

A tentativa como elemento do tipo no artigo 359-L, do Código Penal

Davi Rodney Silva

Amanda Moraes Silles

1. INTRODUÇÃO

O crime previsto no artigo 359-L, do Código Penal, tem ganhado significativa repercussão no âmbito da comunidade jurídica e fora dela, encontrando sua causa primordial em três fatores umbilicalmente ligados entre si: (i) trata-se de tipo penal de certo modo novo no ordenamento jurídico brasileiro, com redação atual inserida no Código Penal em 2021; (ii) é delito de pouca aplicabilidade, no sentido de que poucas são as condutas passíveis de subsunção; e (iii) no entanto, foi amplamente utilizado para a tipificação de condutas relacionadas ao “8 de janeiro”, como ficou conhecida a invasão e depredação aos prédios dos três poderes da república no dia 8 de janeiro de 2023, em Brasília/DF.

De acordo com a redação do artigo em questão, é crime *tentar, com emprego de violência ou grave ameaça, abolir o Estado Democrático de Direito, impedindo ou restringindo o exercício dos poderes constitucionais*. Como se denota, o tipo é composto por diversos elementos, alguns deles normativos, o que por si só seria suficiente para impulsionar divergências interpretativas de lado a lado, sobretudo se levado em consideração o pouco tempo de vigência para estabilização dos conceitos no âmbito literário e do próprio Poder Judiciário.

Não se olvida, no entanto, que o elemento “tentativa”, que nesse caso compõe o próprio molde penal, consubstancia um dos temas mais discutidos durante os julgamentos relacionados ao 8 de janeiro, sobretudo em função de questionamentos sobre se as condutas colocadas a exame teriam o condão de atingir o bem jurídico tutelado e, conseqüentemente, configurar propriamente um crime que se consuma com a tentativa, por mais contraditória que a expressão possa parecer.

Neste contexto, a despeito dos inúmeros pontos passíveis de análise acerca do delito em referência, este artigo é focado na tentativa enquanto elemento que compõe o próprio tipo penal, de modo a lançar luzes, ainda que modestas e não definitivas, sobre o grau de potencialidade lesiva necessário para o aperfeiçoamento do crime.

Antes, porém, para melhor didática do que se pretende construir no que atine ao tema central, é mister discorrer sobre conceitos basilares de direito penal, tais como os do bem jurídico e da ofensividade ou lesividade.

Ultrapassados tais pontos, tem-se aumentada a possibilidade de melhor veicular as análises sobre a tentativa – e esta enquanto elemento do tipo do artigo 359-L, do Código Penal.

2. DO BEM JURÍDICO

A intervenção do Estado na esfera privada de um indivíduo constitui um tema de estudo tormentoso e há séculos tem fomentado dezenas de teorias que visam a explicar, justificar e, sobretudo, fundamentar e legitimar a necessidade de se criar preceitos dirigidos aos membros de uma coletividade, bem como a imposição de uma consequência negativa para quem deles se desvie, assim se entendendo a pena e a medida de segurança.

Isso pode ser observado em todos os graus de uma organização social, desde a própria existência do Estado, passando pelas formas de governo, até a própria edificação das instituições que lhe dão suporte, aí se incluindo o Direito, tido como uma de suas mais importantes bases de sustentação.

Neste contexto, pode-se dizer que na constituição do ordenamento jurídico de uma sociedade, seja ele codificado ou não, o Direito Penal é o ramo que mais carece de uma estrutura sólida de justificação, fundamentação e legitimação, dado o seu objeto de incidência e as consequências que impõe, servindo-se da teoria do bem jurídico-penal como uma de suas peças centrais para este mister. De fato,

Quando se fala em direito penal pensa-se logo em fatos humanos classificados como delitos; pensa-se, igualmente, nos responsáveis por esses fatos – os criminosos – e, ainda, na especial forma de consequências jurídicas que lhes estão reservadas – a pena criminal e a medida de segurança[1].

Com efeito, a importância do Direito Penal, que compõe essa necessidade especial de justificação e legitimação, guarda estreita relação com seu objeto, que se eleva à condição de *bem jurídico*, cuja envergadura é historicamente percebida, embora seus contornos mais precisos se apresentem na literatura contemporânea; conforme ensina Bechara:

O surgimento da teoria do bem jurídico insere-se no pensamento desenvolvido sob a influência da Restauração e consubstanciado na reação contra a ideologia iluminista, a partir do desencantamento com o racionalismo especulativo, da preocupação com a insegurança jurídica e do despertar de um sentido histórico positivista[2].

