A NATUREZA JURÍDICA DA DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA E A DETERMINAÇÃO DE SEUS EFEITOS

Maria Carolina de Melo Amorim

Maria Carolina de Melo Amorim é doutoranda em processo penal na PUC/SP, mestre em direito pela UFPE, tem especialização em direito penal e processual penal pela ESMAPE e pela Faculdade Damas da Instrução Cristã e curso de História do Direito pela Universidade de Lisboa. Graduada em direito pela UFPE, exerce a advocacia criminal em Pernambuco desde 2002.

1. Notas introdutórias – considerações sobre a tentativa e a consumação do delito.

O delito, em sua manifestação, é estruturado pelo direito penal com referência aos atos de preparo e obtenção do resultado pretendido pelo agente. Em outras palavras, se, para a caracterização do ato como criminoso, há de se perquirir acerca de seus elementos essenciais – tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade (teoria tripartida) – para a análise de sua manifestação, as atenções se voltam aos atos praticados pelo agente e a relevância de tais atos para o meio exterior (a exemplo do *modus operandi*, da tentativa e do concurso de agentes). Nesse diapasão, a conduta poderá ser considerada criminosa (a título de tentativa) ainda que o delito não tenha sido consumado, desde que iniciados os atos executórios.

A doutrina¹ divide a manifestação delitiva entre atos preparatórios, atos de execução e atos de consumação, denominando-os de *iter criminis*². Tal termo é definido como o conjunto de todas essas fases, composto por (I) A cogitação (*cogitatio*), isto é, as idealizações do resultado e das conseqüências da consumação do delito; (II) Os atos preparatórios (*conatus remotus*); (III) Os atos de execução (*conatus proximus*), iniciando-se a atividade criminosa através de manifestação externa capaz de provocar alteração na ordem social, e (IV) A consumação do delito (*consumatio*), que, para Magalhães Noronha, se verifica “quando há realização integral do tipo” sendo essa a orientação do nosso Código Penal.

Embora se tenha notícia, na história do direito penal, da tentativa de punir agentes em estado de cogitação do delito, no direito penal moderno não há a possibilidade de aplicação de qualquer sanção pela

simples cogitação, só havendo a incidência do direito penal quando a vontade interior é, de qualquer modo, exteriorizada através de atos no meio social.

Assim, a depender dos atos praticados e do resultado atingido com a conduta, diz-se que o crime é tentado ou consumado. A conduta tentada se perfaz quando, iniciados os atos executórios, o agente não atinge o escopo pretendido *por circunstâncias alheias à sua vontade*. O início da execução é caracterizado pela prática, ainda que incipiente, do verbo descrito no tipo penal. Já os atos preparatórios são impuníveis, a não ser que se encontrem elencados de forma autônoma em outra figura típica.

Nesse raciocínio, se, após iniciados os atos executórios do crime, não se obtém êxito no resultado pretendido ante a aparição de causa impeditiva do fato contrária à vontade do executor da conduta, não se consumando o delito pretendido, estamos diante da figura da tentativa, prevista no artigo 14, II do Código Penal. No entanto, se o crime não se completa por própria vontade do agente, insurgem-se outros institutos penais, a exemplo da desistência voluntária, aqui abordada.

Enquanto a tentativa é punida com a pena correspondente ao crime consumado diminuída de um a dois terços (parágrafo único do artigo 14 do CP), a **desistência voluntária não autoriza a aplicação de pena, podendo ser capaz, inclusive, de elidir a própria existência do delito, posição defendida nesse estudo.**

2. Da desistência voluntária.

A desistência voluntária se observa quando, iniciada a execução do crime, não há a sua consuma-

1 NORONHA, Magalhães. *Direito Penal*. 23 edição. São Paulo: Saraiva, 1985. Volume I, p. 121.

2 Expressão do latim que significa “caminho do delito”.

ção por vontade própria do agente. Nesse caso, não se pode falar em tentativa – visto que haveria a necessidade de circunstâncias alheias à finalidade pretendida –, tampouco em crime consumado. Digamos que A dispara 2 projéteis de arma de fogo com o intuito de ceifar a vida de B, errando por duas vezes o alvo, mas, antes de promover o terceiro disparo, desiste e guarda a arma. Para a teoria da *atipicidade* dos atos advindos da desistência voluntária, por exemplo, não há que se falar em tentativa, pois a execução cessou em razão da própria vontade do agente, que deu solução de continuidade à consecução do delito. Diz-se que a desistência é voluntária quando o agente pode dizer “*não quero prosseguir, embora pudesse fazê-lo*” e involuntária quando tem que dizer “*não posso prosseguir, ainda que quisesse*”³.

