. E ainda que tenha atuado com uma vontade malévola, entendemos que não necessariamente tenha necessidade ressocializadora.

Veja-se, a título de exemplo, um caso de desvio da psicopatia, a sociopatia, dificilmente comprovável para ser catalogada como um estado de inimputabilidade baseado em “*anomalía psíquica*”, nos termos do art. 20º do CP (e lembremos que, de igual modo, a medida de segurança também apresenta uma finalidade de proteção de bens jurídicos, nos termos do nº. 1 do art. 40). Se partirmos do princípio de que o agente da tentativa impossível padece daquela patologia comportamental, não nos parece que fossem necessárias quaisquer necessidades de reinserção social. Frise-se que os sociopatas atuam partindo de um egoísmo desligado das emoções humanas, com base no mais calculado dos atos, com a vontade mais malévola sendo, todavia, muito sociáveis e chegando, inclusivamente, a obter posições de relevo nos mais importantes círculos sociais.

Não entendemos que a aplicação de uma pena, cuja causa foi uma ação inofensiva para um bem jurídico, leve, *v.g.*, um sociopata ou tão-somente o sr. A, típico homem médio – que tentou impossivelmente matar B disparando, durante a noite, sobre a sua cama quando aquele se encontrava na cozinha – a uma 'ressocialização', na medida em que estamos perante sujeitos completamente inseridos nas estruturas sociais.

Quando muito, a prevenção que poderia ter lugar nesses casos – uma prevenção sempre ligada à consideração da perigosidade imanente da personalidade do agente e não da perigosidade do fato, que é comprovadamente inofensivo – seria de cariz negativo, nunca uma prevenção especial positiva.

Assim, somos obrigados a rejeitar a ideia – que entendemos possuir um toque de devaneio utópico – de que a aplicação de pena aos casos de tentativa impossível por inexistência do objeto se deve a necessidades de ressocialização¹⁸⁸. Como já o dissemos, quando muito, entrevemos a cominação de pena como uma desculpa para punir a perigosidade do agente e, desse modo, segregá-lo de um meio social 'saudável', o que nos parece questionável à luz de um direito penal do fato.

188 Sobre os questionamentos derivados da palavra ressocialização ou socialização, tal como o antagonismo daques conceitos com o cárcere: TRINDADE, Lourival Almeida. *A ressocialização... uma (dis)função da pena de prisão*. Sergio Fábreas Editor, 2003.

c) A rejeição das teorias retributivas

Chegado à conclusão de que o legislador penal decidiu, com base numa aparência que não anda muito longe da mera ilusão, punir uma conduta em que inexistente uma ofensa a qualquer bem jurídico – uma conduta inofensiva, o que equivale a dizer que é, *in casu*, totalmente desprovida de perigosidade – e que, nesses termos, inviabiliza qualquer finalidade preventiva de cariz positivo na aplicação da pena, cabe-nos averiguar qual é, então, a verdadeira finalidade da aplicação da pena nesses casos.

Na medida em que existe uma punição que não seja baseada na ilicitude, sobra a concepção austríaca, que defende a 'teoria da culpa sem ilícito'.¹⁸⁹ Ou seja, não há qualquer crime em sentido material, mas, mesmo assim, o agente actuou de uma forma contrária à norma quando podia e devia ter agido de outra forma. Como já referimos em outros pontos desta dissertação, não concordamos com este pensamento. Todavia, olhando para a realidade que se nos coloca diante desta análise e não encontrando um fundamento plausível para que tenha lugar aquela punibilidade, resta-nos atender àquela hipótese.

Assim, a punição com base na culpa rapidamente nos leva a juízos retributivos das finalidades da pena.¹⁹⁰ Uma retribuição assente na ideia de que a pena é um mal necessário para

189 PIEDECASAS, José Ramón Serrano. *Fundamento de la punición (...) op. Cit.*, pp. 528 – 529. A punição exclusivamente com base na culpa parece-nos nitidamente algo a afastar. Um afastamento que nasce, em primeiro lugar, devido à inexistência de bem jurídico (na tentativa impossível por inexistência ou ausência do objeto) e, em segundo lugar, devido à questionabilidade do exercício de arbítrio ilimitado na formulação da vontade. Neste sentido, muitas são as vozes que, nos dias que correm analisam esta problemática da culpa. RUBIA, um neurocientista, entende que o ser humano não é livre e que se encontra condicionado pelas suas tendências cerebrais. Deste modo, questiona toda a fundamentação do direito penal na teoria da imputação de PUFFENDORF e no transcendentalismo de KANT. Cfr. MERKEL, Grisha. *El juego lingüístico de la culpabilidad. In Neurociências y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Edisofer Libros jurídicos, Buenos Aires, 2013, pp. 403 – 423.

190 As teorias retributivas são qualificadas como teorias absolutas da pena e “a pena é legítima, segundo elas, se for a retribuição de uma lesão cometida culpavelmente”. Todavia, no caso acima, não existe qualquer lesão, quer de dano, quer de perigo. A lesão em causa liga-se com um abuso de liberdade “que é reprovável e por isso geral culpabilidade. O fundamento da pena será exclusivamente a justiça ou a necessidade moral.” “A pena necessária é aquela que produz um mal ao seu autor (diminuindo os seus direitos) que compense o mal que causou livremente.” A utilidade da pena para as teorias retributivas encontra-se “fora do fundamento jurídico da mesma”. Esta teoria da finalidade da pena foi seguida por autores como KANT e HEGEL. Cfr. BACIGUALUPO, Enrique. *Manual de Direito Penal: parte general*. Terceira Reimpressão. Editorial Temis, Santa Fé Bogotá, 1996, p. 12 e 13.

um mal permitido (pelo arbítrio do agente), que representou a realidade de uma forma e, mesmo assim, sabendo que era 'errado' decidiu agir¹⁹¹.