De fato, a teoria do bem jurídico importa na busca de um conceito fundamental para o Direito Penal, com vistas a estabelecer os limites da intervenção punitiva do Estado, de modo que essa esfera de intervenção tenha por condão proteger apenas os bens jurídicos essenciais para a convivência em sociedade, evitando a criminalização de condutas que não representem uma ameaça ao convívio social, ou cuja salvaguarda possa ser exercida por outros ramos do Direito, o que consubstancia a ideia de *ultima ratio* ou fragmentariedade.

Desse modo, o termo "bem jurídico" refere-se aos valores e interesses que o ordenamento jurídico reconhece e eleva como fundamentais para a preservação da ordem social e do bem-estar coletivo. Exemplos comuns de bens jurídicos são a vida, a integridade física, a liberdade, a propriedade, dignidade humana etc.

Ou seja, ao eleger os bens jurídico passíveis de tutela penal, a dogmática penal instrumentaliza a teoria para que exerça uma função limitadora do poder punitivo do Estado, impedindo que este intervenha na esfera individual dos cidadãos de forma excessiva e/ou arbitrária.

Essa abordagem tem implicações importantes na criação, interpretação e aplicação do Direito Penal, pois orienta o Poder Legislativo na definição dos tipos penais, direcionando-o para a proteção dos bens jurídicos mais importantes para a sociedade, ao mesmo tempo em que direciona o Poder Judiciário na interpretação das leis penais incriminadoras, favorecendo uma hermenêutica restritiva que evite a punição de condutas que não representem uma verdadeira ameaça aos bens jurídicos protegidos.

No entanto, é importante ressaltar que a definição conceitual de bem jurídico não é estática e imutável, na medida em que está sujeita a evoluções e adaptações de acordo com as transformações sociais, culturais e políticas. Por isso, é necessário um constante debate e reflexão sobre os limites e alcances sobre a teoria do bem jurídico, a fim de garantir que o direito penal cumpra sua função de proteger os valores essenciais da sociedade de maneira justa e equilibrada.

Não apenas em função da dinamicidade sociocultural se dão os percalços em torno da conceituação de bem jurídico. Como ensina CASTRO SILVA[3],

Segundo a doutrina penal majoritária, a conceituação de bem jurídico tem se mostrado uma tarefa sem êxito, senão impossível. Inclusive aqueles que defendem o princípio da proteção de bens jurídicos se filiam a esta conclusão, tornando o bem jurídico uma estrutura extremamente enigmática: ao mesmo tempo em que se sustenta o seu caráter essencial ao sistema penal, se admite a falta de sua devida compreensão.

Revigora-se, pois, a importância do bem jurídico, pois, a despeito das dificuldades conceituais, não há mostras de que o Direito Penal possa abrir mão de sua utilização.

Por outro vértice, importa ainda anotar que o Direito Penal não cria bens jurídicos, mas apenas os reconhece, estabelecendo o preceito secundário da sanção em caso de sua violação. Com efeito, *a legislación penal no crea bienes jurídicos, sino que éstos son creados por la Constitución, el derecho internacional y el resto de la legislación*[4].

Pois bem. Em uma conceituação primordial, social e livre, mas apoiada pela delimitação proposta por LISZT há mais de um século[5], “o bem jurídico é um interesse humano, coletivo ou supraindividual, juridicamente tutelado”, pois *a tutela jurídica que o Direito Penal exerce refere-se sempre a interesses da coletividade, mesmo quando se trata de bens cuja ofensa primariamente atinge o indivíduo (vida, patrimônio, honra etc.)*[6].

Com o objetivo de se fazer importante contraponto, é necessário expor o pensamento defendido principalmente por HASSEMER, no que se convencionou chamar de “teoria pessoal do bem jurídico”, que de certo modo subverte a ordem do raciocínio científico sobre o tema, dando direção oposta ao sentido de “interesse” em relação ao conceito de bem jurídico-penal acima referido: o coletivo versus o individual.