Sobre o tema, aduz o artigo 15 do Código Penal Brasileiro:

“Art. 15. O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados.”

Trazendo à colação outros exemplos para esclarecer o assunto, tem-se que, segundo a legislação brasileira, se o agente, com o intuito de cometer assaltos, munido de um revólver, chega a render a vítima, com socos e empurrões e, depois, desiste de assaltá-la, não responderá pelo artigo 157 na sua forma tentada, mas será responsabilizado pelas lesões corporais que causou à vítima. Outro exemplo, citado por Giuseppe Bettiol⁴, é a hipótese em que Tício, a fim de cometer delito de furto, entra no recinto de um banco, abre com chama oxidrica a caixa forte, mas, no momento do apossamento dos valores, é acometido por um escrúpulo de consciência e desiste do cumprimento de sua atividade delituosa. Poderá, então, ser punido tão somente a título de dano, não de furto, nem mesmo na sua forma tentada.

É importante observar que a legislação beneficia a desistência voluntária **prescindindo de sua espontaneidade**. Dessa forma, se o agente resolve interromper a atividade criminosa convencido por terceiro, ainda assim incidirá o benefício em discussão, bastando que concorde com a desistência dos atos, ainda que dele não tenha partido a ideia de desistir. Nesse aspecto, basta verificar se a voluntariedade pressupôs a livre escolha entre a continuidade ou não dos atos executórios, ou seja, se a atividade

criminosa não foi abandonada diante da eficaz resistência da vítima, da presença de riscos e desvantagens maiores para o agente (que pode estar, por exemplo, perseguido pela autoridade policial) ou outros exemplos que impeçam a plena liberdade na continuidade do crime.

Indaga-se também se o adiamento da prática do ato para oportunidade posterior (mais propícia ao acobertamento dos indícios ou mais eficiente na obtenção do resultado) configuraria ou não a desistência voluntária da conduta. Sobre a questão, a doutrina italiana de Bettiol⁵ atenta para a distinção entre *desistência da execução* e *desistência de propósito*: o agente pode não ter alterado o seu propósito de praticar o crime, apenas desistindo momentaneamente de consumá-lo. Para o Código Penal brasileiro, faz-se imprescindível a desistência absoluta do propósito, do contrário não se entende pela aplicação da desistência voluntária. Tal entendimento justifica a punição, a título de tentativa, da agressão que se viu cessada em razão dos gritos da vítima⁶ ou da aproximação de outras pessoas⁷, casos nos quais não se pode dizer que o executor optou livremente por não praticar o delito, mas se viu fortemente influenciado a não praticá-lo em razão das circunstâncias que permearam a sua tentativa. Não incide, portanto, o benefício da desistência voluntária, e o fato é punido a título de tentativa.

O mesmo artigo 15 do Código Penal prevê a figura do arrependimento eficaz. Embora não seja objeto deste estudo, insta esclarecer que sua diferença da desistência voluntária reside no fato de que, nesse caso, os atos executórios já se completaram, mas o agente, por arrepender-se posteriormente, impede o resultado. O exemplo clássico é aquele em que A, após administrar veneno na bebida de B, antes que se produza o efeito letal no organismo desse, obriga-o a beber o antídoto, evitando o resultado outrora pretendido. Para efeitos de aplicação penal, a atividade impeditiva do resultado deve obter êxito; do contrário, não importa o quanto tenha se arrependido o agente, ainda assim responderá por crime consumado.

3. Estudos da Natureza jurídica da desistência voluntária.

Elaborados os esclarecimentos iniciais acerca

3 FRANK (R.), in HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 1983, Vol. I, p. 75.

4 BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

5 Op. Cit.

6 STF, ROcr, 1316, DJU de 25/11/77, p. 8.505.

7 TACRIM – SP, AC 323.235 – Rel. Edmeu Carmesini; TACRIM – SP, RT 613/346, Rel. Canguçu de Almeida.

do tema, passa-se à determinação da natureza jurídica da desistência voluntária, cuja relevância reside na justificação concedida pelo magistrado para a não aplicação de sanção à conduta perpetrada. Com o intuito de perquirir acerca dos efeitos dessa exclusão (se relacionados à exclusão do crime ou da punibilidade), passa-se a tratar caso a caso das correntes doutrinárias acerca do assunto.

3.1 Em primeiro lugar, se entendida como **causa de exclusão da culpabilidade**, a desistência voluntária afasta a reprovação social da conduta, excluindo a culpabilidade em relação ao delito principal; responde o agente pelo que já se concretizou, ante os atos executórios já praticados. A conduta é típica e antijurídica; não será, no entanto, culpável, ante a ausência da reprovabilidade social, ocasionada pela cessação do *iter criminis* por vontade própria do agente. Tal teoria é defendida pela doutrina de Claus Roxin e Welzel.