Todavia, o juízo retributivo em causa – muito embora se baseie na ética e em moralismos – encontra a sua base numa ideia de proporcionalidade entre a medida da culpa e a medida da pena, o que não nos parece que aconteça nestes casos, dado que é aplicável aos casos de tentativa impossível por inexistência (ou ausência) do objeto a mesma pena que seria aplicável ao respectivo crime consumado, ainda que especialmente atenuada, nos termos do art. 23º, nº2 do CP. Não nos parece, por isso, aceitável esta finalidade.¹⁹²

d) Rejeição da finalidade neoretribuiva de FARIA COSTA

Não obstante o fato de já termos mencionado que defendemos um normativismo onto-antropológico – que se baseia no dever de cuidado do eu para com o outro e numa primeira relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo – a finalidade da aplicação da pena encontrar-se-ia na necessidade de revalidação ou reposição daquela relação (que fora quebrada pelo crime), possuindo, assim, um teor neoretributivo.

Contudo, como não entendemos que estejamos perante um crime em sentido material no caso em apreço (da tentativa impossível por inexistência (ou ausência) do objeto), não chega sequer a existir quebra daquela primeira relação de cuidado-de-perigo e, conseqüentemente, não há necessidade de pena.

191 O retribucionismo apresentou desde sempre suportes teológicos, na medida a que se atendeu desde muito cedo a pensamentos como este: “ *O juiz supremo, no dia do juízo final, aplica unicamente o princípio da retribuição*” (p. 251). As ideias fundantes do pensamento retributivo encontram amparo em imperativos éticos, na filosofia transcendental ou metafísica e, obviamente, no direito natural. Nas palavras de BETTIOL “*não existe – na verdade – outro sistema penal que possa oferecer tantas garantias para a pessoa humana como um sistema de base retributiva (...). No plano especulativo a pena retributiva é a única que considera o homem 'um valor' absoluto que nunca pode ser degradado à condição de meio relativo a um fim (...). O 'valor' da pessoa postula o 'valor' da pena: os termos são correlativos e incindíveis.*” Cfr. BETTIOL, Giuseppe *apud* PATO, Pedro Vaz. *No cruzamento do direito e da ética*. Coimbra, Almedina, 2008, p. 253.

192 Ainda na temática da finalidade neoretributiva da pena – no sentido de corroborar o que afirmamos acima – invocamos as palavras de MANTOVANI, quando fala da finalidade da pena para CARRARA, uma “*esigenza, propria della giustizia retributiva, della proporzionalità del male della pena al male del delitto.*” Cfr. MANTOVANI, Fernando. *Francesco Carrara e la funzione della pena*. In *L'indice penale*, Padova, ano 24, nº 1, (Gennaio – Aprile), 1990, p. 74.

2.5. A punibilidade da inexistência do objeto: um resquício do ilícito pessoal?

Percorrido todo o caminho das finalidades da pena – e após termos negado as finalidades de prevenção geral positiva (que o legislador penal português destina, de acordo com o n.º 1 do art. 40º do CP, à “*proteção de bens jurídicos*”), as finalidades de prevenção especial positiva (que, na linha daquele mesmo artigo apontam para a necessidade de “*ressocialização*” do agente¹⁹³), as finalidades retributivas (por nos remeterem à teoria da ‘culpa sem ilícito’ e por não respeitar a proporcionalidade entre o mal daquela culpa, baseada numa ação inofensiva, e o mal da pena, que, ainda que especialmente atenuada, seria baseada na pena do respectivo crime consumado), e a finalidade neoretributiva de FÁRIA COSTA (na medida em que a falta de perigosidade da conduta não gera sequer a quebra da relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo, não existindo, por isso, necessidade de revalidar aquela relação) – surge-nos a questão que a inquietação não consegue calar: qual é, então, a finalidade da pena aplicável nos casos de tentativa impossível por inexistência (ou ausência) do objeto?

Destarte, se não há prevenção positiva de qualquer tipo nem qualquer finalidade retributiva (e afastando as finalidades de prevenção geral negativa), sobram-nos as finalidades de prevenção especial negativas. Todavia, urge questionar: o que é que se está a prevenir com a aplicação da pena? A resposta surge-nos de forma lógica. Vejamos.

Partindo da premissa de que a cominação de pena segue uma finalidade de prevenção, na medida em que nos remete a um estado de antecipação da tutela penal movido por uma colocação em perigo, chegamos à conclusão – com base na segunda premissa, que se traduz na inexistência, em concreto, de ofensividade para um qualquer bem jurídico – que aquela necessidade preventiva nos remete, não para qualquer estado de perigosidade relativo a um fato mas, antes, para uma perigosidade relativa à personalidade do agente.¹⁹⁴ Uma conclusão

193 Até porque (com base em um raciocínio analógico de inversão), do mesmo modo que uma pessoa totalmente desviada dos padrões sociais pode não ser ‘criminoso’ algum – e frisemos que todo o ser humano é um criminoso em potencial, num tempo marcado pela assunção de ‘riscos’ –, pode, também, um verdadeiro ‘criminoso por tendência’ ser totalmente integrado nas estruturas sociais.

194 Para as teorias de prevenção especial negativas da pena “*a incriminação também se dirige à pessoa inculpada, mas não para a melhorar, para neutralizar os efeitos da sua inferioridade, à custa de um mal para*

derivada, no nosso entendimento, de uma espécie de presunção inelidível assente no raciocínio de que, pelo simples fato de o agente ter praticado uma ação desvaliosa se torna, de forma incontornável, numa pessoa considerada perigosa para o meio social em que se insere, devendo, por isso, ser segregado sob a égide da manutenção da paz pública. Assim, podemos dizer que vários fatos nos conduziram a esta compreensão da problemática em análise.

Em primeiro lugar, se partirmos para uma interpretação histórico-evolutiva em termos globais, percebemos que a tentativa era punida, desde os tempos mais remotos, com base na perigosidade do agente e, conseqüentemente, com finalidades de prevenção especial negativas. Pensemos, no sentido de corroborar aquela afirmação, na punibilidade da tentativa no direito hebreu ou, até da punibilidade do *ambulare cum telo* na civilização romana.

