

# DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA NA TENTATIVA DE HOMICÍDIO

César Danilo Ribeiro de Novais  
Promotor de Justiça/MT

**Sumário:** 1. Introdução • 2. Proteção à vida • 3. Tentativa de homicídio • 4. Desistência voluntária • 5. Conclusão

**Palavras-chave:** vida; proteção jurídica; homicídio; tentativa; desistência voluntária

“O senhor mesmo sabe; e se sabe, me entende”. Riobaldo<sup>1</sup>

## 1 • Introdução

Viver e morrer não são para os humanos simples ocorrências de natureza biológica. A verdade é que as coisas surgem e somem, os animais começam e acabam, mas apenas o ser humano nasce, vive e morre, ou seja, existe. Isto significa dizer que em torno da vida e da morte gravita a idéia da finitude humana<sup>2</sup>.

Por isso, dos grandes mistérios que despertam enorme interesse tanto de especialistas quanto do público em geral, poucos são tão fascinantes quanto à questão da origem da vida. A vida ainda é uma incógnita para os seres humanos.

*O que é a vida?*, perguntou Battista Mondin<sup>3</sup>, para, em seguida responder: *Essa interrogação sempre se apresentou à mente humana, mas sem que se tenha jamais encontrado uma resposta definitiva e inequívoca.*

Há muito, cientistas, teólogos e filósofos estudam o mistério da vida. É a lição de Sônia Godoy Bueno Carvalho Lopes<sup>4</sup>:

<sup>1</sup> ROSA, João Guimarães. *Grande Sertão: Veredas*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1956.

<sup>2</sup> Como disse João Pereira Coutinho, no jornal *Folha de S. Paulo* de 31/03/09: “Nós, humanos, seres temporais por excelência, vivemos aprisionados à ideia do nosso próprio fim.”

<sup>3</sup> MONDIN, Battista. *O Homem, quem ele é?: Elementos de Antropologia Filosófica*. São Paulo: Editora Paulinas, 1986, p. 44.

<sup>4</sup> LOPES, Sônia Godoy Bueno Carvalho. *BIO*. São Paulo: Saraiva, 1999, vol. I, p. 29/30.

Pelo menos três possibilidades têm sido levantadas para responder à pergunta sobre a origem dos seres vivos na Terra: a) *Origem extraterrestre*: Os seres vivos não originaram na Terra, mas em outros planetas e foram trazidos para cá, através de esporos ou formas de resistência, aderidos a meteoros que caíram em nosso planeta e que ainda continuam a cair. Essa hipótese não é esclarecedora, pois a pergunta inicial continua sem resposta; b) *Origem da criação divina*: essa é a mais antiga de todas as idéias sobre a origem da vida e tem um forte cunho religioso. Até hoje é aceita por fiéis de várias religiões; e c) *Origem por evolução química*: a vida deve ter surgido da matéria inanimada, com associações entre as moléculas, formando substâncias cada vez mais complexas, que acabaram se organizando de tal modo a formar os primeiros seres vivos. Essa hipótese foi inicialmente levantada na década de 1920 pelos cientistas Oparin e Haldane e vem sendo apoiada por outros pesquisadores.

Mistérios à parte, fato é que a vida figura como o bem mais valioso do ser humano; é o axioma básico da sociedade, já que o próprio Estado depende de sua intangibilidade.

Nesse cenário, oportunas são as palavras de José Renato Nalini<sup>5</sup>:

A vida é a motivação de tudo o que a humanidade produz. Motor das atividades, razão última das cogitações. Sem ela nada faz sentido. Na esfera do direito, significativa a expressão *bens da vida*. O direito existe para quem desfruta desse milagre de existência. Sem o fluxo vital, não interessam regras.

Em seguida, arremata o jurista<sup>6</sup>:

Vida é um ciclo ininterrupto iniciado na fecundação e que deve perdurar sem interferência até o seu termo natural. Toda intervenção humana suscetível de vulnerar ou atalhar essa trajetória, caracteriza ataque à vida. Por isso a punição do homicídio, do infanticídio, do aborto e do induzimento ao suicídio. Todo ser humano tem o dever de tutelar a vida. Em todas as hipóteses. Omitir-se no socorro de alguém que corre risco de morte é também infração penal.