De acordo com o apotegma de HASSEMER, o Direito Penal e sua sanção característica apenas poderiam ser chamadas a responder uma conduta que viole interesses humanos e que *demandem proteção penal*, no sentido de que todo interesse que dá lastro ao bem jurídico deve se voltar, em última instância, à pessoa; afasta-se, nesse sentido, da ideia de interesse coletivo.

Não se quer dizer, todavia, que interesses coletivos não possam ser considerados para delimitação da ideia de bem jurídico, mas apenas que, em grau essencial de análise, há de se verificar um interesse individual infringido, estreitando-se mesmo com a teoria da pena no sentido de reconhecer a finalidade retributiva da sanção a ser imposta.

Conforme anotam NEUMANN e BOLDT, em brilhante texto em homenagem ao 65º aniversário de HASSEMER, quando se comunica socialmente que alguém foi punido sucede-se quase que instintivamente a pergunta “Por quê?” [7], mas não se questiona “Para que?”, e que

o conceito geral de bem jurídico se mantém de forma transversal a um modelo de direito penal autoritário que entende o delito como uma transgressão⁵ ao dever e, com isso, instrumentaliza o direito penal como mecanismo para disciplinar o cidadão à obediência e à submissão. A teoria pessoal do bem jurídico corresponde, na abordagem metodológica, a uma ética embasada em interesses que, devido à imediata compreensão de seu ponto de referência, pode pretender para si um alto poder de persuasão[8]

Não se olvida, de fato, que a teoria pessoal do bem jurídico adota uma abordagem na teoria do direito penal que se concentra na proteção dos interesses pessoais e individuais das pessoas, enfatizando que o objetivo principal do direito penal deve ser proteger os direitos e interesses fundamentais dos indivíduos, como a vida, a integridade física, a liberdade, a propriedade e a dignidade.

É dizer que, de acordo com a teoria pessoal do bem jurídico, o direito penal deveria intervir apenas para prevenir danos[9] a esses interesses fundamentais das pessoas. Isso significa que a criminalização de condutas deve ser justificada pela necessidade de proteger esses bens jurídicos individuais e garantir o bem-estar da sociedade como um todo, partindo-se daqueles para este.

Essa dicotomia teórica não se resume a meras discussões provincianas, senão guarda extremo interesse prático, uma vez que, ao fim e ao cabo, tem como pano de fundo a possibilidade de delimitar bens jurídicos coletivos e supraindividuais, como é o caso do “meio ambiente”, e.g.

Veremos na sequência que essa divisão de entendimentos no que atine aos limites verticais do bem jurídico importa para o tema central do presente artigo.

Interessa dispor desde já que o bem jurídico tutelado pela norma do artigo 359-L, do Código Penal, é dividido pelas “instituições democráticas”, em primeiro nível, e a própria “democracia”, em último, conforme já o denota a nomenclatura do capítulo II, do título XII, de referido *códex*, onde está inserido o tipo.

A inserção do crime em referência no Código Penal, embora concretizada em 2021, remonta ao longínquo ano de 1991[10], quando a exposição de motivos da Proposta de Lei nº 2462/1991 trazia consigo a ideia de que a nova legislação penal visava proteger bens jurídicos supraindividuais relacionados ao Estado Democrático e Humanidade:

(...)

Julgamos, destarte, que os crimes contra o Estado Democrático e a Humanidade, por se distanciarem dos crimes denominados comuns, eis que direcionados, de forma mais ampla e global, supra-individual, para atentar contra um estado de coisas (regime democrático, soberania do país) ou contra uma raça, etnia ou grupo social, mais ajustam a uma lei específica, deixando-se ao estatuto penal os delitos que, no intuito de defesa da sociedade, definem a violação de outras formas de convivência, que surgem no relacionamento entre indivíduos, contando-se dentre eles os crimes contra a vida, a honra, o patrimônio privado ou público, sem que extravasem do âmbito das relações comunitárias[11].

Sobre os crimes contra a humanidade, justificados na segunda parte do excerto da exposição de motivos acima, precisamos anotar, em homenagem à memória do ilustre e multifacetado Hélio Bicudo, que sua razão de ser toca sensivelmente à sua luta de vida pelos direitos humanos, enquanto procurador – notadamente a sua lida contra o chamado “Esquadrão da Morte” – e também pela destacada e honrosa presidência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por ele exercida no começo do segundo milênio.