3.2 Se percebida a desistência voluntária como **causa pessoal de exclusão de punibilidade**, teoria da qual se filiam Zaffaroni, Pierangeli, Roberto Reynoso, Nelson Hungria, Aníbal Bruno e Guilherme de Souza Nucci, restam intactas as figuras que compõem o delito, afastando-se tão somente a punibilidade do agente. Segundo essa teoria, defendida por grandes nomes do direito penal moderno, a não aplicação da sanção ao agente funciona como um “prêmio”, a ser “merecido” pela desistência de continuar o evento criminoso.

Na realidade, entendem esses autores que o início dos atos executórios, por si só, já poderiam se caracterizar como uma tentativa; a descontinuidade posterior não tem o condão de afastar, retroativamente, a tipicidade já existente. Segundo Zaffaroni e Pierangeli, “*se o começo da execução é objetiva e subjetivamente típico, não se compreende como um ato posterior possa eliminar o que já se apresentou como proibido, situação que muito se assemelha à do consentimento subsequente*”⁸.

Adotando raciocínio semelhante, Giuseppe Bettiol coloca a desistência voluntária como uma **circunstância pessoal de isenção de pena**, cuja razão política é o interesse do Estado em desencorajar qualquer um de uma situação perigosa para os bens tutelados, em que o indivíduo voluntariamente se põs. Segundo suas palavras,

“se devesse ter importância exclusiva o critério da tutela de bens, também nessa

hipótese deveria haver uma sanção porque um bem tutelado foi sempre exposto a perigo; mas é que o direito penal não pode olvidar outro critério fundamental, o do significado que assume a vontade delituosa quando ela se despoja do caráter delituoso e detém o processo executivo já iniciado” (grifo nosso).

Para esse autor, o arrependimento do réu, manifestado antes que o crime atinja a sua consumação, não pode deixar de ser considerado pelo direito:

“Ao inimigo que foge, pontes de ouro, desde que se trate de um inimigo ‘arrepentido’, de um indivíduo que espontaneamente decidiu em determinado momento não levar a termo a ação criminosa empreendida” (op.cit, p. 232-235).

Nelson Hungria denomina de “tentativa abandonada” ou “inacabada”, a contra marcha ocorrida ainda no curso do *iter criminis*, ante a renúncia de prosseguir na atividade executória. Para esse autor, **a desistência voluntária também é causa de extinção de punibilidade** não elencada no rol do Código Penal, motivada por conveniência política do legislador:

“Há uma renúncia do Estado ao Jus puniendi (no tocante à entidade ‘crime tentado’), inspirada por motivos de oportunidade. A tentativa, uma vez acontecida, não pode ser suprimida retroativamente (...). O fato não deixa de ser crime tentado, a parte objecti e a parte subjecti: somente desaparece a possibilidade de aplicação da pena, a título de conatus. A recompensa da impunidade aqui, não tem outro fundamento que o da conveniência política” (op. cit, pág. 72).

A questão torna-se mais complicada ao se observar os reflexos concretos do afastamento pessoal da punibilidade. Se A, como mandante de um homicídio, paga a B para tirar a vida de C, e B, iniciando os atos executórios, desiste voluntariamente de prosseguir com o delito, B responde tão somente pelos atos já praticados, enquanto A, que não tinha intenção de desistir, responde por tentativa de homicídio. Dessa forma, uma vez que é excluída apenas a punibilidade e o delito continua perfeito em sua forma tentada para ambos os agentes (A e B), ocorre de A responder pela referida conduta típica e B ser beneficiado com uma causa pessoal de excludente de punibilidade. O contrassenso na aplicação do direito, no nosso enten-

8 (ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Da tentativa*. 4. ed. São Paulo: RT, 1995. p. 87).

der, é manifesto.

3.3 A desistência voluntária como causa de exclusão da tipicidade. Para essa teoria, não há como chamar de *tentada* a conduta do agente que cessar voluntariamente os atos delitivos diante da inexistência da superveniente circunstância alheia contrária à sua vontade. Ora, o tipo penal da tentativa exige que a não consumação do crime tenha se dado contrariamente à vontade do agente, ou seja, em discordância ao fim almejado pelo executor, por expressa disposição do art. 14, II do CP. Se a desistência é voluntária, e não obrigada, forçada, não há, por óbvio, como enquadrar a conduta na forma tentada legalmente prevista. Segundo esse raciocínio, os atos de execução, quando o delito não se consuma por ato de vontade do agente, são atividades atípicas (a não ser, como já dito, se a conduta constituir delito autônomo), pura e simplesmente diante da ausência de previsão legal que tipifique tais atos preparatórios. Ou o tipo é consumado, ou tentado, e esse último só se verifica quando o impedimento a sua consumação se dá em contrariedade à intenção do agente.