<sup>5</sup> NALINI, José Renato. *Por que Filosofia?*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 21.

<sup>6</sup> *Ibidem*, mesma página.

Vale também a assertiva de Edílson Mougenot Bonfim<sup>7</sup>:

...há dois momentos de grande dignidade para a vida. Um é o momento do nascimento, o outro o momento da morte. Mudam-se os povos, muda-se a interpretação a ambos os fatos naturais. Alguns povos riem quando alguém nasce e outros choram, porque vêem o nosso mundo com a um vale-de-lágrimas. Mas ambos reconhecem dignidade de uma nova existência. Por outro lado, a grande maioria chora à partida de alguém, mas existem alguns que sorriem, afirmando o fato como o tempo do descanso, após renhida luta pela vida. Mas ambos reconhecem no passamento um momento de dignidade para a vida, devendo-se morrer, assim, dignamente.

Mas, para esse grande momento, que é a geração de uma nova vida, Deus convidou o homem a participar. Da união de um casal nasce um novo ser. Mas, para dar a morte a alguém, Deus reservou para si o direito ao chamamento, dele não podendo participar o homem.

Numa linha conceitual demasiadamente simplista, até poética, pode-se dizer que a vida é o miserável período de tempo espremido entre as dores do parto e as dores do funeral. Ou seja, segundo o dicionário Houaiss<sup>8</sup>, *vida é o período entre nascer e morrer; existência*.

Certo é que o único problema que o homem nunca poderá resolver é o de sua finitude<sup>9</sup>. Como ensina Eclesiastes 3:2, *há tempo de nascer e tempo de morrer*.

Note-se, porém, que, parodiando Vinicius de Moraes<sup>10</sup>, é de rigor que *a vida seja infinita enquanto dure*.

## 2 • Proteção à vida

Como indica a lógica elementar, a proteção à vida implica na própria existência da humanidade<sup>11</sup>. Todo ser humano é uma peça essencial do quebra-cabeça humanidade. A dedução é imediata: a morte de uma pessoa significa desfalque na família humana. O poeta inglês John Donne<sup>12</sup> bem traduziu essa idéia em um de seus escritos, *verbis*:

<sup>7</sup> BONFIM, Edílson Mougenot. *O julgamento de um serial killer: O caso do maníaco do parque*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 174-175.

<sup>8</sup> HOUAISS, Antônio. *Minidicionário Houaiss da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008, p. 770.

<sup>9</sup> "A vida não tem mais que duas portas: uma de entrar, pelo nascimento; outra de sair, pela morte" (BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. São Paulo: Martin Claret, 2003).

<sup>10</sup> MORAES, Vinicius. *Antologia Poética: Soneto de Fidelidade*. Rio de Janeiro: Editora do Autor, 1960, p. 96.

<sup>11</sup> Resgatando os ensinamentos do padre Leuret, "o que conta para nós é o homem, cada homem, cada grupo de homens, até chegar à humanidade inteira".

<sup>12</sup> DONNÉ, John. *Meditações XVII*. Século XVI.

Nenhum homem é uma ilha; cada homem é uma partícula do continente, uma parte da terra. Se um torrão é arrastado para o mar, a Europa fica diminuída, como se fosse um promontório, como se fosse a casa dos teus amigos ou a tua própria; a morte de qualquer homem diminui-me, porque sou parte do gênero humano. E por isso não perguntes por quem os sinos dobram; eles dobram por ti.

Daí a necessidade do Estado açambarcar a vida, direito natural que é, ao posto dos bens juridicamente tutelados.

Dentre as várias vertentes do controle social, especificamente na seara do controle formal, o Direito - imediatamente, o Direito Constitucional e, mediamente, o Direito Penal - protege o direito à vida tanto do nascituro como do mais moribundo dos seres humanos.

Como asseverou Marco Aurélio, julgador do Supremo Tribunal Federal, *o direito à vida é o mais importante de todos os direitos*.<sup>13</sup>

Outro não é o entendimento de Leo van Holthe: *A vida é o mais sagrado dos direitos fundamentais, verdadeiro pré-requisito para a existência e o exercício dos demais direitos*.<sup>14</sup>

Trocando tudo isso em miúdos, a vida é a *conditio sine qua non* ou de *primo omnium rerum principio* para a fruição dos demais direitos.