Muito embora, após a ciência italiana da idade média, se tivesse estabelecido o *iter criminis*, enquanto persurso do crime doloso, abrindo caminho para o objetivismo pós-iluminista – voltado para a concreticidade da perigosidade do fato, ainda que não existisse qualquer critério normativo de perigosidade ou qualquer distinção entre tentativa possível ou impossível – a verdade é que a punibilidade das tentativas impossíveis (ou inidóneas) só surgiu com o subjetivismo alemão, intimamente conxionado com o ilícito pessoal, assente na *voluntas* do agente, em que o cerne da ilicitude se encontrava no desvalor da ação em prol da desconsideração do desvalor do resultado (e não podemos esquecer que foi essa mesma sobrevalorização do desvalor da ação que conduziu o direito penal às teorias normativo-funcionais e, também, à referida '*teoria da impressão*').

Em segundo lugar, se atendermos à evolução da punibilidade da tentativa impossível por inexistência do objeto chegamos a algumas conclusões similares. Podemos, inclusivamente, mencionar de que, antes da criação daquela figura pelo *Reichgericht*, o Código Penal de 1852 – mais precisamente a sua versão de revisão de 1886 – eximia a responsabilidade criminal de situações que consideramos ser mais gravosas, conforme já tivemos a oportunidade de analisar no decorrimto desta dissertação.

uma pessoa e de um bem para o meio social". Nas palavras de ZAFFARONI, a punibilidade com essa finalidade é inclusivamente incompatível com o disposto do art. 1º da DUDH. Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raul/ ALAGIA, Alejandro/ SLOCKAR, Alejandro. *Derecho Penal: parte general*. Segunda edición, Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires, 2002, p. 64. O art. 1º da DUDH afirma que, "*Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade*".

Podemos, de igual modo, mencionar que ao longo das discussões acerca da punibilidade, com base na 'aparência', um dos argumentos que veio à tona foi a necessidade de punir porque o comportamento desvalioso do agente – nas tentativas impossíveis – gerava “intranquilidade social”. E, após aquele argumento, consta ainda – nas atas da comissão revisora do projecto de parte geral do código penal de EDUARDO CORREIA – que os intervenientes na discussão cogitaram a aplicação de uma pena relativamente indeterminada aos casos de tentativa inidónea, o que nos parece mais um indício indubitável de que, conforme consta naquelas actas, *“a punição não se liga tanto ao fato praticado pelo agente como, sobretudo, à sua personalidade”*.¹⁹⁵

Um outro argumento, no mesmo sentido, ressalta dos horizontes do sistema jurídico-penal italiano que, muito embora não puna a tentativa impossível por inexistência (ou ausência) do objeto – com base no n.º 2 do art. 49º do CPI¹⁹⁶ – deixa em aberto a possibilidade de o jurista judicante aplicar uma medida de segurança.¹⁹⁷

Não obstante o supra mencionado (e na medida em que defendemos que o que ocorre na tentativa impossível por inexistência (ou ausência) do objeto é uma representação errónea ou ilusória da realidade, em sentido prejudicial ao agente), entendemos que o que ocorre nos casos em que se pune a conduta desvaliosa, ainda que pragmáticamente impossível, mais não acontece do que uma desvalorização, pelo direito penal, da própria personalidade do agente. E esta conclusão deriva do fato de aquele direito repressor estar a (des)valorar uma conduta que nasce de um estado subjetivo de representação da realidade objetiva: uma subjetivização que, por isso, faz parte da sua personalidade, o que quase nos remete a uma crença que queremos negar, assente nas teorias criminológicas do 'criminoso nato', de predestinação endógena.

¹⁹⁵ *Actas das sessões da comissão revisora do Código Penal (...) op. Cit.*, p. 178.

¹⁹⁶ Na letra da lei: *“La punibilità è altresì esclusa quando, per la inidoneità dell'azione per l'inesistenza dell'oggetto di essa, è impossibile l'evento dannoso o pericoloso.”*

¹⁹⁷ No último ponto do art. 49º do CPI, consta: *“nel caso indicato nel primo capoverso, il giudice può ordinare che l'imputato prosciolti sia sottoposto a misura di sicurezza”*. No direito penal português, ainda que se cogitasse a aplicação de uma medida de segurança a estes casos, não nos parece, de todo, viável, na medida em que, nos termos do art. 40º do CP, as medidas de segurança têm, à semelhança das penas em sentido amplo, finalidade de “protecção de bens jurídicos”.

Desta via, entendemos que a punibilidade destas condutas consiste num disfarce eufemístico do direito penal do agente, sob a égide da éticização¹⁹⁸ e da preocupação com a “*intranquilidade social*”. E não nos esqueçamos de que essa mesma eticização já conduziu o direito penal, então liberal iluminista, ao mais descabido dos subjetivismos.

Em jeito de conclusão, defendemos que não se compatibiliza a tipificação das tentativas inidóneas em razão da inexistência (ou ausência) do objeto com o direito penal liberal de cariz onto-antropológico que defendemos, nem com os imperativos constitucionais de um Estado Democrático de Direito. Além de tudo, defendemos um direito penal que intervenha de forma subsidiária: um direito penal que não atente contra os direitos, liberdades e garantias das pessoas sem visar proteger, devido a uma ação verdadeiramente ofensiva, um qualquer bem jurídico com dignidade penal. Um direito penal que não enverede pelos caminhos de uma ética moralista¹⁹⁹, tocando em domínios que devem permanecer entregues a um campo em que qualquer direito jamais poderá aceder: a consciência subjetiva.

2.6. Os horizontes do direito penal comparado:

a) A tentativa impossível por inexistência do objeto em Itália

Em primeiro lugar, falamos do sistema jurídico-penal italiano, em que o legislador excluiu a punibilidade da tentativa impossível por inexistência do objeto, mediante menção expressa no art. 49º do CPI, em que consta que “*a punibilidade é excluída quando, por inidoneidade da ação ou por inexistência do objeto, é impossível o evento danoso ou perigoso*”²⁰⁰. Contudo, muito embora não sujeite as condutas de tentativa impossível à

198 Sobre a ligação da eticização com o direito penal do autor: BACIGUALUPO, Enrique. *Manual de Direito Penal (...) op. Cit.*, p. 8 – 9.

199 Sobre a exclusão da punibilidade de meras moralidades: ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general: tomo I: Fundamentos: La estructura de la teoria del delito*. Editorial Civitas, Madrid, 1997, pp. 52 e 53.