Volvendo-se ao tópico, a exposição de motivos não apenas sustenta a defesa dos interesses supraindividuais por meio do Direito Penal como propõe que a definição de tipos incriminadores que os tenha por lastro se dê por meio de lei especial, isto é, fora do Código Penal, que deveria ser reservado para os delitos cujo bem jurídico possa ser identificado com interesses pessoais ou individuais.

Sabe-se que ao final da tramitação do PL, dentre outros cortes, recortes e incorporações, o texto acabou por ser inserido no Código Penal. Todavia, a questão que se põe é outra: o bem jurídico relacionado ao tipo do artigo 359-L, inclusive desde a perspectiva da exposição de motivos originária, tem conotação supraindividual.

A relação dessa característica com o desenvolvimento desse artigo poderá ser sentida mais adiante. Antes disso, tem-se a premente utilidade da análise sobre a ideia de ofensividade ou lesividade, que é o ponto conector entre a conduta e o bem jurídico penalmente tutelado.

2.1. Princípio da ofensividade ou lesividade: *http://http://http://nullun crimen sine iniuria*.

A ideia de ofensividade é um dos princípios fundamentais do Direito Penal, e que, a partir de uma concepção clássica, estabelece que só é possível punir uma conduta se ela representar uma ofensa ou lesão a um bem jurídico protegido pelo ordenamento. Em outras palavras, para que uma conduta seja considerada crime, é necessário que ela atinja ou coloque em perigo um bem jurídico relevante.

Esse princípio está intimamente relacionado à ideia de que o direito penal deve se preocupar apenas com condutas que causem danos efetivos ou potenciais a interesses juridicamente protegidos, deixando para outras esferas os comportamentos que não representem uma ameaça real ou potencial aos bens jurídicos.

Nessa esteira, da mesma forma que o próprio conceito de bem jurídico, o princípio da ofensividade atua como um filtro, garantindo que apenas condutas que verdadeiramente causem danos ou representem um perigo concreto sejam objeto de punição pelo direito penal, evitando assim a punição de comportamentos inofensivos ou que não apresentem relevância social ou jurídica, nos sentidos qualitativo e quantitativo.

Em resumo, como leciona MURATA[12], já fazendo a intersecção de lesividade com a ideia de bem jurídico:

O princípio da ofensividade, também conhecido como princípio da lesividade, está consagrado no dogma [http://http://nullum crimen sine iniuria](http://nullum crimen sine iniuria) e consiste em uma dupla exigência: (i) toda infração penal requer a exteriorização e a materialidade de um fato (dimensão qualitativa da natureza do bem jurídico); e (ii) o fato deve lesionar ou colocar em perigo um bem juridicamente tutelado (dimensão quantitativa da extensão da ofensa).

Neste passo, entendemos que o manejo da ofensividade, enquanto função hermenêutica, deve ter um ponto de contato para trás (conduta) e um para frente (bem jurídico), ou exteriorização e resultado, respectivamente.

Tem-se, pois, que o princípio da ofensividade toca tanto a tipicidade (desvalor da conduta em potencial, determinante para edição da lei), quanto a antijuridicidade (desvalor de vinculação social)[13]. Daí vai que

(...) A adoção do conceito material de antijuridicidade, permeada pela concepção de bem jurídico, inclui na análise o valor social protegido pela norma, que não mais se restringe ao mero preenchimento dos requisitos normativos, vinculando-se, dessa forma, à função e ao fim da pena. Com isso, supera-se a ideia de mera desobediência da norma para um comportamento socialmente intolerável[14].

Dado que a ofensividade não se guia apenas pelo dano ao bem jurídico, mas também pelo risco que lhe representa, muito se poderia dizer sobre *crimes de perigo* e a graduação de sua concretude. Não obstante, para o mote central desse artigo, alinhado à recente subsunção feita pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do “8 de janeiro”, fia-se que o conceito de “delito de acumulação” ganha especial realce.

De fato, inúmeras vertentes do Direito Penal contemporâneo têm sido alçadas a expectativas quase heroicas, de salvamento de determinadas demandas sociais, no que se pode identificar tendência expansionista do Direito Penal; é o caso do chamado Direito Penal de terceira velocidade e o “adiantamento” da punição, como se dá nos crimes de mera conduta e de perigo abstrato[15], por exemplo.