É com base nesse *superdireito* que são proibidos a pena de morte, o aborto, a eutanásia, e, por outro lado, são garantidos os direitos à saúde, ao meio ambiente equilibrado e à legítima defesa.

Todo crime tem lá sua abjeção, porque sempre atenta contra o Estado e a sociedade. Todavia, há crimes que vão além, pois não apenas violam as leis humanas mas também as divinas. Um desses é, sem dúvida, o homicídio (“Não matarás” – Êxodo 20:13).

Diante disso, o Código Penal pátrio inaugura sua Parte Especial<sup>15</sup> com o artigo 121, que prevê os preceitos primário e secundário do crime de homicídio (*crimen homicidii*), nas variadas formas, tendo por objetividade jurídica a vida do ser humano (*homo sapiens sapiens* – o ser vivo nascido de mulher).

Melhor explicando, o homicídio, do latim *hominis excidium*, consiste no ato de uma pessoa matar outra. Em termos topográficos, está inserido no capítulo relativo aos crimes contra a vida do Código Penal, constituindo, como dito, o primeiro delito por ele tipificado.

<sup>13</sup> STF, 2ª T., RE 179.485/AM, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ, 1, de 10-11-1995, p. 38326.

<sup>14</sup> HOLTHE, Leo van. *Direito Constitucional*, Salvador: Jus Podivm, 3. ed., 2007, p. 277.

<sup>15</sup> “Dos crimes contra a pessoa, destacam-se aqueles que eliminam a vida humana, considerada o bem jurídico mais importante do homem, razão de ser de todos os demais interesses tutelados, merecendo inaugurar a parte especial do nosso Código” (CUNHA, Rogério Sanches. *Direito Penal: Parte Especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 15).

Sem sombra de dúvida, conforme a clássica lição de Nelson Hungria, *o homicídio é a mais chocante violação do senso moral médio da humanidade civilizada*<sup>16</sup>. Ainda, na voz do penalista, mencionando a clássica definição de Carmignani, “caracteriza-se pela *violenta hominis caedes ab hominis injuste patrata*, ocisão violenta de um homem injustamente praticada por outro nome.”<sup>17</sup>

Digna de um *close*, outrossim, é a explicação de Roberto Lyra<sup>18</sup>:

Matar alguém, isto é, seja quem for – eis a definição legal de homicídio. A vida é o único bem de recuperação impossível. Para defendê-la, do nascituro ao agonizante, ambulâncias preterem o movimento da cidade, limita-se a liberdade pessoal, interrompe-se a rota dos navios, impõem-se quarentenas e isolamentos, internam-se contagiosos, penetra-se no domicílio, interditam-se casas, obriga-se a vacina, prendem médicos e enfermeiras noites inteiras à cabeceira de doentes. Para proteger a vida de quem matou, contra o justicamento pela multidão, mobiliza-se força. A lei pune as reações homicidas das mães desesperadas, das menores seduzidas, dos trabalhadores sem emprego, dos chefes de família despejados, dos que não têm pão e remédio para os filhos. As paixões da honra e do bem, da verdade e da beleza não autorizam o crime.

A lei impede que se faça acepção, discriminação, de pessoas (e cadáveres), atribuindo-se a uns a santidade e a outros o desprezo covarde. O preceito primário do artigo 121 do Código Penal tem como um de seus elementos objetivos o vocábulo “alguém” (sujeito passivo) - ser humano. É dizer, estória de um homicídio: era uma vez uma pessoa que teve o direito de viver tolhido de forma injusta por seu semelhante.

O ordenamento jurídico penal nacional contempla, ao menos, nove tipos de homicídio, quais sejam: a) homicídio doloso simples (artigo 121, *caput*, do CP); b) homicídio doloso privilegiado (artigo 121, §1º, do CP); c) homicídio doloso qualificado (artigo 121, §2º, do CP); d) homicídio doloso privilegiado-qualificado (artigo 121, §§1º e 2º, do CP); e) homicídio doloso circunstanciado (artigo 121, §4º, *in fine*, do CP); f) homicídio doloso qualificado-circunstanciado (artigo 121, §§2º e 4º, *in fine*, do CP); g) homicídio culposo simples (artigo 121, §3º, do CP); h) homicídio culposo circunstanciado (artigo 121, §4º, primeira parte, do CP); i) homicídio culposo na direção de veículo automotor simples (artigo 302, *caput*, do CTB); j) homicídio culposo na direção de veículo automotor circunstanciado (artigo 302, parágrafo único, do CTB); e k) homicídio hediondo (artigo 1º da Lei n. 8.072/90).