200 E é de referir que é quase unânime em matéria penal, a proibição da interpretação analógica *in malam partem* por via impositiva do princípio da legalidade. Todavia, cabe-nos indagar até que ponto pode haver uma interpretação extensiva e demasiado elástica da norma penal. Sobre a proibição da interpretação analógica *in malam partem* (ainda que não seja proibida *in bonam partem*): BETTIOL, Giuseppe. *Istituições de Direito e processo penal*. Tradução de Manuel da Costa Andrade. Coimbra, Coimbra Editora, 1974, p. 111. Sobre a

aplicação de uma pena, abre a possibilidade de o jurista judicante poder aplicar uma medida de segurança (mediante a relação do último ponto do art. 49º com o art. 202º, inciso 1, relativo às medidas de segurança de vigilância por autoridade).²⁰¹ Como já mencionámos no ponto anterior, parece-nos que essa opção valora, todavia, a perigosidade do agente ao invés da objectiva perigosidade do fato.

Não obstante a letra da lei, a dogmática elaborou uma distinção entre inidoneidade absoluta e inidoneidade relativa, para defenderem que apenas existia uma verdadeira tentativa impossível naqueles primeiros casos. Resumindo: o paradigmático exemplo de tentativa impossível de homicídio relativamente a um cadáver, na medida em que é considerada uma tentativa absolutamente inidónea, não é punível. Algo diferente ocorreria *v.g.*, no caso de A se dirigir a casa de B, durante a noite e com o intuito de o matar, e disparasse sobre a sua cama, tendo vindo a perceber, *a posteriori*, que disparou sobre almofadas e que A se encontrava a dormir no sofá da sala. Neste caso, de acordo com aquela distinção, a tentativa seria punível, por se entender que o objeto existe, só se encontrando ausente no momento da prática do fato²⁰².

b) A tentativa impossível por inexistência do objeto na Holanda

Em segundo lugar, atendamos ao tratamento da tentativa impossível por inexistência do objeto pelo sistema jurídico-penal holandês. Relativamente à problemática da tentativa, este

distinção da interpretação extensiva da norma, atendamos às palavras de CASTANHEIRA NEVES quando afirma que, ainda que admitidas na 'velha' metodologia, mas que isso se tornou admissível após a reformulação do problema metodológico da interpretação, com HECK. *Cfr.* NEVES, A. Castanheira. *Metodologia (...) op. Cit.*, p. 263.

201 O art. 49º do CPI afirma que *“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”*

202 MANTOVANI (a respeito do *“reato impossibile”* previsto no art. 49º, nº 2 do CPI), defende que só tem lugar quando a inexistência do objeto for absoluta, na medida em que, nesse caso, as circunstâncias que antecedem o momento da prática do facto são inverosímeis, originando uma violação do princípio da ofensividade. Todavia, o mesmo autor, defende a punibilidade da tentativa em que a inexistência do objeto é relativa ou eventual, com base na ideia de que, nesses casos, a visão do agente alcança verosimilhança na aparência da sua existência. *Cfr.* MANTOVANI, Ferrando. *Principi di diritto penale (...) op. Cit.*, pp. 235 e 236. No mesmo sentido: MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*. Settima edizione. Casa Editrice Dott. Antonio Milano, 2011, p. 461 e 462.

sistema jurídico-penal adoptou critérios objetivistas relativamente à sua punibilidade. Assim, na linha do art. 45º do CPH, “a tentativa é punível quando o propósito do autor se tenha exteriorizado através do início da execução”²⁰³.

Sendo, aquele, um sistema voltado para o desvalor do resultado – muito embora existam influências do subjetivismo alemão numa doutrina minoritária – a averiguação da inidoneidade divide-se, tal como em Itália, nas absolutas e nas relativas²⁰⁴.

Todavia, autores como VAN HAMEL têm-se insurgido pela punibilidade das tentativas consideradas impossíveis, independentemente daquela distinção, defendendo que o que está a acontecer nesses casos é a punição da perigosidade do agente, com base no combate contra a criminalidade através da utilização de técnicas de política criminal.²⁰⁵

c) O crime impossível no Brasil

A tentativa impossível por inexistência (ou ausência) do objeto parece ser aceite pela maioria da doutrina como crime impossível. Nesta linha, o art. 17º do CPB é explícito ao afirmar que “*não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumir-se o crime*”.

203 LIFSCHITZ, Sérgio Politoff. *Los actos preparatorios (...) op. Cit.*, p. 124.

204 O Supremo Tribunal Holandês (*Hoge Raad*, numa decisão de 28/12/1864) manifestou-se no sentido de não existir uma tentativa punível nos casos de tentativa impossível de homicídio sobre cadáver. Os autores holandeses vão no sentido de considerar aquela situação equiparável aos casos em que se realiza um aborto e não há gravidez. Cfr. LIFSCHITZ, Sérgio Politoff. *Los actos preparatorios del delito de tentativa y frustración. (...) ibidem*, 124 e 125, nota 294. O mesmo autor, com base num outro acórdão do *Hoge Raad* (de 27/06/1906) afirma que os autores holandeses reconhecem que as situações de tentativa absolutamente inidónea não preenchem os requisitos de 'início dos atos de execução' e dá o exemplo de uma senhora que tenha envenenar o marido (enfermo) dando-lhe a beber água retirada de um recipiente em que tinha previamente submergido moedas de cobre, chá, cerveja quente, ervas aromáticas e aromatizante. Relativamente às tentativas inidóneas relativas e, por isso, puníveis, o *Hoge Raad* (num acórdão de 15/01/1980) puniu um senhor que tentou roubar uma loja de jóias cuja vitrina era composta por dois vidros: um quebrável, do lado da rua, e um inquebrável, do lado do interior da loja.

205 *Ibidem*, p. 124.

Destarte, ficam eximidos de punibilidade não apenas os casos de tentativa irreal ou supersticiosa como também os casos de tentativa inidónea.²⁰⁶ A maioria da doutrina defende que a tentativa impossível por inexistência (ou ausência) do objeto não é punível e que o fato assume uma natureza de “*atipicidade, não havendo violação e tampouco perigo de violação do bem jurídico tutelado pelo tipo penal*”²⁰⁷.