Neste espeque, encontra-se também o conceito de delitos de acumulação, normalmente empregado no âmbito dos crimes ambientais, mas que pode ser parafraseado em muitos outros delitos que tenham por bem jurídico interesse coletivo ou supraindividual, como é o caso daquele insculpido no artigo 359-L, do Código Penal.

Diz-se *delitos de acumulação* aqueles que se aperfeiçoam com a acumulação de condutas, as quais, vistas isoladamente, mostram-se irrelevantes, daí a sua justaposição aos delitos de natureza ambiental, em que o dano concretamente verificado muitas vezes é causado apenas a partir da soma de comportamentos individuais.

Conforme esclarecem CORBALAN TEBAR[16], citando ALCÁCER GUIRAO, idealizador do conceito de *delito de acumulação*,

(...) o caráter global dos novos interesses de proteção desloca a questão do bem jurídico para uma perspectiva coletiva, pois se opera a substituição da figura do “agente individual” pela figura do “ator coletivo”, enquanto inserido na sociedade em seu conjunto, reconduzindo-se, dessa forma, a imputação da responsabilidade pelos grandes riscos globais às ações mínimas, que, embora inócuas, uma vez acumuladas, poderiam levar ao comprometimento do bem jurídico ambiental. Tal é o pressuposto dos chamados “danos cumulativos”, que foram introduzidos recentemente na discussão político-criminal como único mecanismo efetivo para proteger diretamente ao meio ambiente.

Não se descuida que o bem jurídico consubstanciado no “estado democrático” está longe de ser novo[17], e que o conceito de crime de acumulação o é; não se esquece também, contudo, que o ponto que os une é a ideia de bem jurídico coletivo, não sendo o fator contemporaneidade suficiente para essa desvinculação: problemas antigos, soluções novas.

Costuma-se dizer que, no caso dos delitos ambientais, a “acumulação” acarretaria em ofensa ao princípio da lesividade, sobretudo em função de as condutas estarem comumente desvinculadas entre si e dispersas no espaço e no tempo. Existe razão para o raciocínio, o qual dependeria, não obstante, de movimento probatório.

Por esse motivo, defendemos que a ideia de delitos de acumulação não se aprisiona à caracterização de um grupo de delitos, senão de ferramenta hermenêutica. O exemplo é pobre, mas possibilita a proposta: há lesão ao bem jurídico “vida” se uma pessoa for lesionada por 20 indivíduos diferentes, em 20 pontos diversos do corpo, nenhum deles vital, mas que pela acumulação dos ferimentos vem a morrer, por hemorragia que seja? É possível imputar o crime de homicídio a cada um desses indivíduos, ou deve ser considerada apenas a lesão corporal vinculada à conduta individualizada?

Crê-se que o “meio ambiente” e o “estado democrático”, figurativamente, representam um corpo e, porque é coletivo o bem jurídico, podem ser lesionados ou correrem o risco de o ser a partir da acumulação de condutas.

Mas duas observações são necessárias: (i) como já se disse, entendemos que não existem delitos de acumulação, e sim que podem ser caracterizados pela acumulação de condutas, mas que evidentemente podem dela prescindir; e (ii) não se confunde aqui a ideia de crime multitudinário com delito por acumulação, pois, enquanto o primeiro está voltando à atividade probatória – partindo do resultado do coletivo para flexibilizar a demonstração ou desvalor da conduta individualizada – o segundo caminha no sentido de que o todo encerra a potencialidade lesiva ao bem jurídico.

3. DA TENTATIVA

A manifestação da conduta, sobretudo nos crimes comissivos, é ponto nevrálgico para caracterização do crime, assim entendida a lesão a bem juridicamente tutelado – e envolvendo os princípios da antijuridicidade, tipicidade e culpabilidade.

Entretanto, é de se considerar que, com a evolução da ciência jurídico-penal, passou-se ao entendimento de que, em determinadas situações, mesmo não havendo a consumação delitiva, algumas condutas anteriores têm relevância penal, o que ressoa desde os direitos romano[18] e germânico na direção de sua punição[19]. Daí também advém a tripartição entre atos preparatórios, tentativa e frustração[20].

Para a dogmática penal contemporânea, em um primeiro enfoque sobre a tentativa, pode ela ser perfeita ou imperfeita, a depender do motivo pelo qual o fim inicialmente almejado pelo agente não foi ultimado.