<sup>16</sup> É a lição completa: “O homicídio é o tipo central dos crimes contra a vida e é o ponto culminante na orografia dos crimes. É o crime por excelência. É o padrão da delinqüência violenta ou sanguinária, que representa como que uma reversão atávica às eras primeiras, em que a luta pela vida, presumivelmente, se operava com o uso normal dos meios brutais e animais. É a mais chocante violação do senso moral médio da humanidade civilizada.” (HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 25.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>18</sup> LYRA, Roberto. *Sociologia Criminal: Quadro de Idéias e Fatos em Todo o Mundo, Especialmente no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 190.

O crime de homicídio (art. 121 do CP) é classificado pela doutrina como delito material, uma vez que se consuma com a ocorrência do evento morte. A *fattispecie poenale* do homicídio contempla uma ação e um resultado, exigindo a ocorrência deste para a consumação, diferente do que ocorre nos crimes formais e de mera conduta. Bem se vê que é plenamente cabível a figura do crime de homicídio na forma tentada (*conatus*).

### 3 • Tentativa de homicídio

É uma regra cediça a de que há crime consumado quando presentes todos os elementos do tipo penal. Há, noutro viés, crime tentado quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Nessa rota, vale a transcrição da norma de extensão que dispõe sobre o engenho jurídico da tentativa no Código Penal:

Art. 14. Diz-se o crime:

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

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

A consumação do delito é precedida de várias etapas. É o que se denomina *iter criminis* ou “caminho do crime”, qual seja: *a) cogitação* (idéia do cometimento do delito); *b) decisão* (opção pelo cometimento do delito); *c) preparação* (planejamento dos atos necessários para o início da execução do delito); *d) execução* (início de realização da conduta; agressão ao bem jurídico); e *e) consumação* (realização de todos os elementos objetivos, subjetivos e normativos do tipo penal).

Em sede de crime de homicídio doloso consumado, vislumbra-se a reunião dos seguintes elementos: a execução do núcleo do tipo penal (início de ataque ao bem jurídico vida), a vontade assassina (dolo de matar), o resultado morte e o nexo de causalidade (Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais). De forma ilustrativa: o sujeito ativo imagina tirar a vida do semelhante; decide pelo seu extermínio; adquire arma de fogo; efetua disparo contra o sujeito passivo; e atinge o resultado-morte em razão das lesões corporais causadas pelo projétil.

Assim, iniciada a execução do crime sem ocorrência do resultado (evento morte), por razões alheias ao ânimo do agente, haverá tentativa de homicídio.

Não se pode perder de vista que ausente a vontade assassina - o dolo de matar (*animus necandi, voluntas ad necem* ou *animus occidendi*) - não haverá homicídio doloso (tentado ou consumado). Por isso, é imprescindível que o sujeito atue com o desiderato de causar a morte da vítima ou, ao menos, aceite-a como resultado provável e previsto.

Haverá, pois, homicídio tentado quando o agente, tomado por vontade assassina (*dolo de matar direto* ou *eventual*), dá início à execução do crime, porém, sem ocorrência do resultado morte em razão de fatos alheios à sua vontade. Equivale a dizer: o agente tentou matar a vítima é só não conseguiu porque...

Questão tormentosa no processo judicial que apura o crime de homicídio (tentado ou consumado), mormente no que se refere ao julgamento pelo Tribunal do Júri, é a comprovação da vontade assassina, já que, ao tempo do crime, era ela albergada pelo claustro psíquico do agente.

Daqui avulta a seguinte indagação: Como constatar o *dolo de matar*?