Não obstante, uma parte da dogmática entende que existem tentativas inidóneas que devem ser punidas devido à sua perigosidade, deixando a não punibilidade para os casos mais graves de absoluta inidoneidade e, claro está, para as tentativas irreais ou supersticiosas.²⁰⁸

d) A tentativa impossível por inexistência do objeto em Espanha

A dogmática espanhola encontra-se dividida relativamente à punibilidade da tentativa impossível por inexistência do objeto em virtude da alteração do Código Penal, que deixou de fazer referência às tentativas inidóneas, que constavam no anterior art. 52º do CPE.²⁰⁹ E a problemática adensa-se pelo fato de o novo art. 16º do CPE definir os actos de execussão como aqueles que “*objetivamente deberían producir o resultado*”.²¹⁰

Deste modo, atendendo à letra da lei, entendemos que as tentativas inidóneas, quer absolutas ou relativas, não deveriam ser punidas sob pena de violarem o princípio basilar do “*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*”.

206 Neste sentido: OLIVÉ, Juan Carlos Ferré / PAZ, Miguel Ángel Núñez/ OLIVEIRA, William Terra de. / BRITO, Alexis Couto de. *Direito Penal Brasileiro (...) op. Cit.*, p. 581.

207 Cfr. DELMANTO, Celso / DELMANTO, Roberto / JUNIOR, Roberto Delmanto / DELMANTO, Fábio M. de Almeida Delmanto. *Código Penal Comentado*, 7ª Edição revista, actualizada e ampliada. Rio de Janeiro, Renovar, 2007, p. 76.

208 OLIVÉ/ PAZ/ OLIVEIRA/ BRITO. *O direito penal brasileiro (...) op. Cit.*, p. 584. A punibilidade dos casos menos graves de inidoneidade é uma proposta que os autores fazem ‘*lege ferenda*’. Todavia fazem-no argumentando pela sua presença no sistema jurídico-penal alemão que, no nosso entendimento, devido às circunstâncias históricas e evolutivas, nada tem a ver com o direito penal brasileiro, que tem no princípio da ofensividade a sua pedra angular.

209 Sobre o panorama da tentativa inidónea antes da alteração legislativa, vide: TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio. *Algunos limites de la tentativa con arreglo al Código Penal*. In *Revista Penal*, nº 24. Julio de 2009, pp. 142 – 150.

210 De acordo com o nº 1 do art. 16º do CPE, após a alteração legislativa de 1995: “*hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor*”.

Não obstante, grande parte da dogmática deste país, destacando-se MIR PUIG, defende a punibilidade das tentativas inidóneas exclusivamente com base à atendibilidade a um critério de aferição *ex ante* da perigosidade, desvirtuando, deste modo, a letra da lei.²¹¹ Uma desvirtuação que acaba por se traduzir na flexibilização em demasia da norma, *in malam partam*.

211 Nas palavras de MIR PUIG, “ *las consideraciones efectuadas hasta aquí han tenido por objeto la cuestión de si en el Código penal español de 1995 sigue siendo o no punible la tentativa inidónea. Hemos llegado a la conclusión de que la respuesta ha de ser afirmativa si se maneja el concepto habitual de tentativa inidónea, a excepción de los casos de tentativa irreal y tentativa supersticiosa. No distingue el art. 16 CP entre tentativas absolutamente inidóneas y relativamente inidóneas. Pero queda por examinar la cuestión político-criminal de si la punibilidad de la tentativa inidónea no irreal ni supersticiosa puede fundarse en la existencia de peligro*”. Cfr. MIR PUIG, Santiago. Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo código penal. In RECPC, publicada em 16 de Novembro de 2001. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_03-06.html#*>. Último acesso no dia 14/09/2014.

CONCLUSÃO

Após termos propugnado por um vislumbre da tentativa como um crime intencional de perigo concreto, chegamos à conclusão de que – no caso da tentativa impossível por inexistência ou ausência do objeto – o verdadeiro fundamento da sua punibilidade se encontra imbricado na consideração da perigosidade do seu agente, ao invés da perigosidade do fato, violando o art. 1º da DUDH.

Não obstante, defendemos que a inexistência do objeto origina a inexistência de bem jurídico, *in casu*, de nada valendo a proteção da sua ideia abstrata, na medida em que o direito penal deve atender, além do plano da racionalidade teórica, à *praxis* que o interpela.

Assim, dado que a norma incriminadora não protege qualquer bem jurídico, entendemos que viola o disposto no art. 40º n.º. 1 do CP, por falta de ofensividade de perigo. Propugnamos pela invalidade material da norma com base na falta de legitimação, sob pena de se tornar uma mera forma desprovida de substância ou um mero mecanismo de política criminal que pune a perigosidade do agente sem que haja qualquer ilicitude, não originando, por isso, a ruptura da relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo do eu para com o outro.

Ainda em tom de crítica: concluímos em sentido *contra lege*, na medida em que, além do supra referido, entendemos que o preceito do art. 23º, n.º. 3 do CP se encontra em desconformidade com o art. 18º, n.º. 2 da CRP – na sua vertente de princípio da proibição do excesso –, dado que a inexistência de ofensividade deveria originar desnecessidade de pena.

Defendemos, deste modo, um direito penal de intervenção subsidiária, que puna com base na certeza de um estado de perigosidade fática e não personalística. Um direito penal liberal, que não ceda perante empirismos falaciosos que encontram verosimilhança nos planos ilusórios da aparência. Um direito penal pautado de certezas e não de devaneios nefelibatas.

BIBLIOGRAFIA

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

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *História do Direito Português*. Edições Almedina, 3ª Edição (reimpressão). Coimbra, 2008.

ALMEIDA COSTA, Inês Planas Raposo de. *A chamada tentativa inidónea por inaptidão do sujeito no contexto global do problema da tentativa em direito penal*. Dissertação apresentada no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, na área de especialização em ciências jurídico-criminais, sob a orientação do Professor Doutor António Pedro Nunes Caeiro. Coimbra 2011/2012.

ALTHUSSER, Louis. *Ideologia e aparelhos ideológicos do Estado*. Biblioteca Universal Presença. Lisboa, 1970.

ALVAREZ, Luís Rodrigues. *La tentativa de homicidio en la jurisprudência romana*. In AHDE, nº 49, 1979.