A doutrina de José Frederico Marques⁹, aclarando o tema, assim dispõe:

“não tem sentido dizer que a tentativa já foi perpetrada e por isso não pode haver efeito ex tunc do arrependimento ou da desistência. (...) Não fosse a norma de extensão sobre o conatus, e todo o processo executivo, em tais casos, seria irrelevante para o direito penal. Ora, se do próprio conteúdo dessa norma que possibilita a adequação típica indireta, tira-se a ilação de que a tentativa só existirá se a consumação não ocorrer por motivos alheios à vontade do agente, é mais evidente que não há adequação típica quando a não consumação decorre de ato voluntário do autor dos atos executivos do delito”

Não há que se falar, portanto, em tipicidade da conduta, tornando sem efeito as justificativas da “construção da ponte de ouro”, aludida por Von Liszt e mencionada por tantos autores, bem como a “premiação” do agente, seja por motivo de política criminal ou qualquer outra justificativa. Não se trata de afastar a punibilidade, quando, na verdade, não há crime a ensejar a possibilidade de punição. Inevitavelmente, no exemplo de concurso de agentes, tem-se que o mandante do homicídio não será responsabi-

zado ante a desistência do executor: não há responsabilidade penal quando não há conduta delituosa a ser perseguida. Aplica-se, pois, a regra do artigo 31 do Código Penal Brasileiro.

No mesmo sentido, comungando da opinião da ausência de tipicidade como natureza jurídica legitimadora do artigo 15 do CP, tem-se os estudos de Basileu Garcia, Damásio de Jesus (*Direito Penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. Vol. I. p. 297), Cezar Bitencourt (*Manual de Direito Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. Vol. I, p. 367) e Paulo José Costa Jr, que encerra:

“Não havendo tentativa, pela falta de um de seus elementos, (não ocorrência por circunstâncias alheias à vontade do agente) não se pode falar em extinção da punibilidade, mas se deve falar tão somente em inadequação típica” (*Código Penal Comentado*. São Paulo: Renovar, 2003 p. 46-48).

Ante o raciocínio acima aludido, a grande controvérsia gira em torno da hipótese já exemplificada anteriormente, no qual A dispara dois tiros de arma de fogo em direção a B, errando o alvo nas duas vezes. Não obstante disponha da possibilidade de efetuar mais quatro disparos, prefere não fazê-lo, desistindo da conduta. Alguns se insurgem a dizer que não há, no caso, desistência voluntária, visto que essa não consiste em repetir um ato que *por si só*, já era meio idôneo a produzir o evento danoso. Nesse raciocínio, o agente já realizara conduta suficiente para atingir o resultado, não consumando o delito por circunstância alheia (ter errado, contra a sua vontade, o alvo pretendido); para os que defendem a tese desposada no item “3.2” (desistência é causa da exclusão da punibilidade), já ocorrera, na hipótese, duas acabadas ou perfeitas tentativas, e o arrependimento momentos antes da provável consumação não poderia retroagir para tornar atípica as “tentativas” anteriores. Nesse entendimento, porém, há a separação de cada ato executório para efeito de criminalização penal, desconsiderando a finalidade perseguida pelo agente, o “crime fim”, que, após consumado, viria a absorver todas as condutas típicas perpetradas para atingir o resultado final. Assim, ainda no repetido exemplo, ter-se-ia de admitir o absurdo de o agente responder por 2 (duas) tentativas de homicídio, em concurso material, visto que foram dois os disparos efetuados.

Ora, admitindo a hipótese de penalização por apenas uma conduta - “tentar matar”, independentemente do número de disparos que erraram

9 *Tratado de direito penal*. 1.ed. atualizada. Campinas: Bookseller, 1997, Vol. II. pág. 387.

o alvo, estar-se-ia partindo da análise da conduta como um todo – todos os atos executórios se conjugariam em um só -, e de tal forma jamais se poderia olvidar da desistência de prosseguir-se nos demais atos executórios, fragmentando os disparos efetuados e a cessação de novos disparos por vontade própria do agente. **Essa desistência, ao ocorrer antes do término da ação delitiva, torna atípicos os fatos narrados, não por agir retroativamente, como tenta fazer parecer o professor Nelson Hungria e os ilustres autores que atacam essa teoria, mas porque a conduta delitiva, que deve ser analisada como um todo, ainda não havia cessado, não se podendo falar em tipicidade fragmentada de cada ato executório isoladamente, a não ser, como já dito, para a incidência em outro tipo autônomo. O fato é atípico em relação ao delito principal, desistido pelo agente.**