Seguindo a recomendação do filósofo racionalista René Descartes - *nunca nos devemos deixar persuadir senão pela evidência de nossa razão*<sup>19</sup> -, incumbe à lógica humana<sup>20</sup> responder o questionamento. Para tanto, oportuno outro *zoom* na lição de Nelson Hungria<sup>21</sup>:

Como reconhecer-se a *voluntas ad necem*? Trata-se de um *factum internum*, e desde que não é possível pesquisá-lo no “foro íntimo” do agente, tem-se de inferi-lo dos elementos e circunstâncias do fato externo. O sentido da ação (ou omissão) é, na grande maioria dos casos, inequívoco. Quando o evento “morte” está em íntima conexão com os meios empregados, de modo que ao espírito do agente não podia deixar de apresentar-se como resultado necessário, ou ordinário, da ação criminosa, seria inútil, como diz IMPALLOMENI, alegar-se que não houve *animus occidendi*: o fato atestará sempre, inflexivelmente, que o acusado, a não ser que se trate de um louco, agiu sabendo que o evento letal seria a conseqüência da sua ação e, portanto, quis matar. É sobre pressuposto de fato, em qualquer caso, que há de assentar o processo lógico pelo qual se deduz o dolo distintivo do homicídio.

Isso conduz inexoravelmente a seguinte conclusão: para o reconhecimento do assassinato<sup>22</sup>, na forma consumada ou tentada, é imprescindível que se demonstre o *dolo de matar* do agente por meio de elementos objetivos, podendo ser representado pela potencialidade lesiva e letal do instrumento empregado na ação, número de golpes ou tiros, e o local do corpo da vítima atingido (zonas nobres e vitais).

Em conseqüência disso, o sujeito que, livremente e conscientemente, desfere golpe de faca ou desfecha disparo de revólver no abdome, tórax, dorso ou crânio do ofendido, incorre na prática do delito de homicídio doloso (tentado ou consumado). É dedução projetada da razão humana, que decorre do território da lógica.

É pertinente, doravante, descer os olhos nas formas de tentativa de homicídio. A primeira classificação se refere à ofensa do objeto material (corpo humano), qual seja: *a) tentativa branca ou incruenta*: é o caso em que o agente utiliza o meio necessário e apto a causar o evento morte, mas não consegue atingir a pessoa contra a qual recai sua conduta, ou seja, o objeto material não é atingido pela ação criminosa; e *b) tentativa vermelha ou cruenta*: é a hipótese em que o agente efetivamente ofende (atinge) a integridade corporal da vítima (lesão corporal), isto é, o objeto material é atingido pela conduta criminosa.

<sup>19</sup> DESCARTES, René. *Discurso Sobre o Método*. São Paulo: Vozes, 2006.

<sup>20</sup> A propósito, conforme ensinado em solo italiano, “a rainha das provas é a lógica humana” (FERRI, Enrico. *Discursos de acusação: ao lado das vítimas*. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 175).

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 49-50.

<sup>22</sup> Tem o mesmo sentido de homicídio doloso.

A segunda classificação diz respeito aos atos de execução, qual seja: *a) tentativa perfeita, acabada, completa ou crime falbo*: ocorrerá quando o agente emprega tudo que era necessário para a ocorrência do resultado morte; *b) tentativa imperfeita, inacabada ou incompleta*: ocorrerá quando o agente não empregou todos os meios necessários para a ocorrência do resultado morte.

A última classificação diz respeito à ocorrência de tentativa de homicídio ou não, levando-se em conta o agir do sujeito ativo, qual seja: *a) tentativa propriamente dita*: ocorrerá quando, atuando com dolo de matar, e iniciada a fase de execução, o evento morte não sobrevém por circunstâncias alheias à vontade do agente (erro de pontaria, vítima socorrida e medicada, não-lesão de órgãos vitais etc.); *b) tentativa qualificada, abandonada ou desistida*: é o que a doutrina clássica denomina por *ponte de ouro*<sup>23</sup>, consubstanciada pela desistência voluntária ou pelo arrependimento eficaz (art. 15 do Código Penal), em que, não obstante a atuação com dolo de matar e iniciada a execução do crime, o evento morte não sobrevém por vontade do próprio agente.