BACIGUALUPO, Enrique. *Manual de Direito Penal: parte general*. Terceira Reimpressão. Editorial Temis, Santa Fé Bogotá, 1996.

BETTIOL, Giuseppe. *Istituições de Direito e processo penal*. Tradução de Manuel da Costa Andrade. Coimbra, Coimbra Editora, 1974.

Bíblia Sagrada. *Livro do Êxodo*, XXI, 14.

BRITO, Teresa Quintela de. *A tentativa nos crimes comissivos por omissão: um problema de delimitação da conduta típica*. Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 168.

BÖSE, Martin. *Derechos fundamentales y derecho penal como “derecho coactivo”*. In *La teoría del Bien Jurídico: Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de ablatórios dogmático?* Marcial Pons, Ediciones jurídicas e sociales. Barcelona, 2007.

BRONZE, Fernando José. Lições de introdução ao direito. 2ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.

COSTA, José de Faria. *As formas do crime*. Separata de: O novo código português e legislação complementar. Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 1983, pp. 157 – 184.

COSTA, José de Faria. *Ilícito-típico, resultado e hermenêutica (ou o retorno à limpidez do essencial)*. RPCC, Ano 12, 1, 2002.

COSTA, José de Faria. *Direito Penal Especial (contributo a uma sistematização dos problemas “especiais” da parte especial)*. Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

COSTA, José de Faria. *O perigo em Direito Penal (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)*, Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

COSTA, José de Faria. *Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal)*. Separata do número especial do BFDUC - “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia” -, Coimbra, 1984.

COSTA, José de Faria. *Tentativa e dolo eventual revisitados*. In RLJ, Ano 132, nº 3903, pp. 167 – 183.

COSTA, José de Faria. *Noções Fundamentais de Direito Penal (fragmenta iuris poenalis)*, 2ª Edição reimpressa. Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

COSTA, José de Faria. *Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: lugar de encontro sobre o sentido da pena*. In Tratado luso-brasileiro da dignidade humana, 2ª Edição atualizada e ampliada. Editora Quartier Latin, São Paulo, 2008.

CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal: volume I*. Edições Almedina. Coimbra, 2007.

CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal: volume II*. Coimbra, Almedina, 2007.

CORREIA, Eduardo. *Código Penal: projecto da parte geral*. Separata de Boletim do Ministério da Justiça, nº127. Lisboa, Empresa Nacional de Publicidade, 1963.

CONTRERAS. Joaquín Cuello. El estado de la discusión doctrinal en torno al fundamento de la tentativa. In Libro Homenaje al Prof. Doctor Don Ángel Torío Lopez. Editorial Comares. Granada, 1999, p. 285-298.

CUNHA, Damião da. *Tentativa e participação nos crimes preterintencionais*. In RPCC, Ano 2, fasc. 4, (Out. - Dez.), 1992, p. 561 – 584.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais: a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2ª edição reimpressa, 2012.

DELMANTO, Celso / DELMANTO, Roberto / JUNIOR, Roberto Delmanto / DELMANTO, Fábio M. de Almeida Delmanto. *Código Penal Comentado*, 7ª Edição revista, actualizada e ampliada. Rio de Janeiro, Renovar, 2007.

DEL PINO, Luigi. *Diritto Penale: Parte Generale*. Nápoles. 1998.

DENNINGER, Erhard. *Prevenção y libertad: sobre el orden de la libertad*. In Anales de la Cátedra Francisco Suárez, nº 43, 2009, pp. 39 – 57.

DIGESTO, 48, 19, 18.

DUFF, R. A. *Acting, Trying, and Criminal Liability*. In Action and value in criminal law. Oxford, Clarendon Paperbacks, 1996, pp. 85 – 105.

DUFF, R. A. *Criminal attempts*. Oxford Monographs on criminal law and justice. Oxford, Clarendon Press, 1996.

FAYET, Fábio Agne. *Tentativa impossível e erro sobre o nexo causal*. In RBCCrim, nº. 72, 2008, pp. 87 – 119.

.FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; NÚÑES PAZ, Miguel Ángel; TERRA DE OLIVEIRA, William; COUTO DE BRITO, Alexis. *Direito Penal Brasileiro: Parte Geral: Princípios fundamentais e sistema*. Apresentação e prólogo de Claus Roxin. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FERREIRA, Manuel de Cavaleiro. *Lições de Direito Penal. Parte Geral. I :A lei penal e a teoria do crime no Código Penal de 1982*, 4.^a ed., Lisboa: Editorial Verbo, 1992.

GRECO, Luís. *Conveniência e respeito: sobre o hipotético e o categórico na fundamentação do direito penal*. In RBCCrim, Ano 2012, nº 95, pp. 43 – 71.

GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstracto – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. In RBCCrim, nº 49, 2004, pp. 89 – 137.

GRECO, Luís. *Tem futuro a teoria do bem jurídico?: Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto*. In RBCCrim, nº 82, 2010, pp. 165 – 183.

GREEN, Edward. *The reasonable man: legal fiction or psychosocial reality?* In Law and society review, vol. 2, nº2, 1968, pp. 241 – 258.

GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa, 1995.

GUIRAO, Rafael Alcácer. *Está bien lo que bien acaba? La imputación de la evitación del resultado en el desistimiento*. Editorial Comares. Granada, 2002.

GUIRAO, Rafael Alcácer. *La tentativa inidónea: fundamentos de punición y configuración del injusto*. Barcelona, Marcial Pons, 2013.

GÓMEZ, Pedro Francés. *Sobre la única via posible para el universalismo ético e jurídico*. In Anuario de filosofia del derecho, ano XI, 1994, pp. 41 – 60.

HASSEMER, Winfried. *Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?* In La teoría del Bien Jurídico: Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de

ablatorios dogmático? Marcial Pons, Ediciones jurídicas e sociales. Barcelona, 2007, pp. 95 – 104.

HEFENDEHL, Roland. *El bien jurídico como eje material de la norma penal. In La teoría del Bien Jurídico: Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de ablatorios dogmático?* Marcial Pons, Ediciones jurídicas e sociales. Barcelona, 2007.

HEFENDEHL, Roland. *Uma teoria social do bem jurídico. In RBCCrim*, nº 87, 2010, pp. 103 – 120.

