

Homicídio. Tentativa. Configuração. Desistência voluntária. Prova do dolo.

Heleno Fragoso

A tentativa de homicídio exige sempre, como é óbvio, a ocorrência do *animus necandi*. Esse princípio elementar, no plano teórico, não oferece dificuldades, mas freqüentemente conduz a sérias dúvidas quando se trata de inferir dos fatos a intenção criminosa. A dúvida, como se sabe, resolve-se sempre em favor do réu.

Julgando o RC 119.794, a 1.^a C. Crim. do TJ de São Paulo, relator o ilustre Des. Carvalho Filho, num caso em que o agente disparou um tiro que atingiu de raspão o braço da vítima, alojando-se na região torácica, sem prosseguir na agressão, afirmou que a intenção homicida não ficou evidenciada. E decidiu despronunciando o réu, para que fosse julgado pelo crime de lesões corporais.

No acórdão está dito que "a tentativa de morte exige, para seu reconhecimento, atos inequívocos da intenção homicida do agente. Não basta, assim, para configurá-la o disparo de arma de fogo e a ocorrência de lesões corporais, principalmente quando o réu não foi impedido de prosseguir na agressão, como aconteceu no caso dos autos" (RT 458/344).

A prova da intenção de matar é, em certos casos, bastante difícil, pois ela resulta de elementos exteriores, nem sempre inequívocos. A prova do dolo pertence à acusação. Cf. Ferri, *Principios de Derecho Criminal*, trad., 1933, 402 ("*Naturalmente que la prueba del dolo, como la de otro qualquer elemento jurídico del delito, debe ser ofrecida ao Juez por el acusador*"); Kenny's, *Outlines of Criminal Law*, 17.^a ed. preparada por Turner, 1958, 15 ("*The prosecution must establish beyond reasonable doubt that he had the specified intention*"); Jean Patarin, *Le Particularisme de la théorie des preuves en Droit Pénal*, no volume *Quelques Aspects de de l'Autonomie du Droit Pénal*, 1956, 24; Rocco, *L'Oggetto del reato*, 1932, pág. 367 ("*Nei delitti il dolo e la colpa non si presunono debbono essere provati: provati dalla parte che accusa P.M. e parte civile o per iniziativa del giudice stesso*").

Convém, porém, não exagerar. O que se pretende afirmar é que não mais

subsiste qualquer presunção *juris* de dolo (*dolus in re ipsa*), própria do direito medieval: o componente psíquico indispensável à configuração do delito deve ser positivamente demonstrado. Como diz Gianturco, *La prova indiziaria*, 1958, 108, é indispensável não se contentar com as aparências e descer *intus et in oute* no ânimo do delinqüente, onde não é possível penetrar, se não através de ilações e conjecturas, que defluem das modalidades peculiares e das circunstâncias do fato, bem como da conduta do réu, antecedente, concomitante e subseqüente ao crime. Vejam-se as precisas observações que a propósito faz Florian, *Prove Penali*, I, 1921, 380. E, sobre o problema do ônus da prova em matéria penal, consulte-se a página magnífica de Delitala em sua célebre obra *Il fatto nella teoria generale del reato*, 1930, 140, nota 2, onde se distingue, com apoio em autores de grande prestígio, entre o ônus da prova em sentido *formal* (ônus da produção da prova) e ônus da prova em sentido *material* (risco da prova falha).

Quanto ao problema da desistência voluntária, no caso de disparo de arma de fogo não reiterado, matéria que toca com a decisão de que damos notícia, a controvérsia doutrinária é conhecida.

Há desistência voluntária quando o agente empreende a ação delituosa, iniciando a execução do delito, e, sem ter realizado tudo o que era necessário para alcançar o resultado que pretendia, desiste da empreitada criminosa. Segundo a ilustrativa fórmula da desistência de Frank (*Strafgesetzbuch Kommentar*, 18.a ed., § 46, II), o agente desiste quando pode dizer para si "não quero prosseguir". Cf. Fragoso, PG n.º 238.