No que se refere à tentativa perfeita, acabada ou completa, vale uma importante observação. Ao contrário do que aponta grande parte da doutrina e jurisprudência pátria<sup>24</sup>, a tentativa perfeita não está relacionada à reiteração do ato. Isto significa dizer que a quantidade de tiros ou golpes empregada pelo agente não é decisiva para a configuração da tentativa acabada, senão a realização de ato adequado para colocar em xeque o bem jurídico protegido. Nesta espécie, o agente esgota todo o seu potencial lesivo sem contudo alcançar o resultado esperado. Ou seja, no caso do crime de homicídio o sujeito ativo realiza o bastante para alcançar o resultado morte.

Como ensina Francesco Carrara<sup>25</sup>: *Existe diferença entre ter executado todos os atos necessários e ter executado todos os atos que o delinqüente se propusera*. Para fins de tentativa de homicídio perfeita importa a execução de ato necessário (emprego do potencial lesivo) para causar a morte.

Mais incisivamente: se o agente fez o que é objetivamente necessário para a consumação do crime haverá tentativa acabada, perfeita ou completa.

<sup>23</sup> “No momento em que o agente transpõe a linha divisória entre os atos preparatórios impunes e o começo da execução punível, incorre na pena cominada contra a tentativa. Semelhante fato não pode mais ser alterado, suprimido ou anulado retroativamente. Pode, porém, a lei, por considerações de política criminal, construir uma *ponte de ouro* para a retirada do agente que já se tornara passível de pena”. (LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Tradução José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1889, t. I, p. 342)

<sup>24</sup> Aliás, Nelson Hungria ensinou que: “Nunca é demais repetir-se que o *usus fori* e a *opinio doctorum*, por mais respeito que mereçam, não devem ser tratados como tabus ou exibidos como roupas francesas. O chamado argumento de autoridade deve ser expedido *cum grano salis*, e somente para arrimo ao raciocínio na solução de questões seriamente controvertidas (...). À força de se impregnar de doutrina e jurisprudência, o juiz despessoaliza-se. Reduz sua função ao humilde papel de esponja, que só restitui a água que absorve. Constrói no seu espírito uma parede de apriorismos e preconceitos jurídicos, que lhe tapam as janelas para a vida” (In, *Comentários ao Código Penal*. vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 73 e 80).

<sup>25</sup> CARRARA, Francesco. *Programa de Direito Criminal: Parte Geral*, vol. I. Tradução de José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 287.



## 4 • Desistência voluntária

Daí que, tendo em vista o disposto no artigo 15 do Código Penal<sup>26</sup>, não haverá desistência voluntária<sup>27</sup> se o agente emprega meio adequado para o alcance de sua *meta optata*. É dizer: *A desistência voluntária não cabe nos casos de tentativa acabada de homicídio*.<sup>28</sup>

Repetindo e exemplificando, é de imaginar o caso: “A”, munido de arma de fogo carregada com seis projéteis intactos, desfecha um tiro de revólver no abdome de “B” e, em seguida, por *motu proprio*, empreende fuga do local, desistindo de efetuar outros disparos. Obviamente que, caso não haja morte instantânea e não sendo a vítima “B” submetida a tratamento médico-hospitalar, haverá grande probabilidade de vir a óbito por choque hipovolêmico (hemorragia).

A propósito do exortado, o seguinte julgado<sup>29</sup>:

A integração da tentativa não está a exigir a reiteração do ato. Do contrário criaria-se uma situação de favor para o indivíduo que, cautelosamente, carrega todo o cilindro do seu revólver. O que dispõe de uma só bala incorre em tentativa punível. O que dispõe de várias, não. É palpável absurdo.

Com isso, não se revela um esforço de raciocínio mais rigoroso para concluir que *na tentativa inacabada* o autor ainda não realizou todo o necessário para a produção do resultado morte, sendo suficiente a desistência voluntária das ações futuras, ao passo que *na tentativa acabada* o autor já realizou todo o necessário para a produção do resultado morte – *cujá ocorrência depende apenas da ação normal dos fatores causais postos por ele* -, sendo necessária nova atividade para evitar o resultado, igualmente voluntária (bem entendido: arrependimento eficaz).

Em homenagem à clareza, explica-se uma vez mais por outras palavras, com a consciência do tautológico. Como regra, a desistência voluntária só incidirá na hipótese de tentativa branca de homicídio (“A desistência voluntária se torna tese insustentável quando o disparo atingiu a vítima, se aperfeiçoando, pois, a tentativa<sup>30</sup>”); ou, como exceção, quando cruenta, no caso da lesão não ser, *por si só*, o bastante<sup>31</sup> para levar a vítima a óbito (tentativa inacabada).