HERRERA, Maria Rosa Moreno-Torres. *Tentativa de delito y delito irreal. Tirant lo blanch editora. Valencia, 1999.*

HERZBERG, Rolf Dietrich. *A tentativa na autoria mediata. In RBCCrim*, nº 66, 2007, pp. 157 – 191.

HIRSCH, Hans Joachim. *Acerca de la crítica al “finalismo”. In RBCCrim*, nº 65, 2007, pp. 77 – 105.

JAKOBS, Günther. *Criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico. In Estudios de derecho penal. UAM Ediciones: Edit, civitas, Madrid, 1997, pp. 293 – 324.*

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, 1995.*

JESCHECK, Hans – Henrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: parte general: volume II. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5ª Edición, corregida y ampliada. Biblioteca Comares de ciencia jurídica. Granada, 2002.*

KAHLO, Michael. *Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en derecho penal. In La teoría del Bien Jurídico: Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de ablatorios dogmático?* Marcial Pons, Ediciones jurídicas e sociales. Barcelona, 2007.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes: contendo a doutrina do direito e a doutrina da virtude. Tradução de Edson Bini. Edipro: Edições profissionais, São Paulo, 2003.*

KAUFMANN, Aramin. *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*. Editorial Depalma: Buenos Aires, 1977.

KINDHÄUSER, Urs. *Acerca de la concepción de la prevención criminal de Cesare Beccaria*. In *RBCCrim*, nº 87, 2010, pp. 150 – 163.

KINDHÄUSER, Urs. *La lógica de la construcción del delito*. Traducción de Juan Pablo Mañalich R. Texto distribuido por Taller de Ciencias Penales de la UNMSM en el seminario realizado con la participación del Prof. Urs Kindhäuser del 23 al 25 setiembre 2009. Acedido, pela última vez em 14/09/2014, em: <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20090918_02.pdf>.

KINDHÄUSER, Urs. *Pena, Bem jurídico-penal e protecção de bens jurídicos*. In *RBCCrim*, nº 95, 2012, pp. 85 – 95.

LIFSCHITZ, Sergio Politoff. *Los Actos Preparatorios del Delito Tentativa y Frustracion. Estudio de Dogmatica Penal y de Derecho Comparado*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999.

LOMBROSO, Cesare. *L'uomo delinquente: In rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alla psichiatria*. 5ª Edizione. Torino Fratelli Bocca Editori. Milano, 1897.

MALAREE, Hernan Hormazabal. *Bien jurídico y el Estado Social y Democrático de Derecho: el objeto protegido pela norma penal*. Editorial Jurídica ConoSur, segunda edición, Santiago de Chile, 1992.

MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*. Settima edizione. Casa Editrice Dott. Antonio Milano, 2011.

MANTOVANI, Ferrando. *Francesco Carrara e la funzione della pena*. In *L'indice penale*, Padova, ano 24, nº 1, (Gennaio – Aprile), 1990, pp. 55 – 76.

MANTOVANI, Ferrando. *Principi di diritto penale*. Seconda edizione. Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2007.

MARQUES, Mário Reis. *Introdução ao Estudo do Direito. Volume I*, 2ª Edição. Coimbra: Edições Almedina, 2007.

MATEOS, José Carlos González. *Esencia de la norma penal y antijuridicidad de la tentativa*. In AFDUE. Nº 18, 2000, pp. 183 – 223.

MAURACH, Reinhart/ ZIPF, Heinz. *Derecho penal: parte general: volume I: teoría geral del derecho y estructura del hecho punible*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1994.

MAURACH, Reinhart/ ZIPF, Heinz. *Derecho Penal: parte general. Volume II: Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994.

MENDES, Paulo de Sousa. “*Ambulare cum telo era tentativa de homicídio?*” in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra Editora, 2003, pp.

MERKEL, Grisca. *El juego lingüístico de la culpabilidad*. In *Neurociências y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento juridico-penal de la peligrosidad*. Edisofer Libros jurídicos, Buenos Aires, 2013, pp. 403 – 423.

MEZGER, Edmund. *Derecho penal: libro de estudio: parte general*. Editorial Bibliográfica da Argentina. Buenos Aires, 1958.

MIR PUIG, Santiago. *Limites del normativismo en Derecho Penal*. In *RBCCrim*, nº 64, 2007, p. 197 – 221.

MIR PUIG, Santiago. *Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo código penal*. In *RECPC*, publicada em 16 de Novembro de 2001. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_03-06.html#*>. Último acesso no dia 14/09/2014.

MONTT, Mario Garrido. *Derecho Penal: parte general, Tomo II: nociones fundamentales de la teoría del delito*. 3ª Edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2003.

MORMANDO, Vito. *L'instigazione: il problemi generali della fattispecie ed i rapporti com il tentativo*. In Collana di studi penalistici. Novissima serie. Volume XV. Casa Editrice: Dott. Antonio Milani, 1995, pp. 85 – 113.

MOURA, Bruno de Oliveira. *Desvalor da conduta e desvalor de resultado no ilícito penal: ao mesmo tempo, sobre o sentido de um injusto genuinamente “pessoal”*. In RULP, V. 3, A. 3 (3), pp. 158 – 175.

MOURA, Bruno de Oliveira. *O normativismo Jurídico-Penal: consequência ou resistência ao funcionalismo?*. Separata do BFDUC, Vol. LXXXVI, Coimbra, 2010, pp. 709 – 749.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger e el derecho penal de su tiempo: estudios sobre el Derecho Penal en el nacionalsocialismo*. 4ª Edición, revisada e ampliada. Tirant lo blach. Valencia, 2003.

MUÑOZ, Francisco de Paula Puy. *Sobre la antinomia universalidade – relativismo*. In Anuario de Filosofia del derecho, nº XI, 1994, pp. 75 – 90.

NAUKE, Wolfgang. *A crítica de KANT à teoria empírica do direito*. In RBCCrim, nº 95, 2012, pp. 97 – 114.

NAUKE, Wolfgang. *Prevención general y derechos fundamentales de la persona*. In Principales problemas de la prevención general. Editorial B de F. Buenos Aires, 2004.