Assumimos a posição acima delineada: de que a conduta delitiva deve ser apreciada em conjunto, verificando-se todos os seus atos e a pretensão do agente. Essa análise conjunta, inclusive, justifica as hipóteses de absorção do crime-meio pelo crime-fim e a diferenciação entre conduta culposa e dolosa (intenção do agente com a prática dos atos), não havendo motivos para não ser aplicada, também, à análise da manifestação delitiva do crime.

Ante o exposto, repita-se: uma vez verificado o fato criminoso como um “todo”, os atos de execução que não representaram a consumação do crime e foram cessados por vontade própria do agente não encontra tipicidade penal na lei brasileira: nem se tratam de crime consumado, nem de crime em sua forma tentada.

4. Tentativa qualificada. A justificativa para punir os atos já praticados. Conclusões.

Conforme visto acima, os atos praticados em fase executória são isolados para efeitos de penalização tão somente se verificada, **de forma autônoma**, sua relevância ao direito penal, constituindo outras figuras típicas. O agente que tenta furtar a residência de outrem e desiste de pegar os objetos antes selecionados responderá por violação de domicílio ou outra conduta danosa causada, independente daquela antes perseguida (furtar), já que a conduta, como um todo, em nosso entendimento, é atípica para a caracterização do artigo 155 do CP.

Assim, a expressão encontrada no artigo 15, parte final (“só responde pelos atos já praticados”)

deve ser interpretada não como os atos praticados em si mesmo – o que daria ensejo à errônea interpretação de que cada ato anterior poder-se-ia configurar uma tentativa autônoma -, mas **como os resultados danosos constatados**, que podem vir a se enquadrar em outras figuras típicas. É o que se denomina de tentativa qualificada pelo resultado. Em adoção à teoria da atipicidade da conduta “desistida”, a explicação para subsistirem, sob apreciação do direito penal, os atos anteriores, é voltada ao princípio da consunção. Se a norma consuntiva (relacionada à tentativa) não se aplica por força da desistência voluntária do agente, as pretensas normas consumidas (dos atos executórios anteriores) readquirem sua autonomia.

Dessa forma, voltando-se ao exemplo já referido, se A dispara dois tiros de arma de fogo em B, errando o alvo - considerando que A possuía, a esse tempo, porte e registro da arma, e os tiros não foram disparados em local público – e desiste de efetuar mais disparos, cessando a conduta, não há crime algum a ser perseguido; até porque não há resultado típico, tampouco danoso à vítima. No entanto, se um dos disparos já efetuados atingiu a vítima, causando-lhe lesões corporais leves, A responderá por essas lesões, a título de dolo, porque o resultado danoso completou a conduta em relação ao artigo 129. Dos delitos que não exigem resultado, a exemplo do porte de arma, a simples conduta já perfez e consumou o crime; responderá, então, o agente, pelo delito correspondente.

Dessa forma, concordando com a atipicidade da conduta para natureza jurídica da desistência voluntária, tem-se que, na verdade, se o agente desiste da ação planejada, não poderá responder pelo delito que pretendia consumir, nem a título de tentativa. Os atos executórios já iniciados só terão o condão de responsabilizar o agente acaso se perfaçam em conduta típica isolada, com cujo resultado danoso arcou a vítima.

Nesse raciocínio, a cessação voluntária do ato criminoso torna esse ato conduta atípica para o direito; se, contudo, os simples atos executórios, per si, produziram resultado no meio exterior, se constituindo em outras isoladas condutas criminosas, o agente responderá apenas por essas condutas e não pelo delito que pretendia, a princípio, cometer.

BIBLIOGRAFIA

- BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. Tradução de Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, Volume 2.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, Vol. I.
- BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, Tomo I.
- COSTA JR., Paulo José da. *Código penal comentado*. São Paulo: Renovar, 2003.
- DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. 4. ed. São Paulo: Renovar, 1998.
- HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao código penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, Vol. I, Tomo II.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, Vol. I.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. 1.ed. atualizada. Campinas: Bookseller, 1997, Vol. II.
- NORONHA, Magalhães. *Direito penal*. 23. ed. São Paulo : Saraiva, 1985, Volume I.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- ROESLER, Átila Da Rold. *Considerações sobre o iter criminis*. Disponível na internet: www.ibccrim.org.br, 05.07.04
- ZAFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Da tentativa*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.