<sup>26</sup> Art. 15. O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados. (grifamos – leia-se: instituto da desistência voluntária)

<sup>27</sup> A doutrina alemã fixa dois graus para a tentativa, são eles: *incompleta (unbeendigtter versuch)* e *completa (beendigtter versuch)*, os quais correspondem, respectivamente, à desistência voluntária e ao arrependimento eficaz.

<sup>28</sup> TJPR – Rel. Costa Lima, RT 476/402.

<sup>29</sup> TJSP – Rel. Des. Acácio Rebouças, RT 398/120.

<sup>30</sup> TJSP – Rel. Des. Márcio Bonilha, RT 508/341.

<sup>31</sup> Exemplificando, é o caso do deputado que, numa discussão de trânsito, disparou contra o motorista de um ônibus, acertando-o **levemente**; aproximou-se dele, podia ter matado, mas desistiu (STF, AP 227-DF).

Assim, por instantânea dedução, infere-se que, se o sujeito, agindo com vontade assassina, ofende área nobre do corpo humano, deixando, em seguida, de continuar a agressão do bem jurídico, - *verbi gratia*, efetua um só disparo de arma de fogo no crânio, no abdome, no tórax, ou no dorso da vítima, desistindo *sponte propria* de prosseguir na ação -, ainda assim não poderá se socorrer do instituto jurídico da desistência voluntária, senão e tão-somente do arrependimento eficaz.

Noutro falar, para fins de tentativa impunível, realizado ato que deva produzir a consumação (a morte), não bastará ao autor cessar a execução delitiva, mas também impedir, por meios ao seu alcance, a produção do resultado morte, valendo-se, então, do engenho jurídico do arrependimento eficaz<sup>32</sup>. Isto é, se a vítima não for socorrida e encaminhada para atendimento médico-hospitalar, a morte provavelmente ocorrerá, cujo evento dependerá apenas da ação normal dos fatores causais postos pelo autor.

A impunidade decorrente da tentativa desistida só é cabível se o resultado morte não adveio por vontade *exclusiva* do agente; e, na hipótese lançada acima, não se pode falar em inocorrência do resultado morte *somente* por vontade do agente, mas também em razão de socorro médico<sup>33</sup>.

Repita-se à exaustão: na situação posta, não basta cessar o processo de execução do crime, mas ainda praticar uma conduta positiva de salvamento do bem jurídico, da vida do sujeito passivo.

Enfim, a característica fundamental da desistência voluntária é a cessação do processo de execução do delito, que, *por si só* – atente bem para o termo -, evita o resultado inicialmente desejado.

Vale aqui ressaltar a lição de Enrique Bacigalupo<sup>34</sup>, um dos maiores penalistas do mundo contemporâneo:

*...se o autor disparou em uma zona vital do corpo, a tentativa reputar-se-á acabada, ainda que disponha de mais balas na câmara de sua arma. Pelo contrário, a tentativa será inacabada, se o disparo se dirigiu às zonas não vitais, como parte de um plano para matar a vítima depois de impedir sua fuga.*

<sup>32</sup> A grosso modo, é como dizer o seguinte: “É dever de todos respeitar a vida do semelhante. Em sendo esta regra desrespeitada por eventual ação homicida (agressão física com *animus necandi*), incumbe ao sujeito ativo, para se ver livre da pena prevista na forma tentada, o seguinte: primeiro, se a ação for o bastante para levar a vítima a óbito, empregar os meios necessários para socorrer a vítima, evitando-se a ocorrência do evento morte (arrependimento eficaz); ou, segundo, caso não seja atingida a vítima fisicamente ou, se atingida, a lesão não for o bastante para ocasionar-lhe o óbito, faça cessar a agressão (desistência voluntária).

<sup>33</sup> Vale um exemplo de quesitação: 1º Quesito - No dia X, às X horas, no Bar X, nesta cidade X, “B” foi atingida no tórax por disparo de arma de fogo, provocando-lhe os ferimentos descritos no laudo de exame de corpo de delito de fls. X?; 2º Quesito - O réu “A” foi o autor do referido disparo?; 3º Quesito - Assim agindo, o réu “A” deu início ao ato de matar “B”, que não se consumou por circunstâncias alheias à sua vontade, já que a vítima “B” foi socorrida e encaminhada para atendimento médico-hospitalar? **Sim**; 4º Quesito - O jurado absolve o réu “A”?