NEUMANN, Ulfrid. *O principio da proporcionalidade como princípio limitador da pena*. In RBCCrim, nº. 71, 2008, pp. 205 – 229.

NEVES, A. Castanheira. *Metodologia Jurídica: problemas fundamentais*. Stvdia ivridica I. Separata do BFDUC. Coimbra, Coimbra editora, 2013.

NEVES, A. Castanheira. *O princípio da legalidade criminal*. In Digesta I.

NEVES, A. Castanheira. *Teoria do Direito. Lições proferidas no ano lectivo de 1998/1999*. Universidade de Coimbra, 1998.

OLIVEIRA, Filomena J. Marques de. *A tentativa inidónea no actual código penal: sua inserção na problemática da tentativa e também sua incidência como desvio ao Princípio da Legalidade*. Livraria Petrony, Lisboa, 1991.

Ordenações Filipinas, Livro V, Título I.

PALMA, Maria Fernanda. *Da “tentativa possível” em Direito Penal*. Edições Almedina, Coimbra, 2006.

PATO, Pedro Vaz. *No cruzamento do direito e da ética*. Coimbra, Almedina, 2008.

Projecto de Código Penal: parte geral: 1ª revisão ministerial. Separata de Boletim do Ministério da Justiça, nº 157. Lisboa, 1966.

ROXIN, Claus. *Acerca de la punibilidad de la tentativa inidónea*. In Acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Acedido, pela última vez a 14/09/2014, em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/9/cnt/cnt10.pdf>>, pp. 289 – 307.

ROXIN, Claus. *Acerca de la ratio del privilegio del desistimiento en Derecho Penal*. In RECPC, nº3, 2001.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general: tomo I: Fundamentos: La estructura de la teoría del delito*. Editorial Civitas, Madrid, 1997.

ROXIN, Claus. *Finalismo: um balanço entre seus méritos e deficiências*. In RBCCrim, nº 65, 2007, pp. 9 – 25.

ROXIN, Claus. *Reflexões sobre a construção sistemática do direito penal*. In RBCCrim, nº 82, 2010, pp. 25 – 47.

SEHER, Gerhard. *La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico*. In La teoría del Bien Jurídico: Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de ablatórios dogmático? Marcial Pons, Ediciones jurídicas e sociales. Barcelona, 2007, pp. 69 – 92.

PIEDECASAS, José Ramón Serrano. *Fundamento de la punición en la tentativa*. In Libro Homenaje al Prof. Doctor Don Ángel Torío Lopez. Editorial Comares. Granada, 1999, pp. 521 – 550.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Ainda a expansão do direito penal: o papel do dolo eventual*. In RBCCrim, n. 64, 2007, pp. 223 – 238.

SILVA, Germano Marques. *Direito Penal Português: Teoria do Crime*. Universidade Católica Editora. Lisboa, 2012.

STRATENWERTH, Günther. *Qué aporta la teoría de los fines de la pena?* In RBCCrim, nº 66, 2007, pp. 53 – 75.

STERNBERG – LIEBEN, Detlev. *Bien Jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal*. In La Teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de ablorios dogmático. Marcial Pons Ediciones jurídicas, Barcelona, 2007.

TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio. *Algunos límites de la tentativa con arreglo al Código Penal*. In Revista Penal, nº 24. Julio de 2009, pp. 142 – 150.

TRINDADE, Lourival Almeida. *A ressocialização... uma (dis)função da pena de prisão*. Sergio Fábreas Editor, 2003.

VON BELLING, Ernest. *Esquema de derecho penal: La doctrina del delito-tipo*. Análises de Carlos M. de Elía. Librería “el fuero”. Buenos Aires, 2002.

VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal Alemão: volume 1*. Traduzido por Dr. José Hygino Duarte Pereira. F. Briguiet & co – Editores. Rio de Janeiro, 1899.

WELZEL, Hans. *Teoría de la acción finalista*. Editorial depalma: Uruguai 4478 – Buenos Aires. Astrea, 1951.

WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Traducción e notas por José Cerezo Mir. 2ª Reimpresão. Júlio César Faira Editor. Montevideo – Buenos Aires, 2004.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal: parte general*. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Roque depalma editora. Buenos Aires, 1956.

WOHLERS, Wolfgang. *Teoria do bem jurídico e estrutura do delito*. In RBCCrím, ano 19, nº 90, pp. 98 – 107.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Kegan Paul, Trench, Trubner & Co, London, 1922.

ZAFFARONI, Eugenio Raul/ ALAGIA, Alejandro/ SLOCKAR, Alejandro. *Derecho Penal: parte general*. Segunda edición, Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires, 2002.

LEGISLAÇÃO:

Código Penal, ordenado por Decreto de 10 de Dezembro de 1852. Lisboa, Imprensa Nacional, 1855.

Código Penal Português, nova publicação oficial ordenada por Decreto de 16 de Setembro de 1886. In Diário do Governo, de 20 de Setembro do mesmo ano. Sétima Edição. Coimbra: Imprensa da Faculdade, 1919.

Código Penal Português, na sua versão actualizada

Código Penal Italiano

Código Penal Brasileiro

Código Penal Espanhol

Constituição da República Portuguesa

Declaração Universal dos Direitos Humanos

JURISPRUDÊNCIA:

Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra, processo nº 60/05.8GDGRD.C1, da relatora Brízida Martins, votação por unanimidade, D.J. 19/10/2010 (disponível em <www.dgsi.pt>).

Ac. Do Supremo Tribunal de Justiça , processo nº 06P269, relator João Bernardo, DJ 08/03/2006, disponível em:
<<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/971ad913cfe17cce802571420031978dOpenDocument>>.

Ac. Do Supremo Tribunal de Justiça, processo nº 05P2122, relator Henrique Gaspar, DJ: 13/07/2005, disponível em:
<<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f1cf30d43e934f08802570770061a390?OpenDocument&Highlight=0,tentativa,e,dolo,eventual>>.

Ac. Do Tribunal da Relação de Lisboa, processo nº 3738/2004-3, do relator Carlos de Sousa, DJ a 23/ 06/2004, disponível em:
<<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/0/5657fb2683e2a70280256f4900510110?OpenDocument>>.