Partindo de considerações de política criminal, estabelece a lei penal, nas situações de desistência voluntária e arrependimento eficaz causa de extinção da punibilidade, com a qual procura atender, em última análise, aos interesses relacionados com o objeto da tutela jurídica de que se trata. E isso, sem que se considerem os *motivos* determinantes da desistência, elemento irrelevante. Tanto faz que a desistência se opere por piedade, por temor à ação da justiça ou a represálias, etc.

A *desistência* tem como pressupostos, de um lado, o início da execução do crime, e, de outro, o fato de não terem sido, ainda, realizadas todas as ações necessárias para a obtenção do resultado que o agente pretendia. Há desistência quando, em tal caso, o agente abandona a empresa criminosa, deixando de praticar os atos que

eram necessários e que ele podia realizar livremente para atingir a *meta optata*.

Deve haver, em conseqüência, tentativa *inacabada* para que possa haver desistência. Se a tentativa estiver *acabada* (ou seja, se todos os atos necessários à produção do resultado tiverem sido praticados, bastando apenas o desenvolvimento causal da ação para acarretar o evento), poderá haver *arrependimento eficaz*, mas não desistência. É o caso de quem ministra veneno à vítima e em seguida, arrependendo-se, dá-lhe um antídoto. A ação de ministrar o veneno constitui tentativa acabada ou perfeita, pois nada mais é necessário fazer para alcançar o resultado.

Todavia, segundo a doutrina dominante e de maior autoridade, o que decide sobre se a tentativa está ou não acabada, é a representação do autor. Como ensina Maurach (*Deutsches Strafrecht*, § 41, V, A), não estará acabada a tentativa quando, "segundo o plano e representações do autor, fique ainda por realizar o último ato da ação, embora os atos parciais levados a cabo pelo sujeito sejam já, por si mesmos, capazes de produzir o resultado típico".

Essa é também a lição de Schönke-Schröder, *Strafgesetzbuch*, § 46, I.

Não há tentativa acabada com os disparos anteriormente efetuados, ao contrário do que alguns autores imaginam. O conceito de ação é normativo e não naturalístico, exigindo uma valoração social e jurídica do conjunto de atos ou movimentos corpóreos que a integram. (Cf. Heleno Fragoso, *Conduta Punível*, 1961, 132). Os vários disparos constituem momentos de uma única ação *in fieri* interrompida e não acabada, que o agente voluntariamente abandona.

Entre nós pronunciam-se no mesmo sentido autores da maior categoria, a partir de Tobias Barreto (*Estudos de Direito*, I, 209) e entre eles destaca-se nosso grande mestre Nelson Hungria, I, 269: "Se o agente podia fazer novos disparos e renuncia livremente a isso, tem-se de admitir a desistência voluntária."

Basileu Garcia (*Instituições*, 4.a ed. I, 237) não é menos peremptório: "Atente-se, contudo, aos casos comuns de desistência: o agente dá tiros de revólver na vítima e voluntariamente cessa a intenção criminosa, resolvendo, em certo momento da

atividade delituosa, não matar: não responde por tentativa de homicídio, mas por lesões corporais leves ou graves."

Os tribunais têm, igualmente, reconhecido a desistência voluntária, nessa situação, bastando citar por característicos, alguns acórdãos: "O simples fato de haver disparado contra a vítima não deve ser entendido como tentativa de homicídio, se o agente desiste voluntariamente da ação quando já tinha a mesma vítima à sua mercê (RF 206/320). "Desiste voluntariamente da tentativa de homicídio quem dispara dois tiros de revólver contra a vítima, com a intenção de matá-la, ficando intactas na arma quatro balas, e foge sem que qualquer pessoa dentre as presentes tenha esboçado qualquer reação frente ao autor dos disparos" (RF 156/410). "Se depois de desfechar um tiro contra a vítima e feri-la, o agente desiste de sair em sua perseguição e de fazer outros disparos, sem que seja obstado por qualquer meio, a tentativa de homicídio não se caracteriza" (RF 173/428). Veja-se também, RF 169/395; RT 139/359, 234/130.

* Texto integral e original do verbete n.º 290, da obra "*Jurisprudência Criminal*", 4.^a ed., Forense, Rio de Janeiro/RJ, 1982, p. 348-350.