<sup>34</sup> BACIGALUPO, Enrique. *Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 437-438.

Assome-se a tudo isso outro ponto importante. Aplica-se também na matéria em discussão, *mutatis mutandis* e a título de reforço, a denominada *omissão penalmente relevante*, que tem morada na alínea “c” do §2º do art. 13 do Código Penal, *verbis*<sup>35</sup>:

Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

§1º - A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.

§2º - *A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:*

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

É conhecimento trivial dos operadores do Direito Penal que o dispositivo em questão é aplicável aos crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão, ou seja, aqueles em que o tipo penal descreve uma ação, mas a inércia do agente, que podia e devia agir para impedir o resultado, acarreta a produção do resultado naturalístico. É o caso, por exemplo, do homicídio em regra cometido por ação, porém, sujeito também a ser praticado por inação, desde que o agente ostente o dever de agir. Elucidando, é penalmente relevante a omissão que decorre do dever de agir (o Código Penal, no tocante à natureza jurídica da omissão, adotou a Teoria Normativa: a omissão somente interessa ao Direito Penal quando, diante da inércia do agente, o ordenamento jurídico lhe impunha uma ação, um fazer). Vale, então, a equação: *inação do agente + poder de agir + dever jurídico de agir = omissão penalmente relevante*.

Focando o olhar na alínea “c” retrotranscrita, resta claro que o sujeito criador, com seu comportamento anterior, de uma situação de perigo, tem o dever de agir para impedir a concretização do resultado lesivo ao bem jurídico.

Registre-se que a *ratio essendi* desse dispositivo, ainda que tenha âmbito distinto de aplicação, guarda estreita relação com o tema aqui desenvolvido. É como dizer: aquele que praticou ato necessário para produzir a consumação do crime de homicídio (morte) tem o dever de agir: salvar o bem jurídico vida que está na iminência de ser destruído. Deve, assim, se arrepender eficazmente e jamais desistir voluntariamente, caso queira se beneficiar pela tentativa desistida (art. 15, parte final, do Código Penal).

---

<sup>35</sup> Destacamos.

## 5 • Conclusão

Resumindo todo o exposto, na fórmula mais simples, temos esta conclusão: considerando que a vida é a medida de todas as coisas<sup>36</sup>, praticado ato apto a causar a morte de uma pessoa, o agente só poderá ser beneficiado pelo arrependimento eficaz e jamais pela desistência voluntária.

Perfeitamente compreensível, portanto, que, se desejamos viver em sociedade, de forma tranqüila e equilibrada, cujos valores da vida humana devem ser os primeiros e maiores, devemos nos conscientizar que todo instituto jurídico tendente a mitigar o *superdireito* vida, deve ser mecanismo de rigorosa exceção, que reclama uma interpretação super-restrita de aplicação. Nunca é demais encarecer que a regra é a punição daquele que atacou o bem jurídico vida, que violou a norma “não matarás”, podendo, porém, ver-se impunível quando atuar, positivamente e eficazmente, para salvar o bem jurídico violado, que se encontra na iminência de perecer.

Em desfecho, com todas as *venias* do mundo, não é difícil concluir que pensar o contrário disso significa laborar em detrimento da vida e da lógica, desprotegendo, em corolário, a fonte de todos os direitos (violação ao princípio da vedação à proteção deficiente<sup>37</sup>). O mais é sofisma.

<sup>36</sup> Como bem disse o juiz Cardozo da Suprema Corte norte-americana, no decorrer da interpretação de uma lei, “é sempre a vida, em toda a sua plenitude, que deve fornecer uma resposta” (Caso *Welch vs. Helvering*, 290 U.S. 111, 115, 1.933).

<sup>37</sup> Segundo estudos doutrinários contemporâneos, os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (*Übermassverbot*), mas também uma proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) (Claus-Wilhelm Canaris, *Grundrechtswirkungen um Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts*, JuS, 1989, p. 161).