Dessa dicotomia, é perfeita a tentativa quando todos os elementos do tipo penal (conduta, resultado naturalístico e nexos causal) estão presentes, mas o resultado previsto pela norma incriminadora não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente. Em outras palavras, o agente realiza todos os atos necessários para a consumação do crime, mas o resultado não ocorre. Mesmo assim, a tentativa é punível, desde que haja previsão legal para isso, pois *o crime é subjetivamente consumado em relação ao agente que o comete, mas não o é objetivamente em relação ao objeto ou pessoa contra o qual se dirige*[21].

A título ilustrativo: Tício visa matar Mévio e contra ele dispara arma de fogo; o projétil atinge o alvo, mas este é socorrido e salvo.

De outro lado, há a tentativa imperfeita, que se apresenta quando o agente pratica atos executórios, mas não completa todos os elementos do tipo penal ou não consegue chegar próximo o suficiente da consumação do crime por circunstâncias alheias à sua vontade. Nesse caso, o agente também é punido.

No mesmo exemplo acima, Tício é desarmado por um transeunte, quando já em posição de atirar, com a mira voltada a Mévio.

Ambas as tentativas mostram que a lei penal reconhece a gravidade das condutas que visam a prática de um crime, mesmo que o resultado almejado não seja alcançado. Isso demonstra a importância do aspecto volitivo e a potencial periculosidade do agente, mesmo que não tenha conseguido consumir o ato criminoso.

Por outro lado, classifica-se ainda a tentativa quanto à idoneidade da conduta direcionada em desfavor do bem jurídico.

Fala-se em tentativa idônea quando o agente, a partir de sua conduta, demonstra que é possível a realização do crime conforme sua intenção. Trocando em miúdos, os atos praticados pelo agente são adequados e suficientes para levar à consumação do crime, mas por algum motivo externo à sua vontade, o crime não é consumado. Nesse caso, a tentativa é punível.

De outra banda, a tentativa inidônea ou crime impossível, que em regra não é punível, é assim considerada quando, apesar dos atos praticados pelo agente, é impossível a realização do crime conforme sua intenção. Ou seja, os atos realizados não são adequados

ou suficientes para levar à consumação do crime, seja por falta de aptidão do agente, do meio por ele empregado ou impropriedade do objeto utilizado (artigo 17, do Código Penal).

A este respeito, anota HUNGRIA[22] que:

(...) a moderna teoria da atipicidade (Beling) distingue esta [inidoneidade] entre casos de crime impossível e casos de atipicidade, isto é, em que falta o próprio conteúdo típico do crime (Mangel am Tatbestand, da doutrina alemã), de modo que sua impunidade fica à margem de qualquer discussão. Como exemplos da última espécie citam-se os seguintes: aplicação de meio abortivo a uma mulher que errôneamente se supõe grávida; subtração da coisa própria, julgando-a alheia; ter relação, extra matrimonium, com mulher que falsamente se supõe não ter ainda atingido a idade em que cessa a proteção penal. A teoria em questão (que é, afinal, uma confirmação da teoria objetiva intermédia ou temperada) não representa senão um obstáculo invencível à generalização da teoria subjetiva.

Sobre as teorias subjetiva e objetiva mencionadas pelo saudoso jurista, que estão ligadas à (não) punibilidade da conduta, tem-se que, para a primeira, o que importa é a efetiva intenção do agente, de modo que (...) *a inidoneidade deve ser apreciada não conforme a realidade dos fatos, mas segundo a avaliação do agente no momento da ação. Assim, o autor de um crime impossível deve sofrer a mesma pena da tentativa.*[23]

Já para a teoria objetiva, a conclusão inarredável de que, na conduta, estão ausentes os elementos objetivos da tentativa, bem como que o bem jurídico não esteve em perigo, não se pode falar em punibilidade. Daí também HUNGRIA ter falado em teoria temperada quando da conjugação com a teoria da atipicidade de BELING.

3.1. A aferição da tentativa a partir do *iter criminis*.

A identificação da tentativa, se idônea ou inidônea, se perfeita ou imperfeita etc., depende de valoração da conduta com vistas a vislumbrar em qual momento se situa no *iter criminis* – e se – a ação externada caracteriza um risco ao bem jurídico protegido, adentrando na eventual esfera de ilicitude da conduta.[24]

Nesse sentido, sobrelevam-se as fases que compõem o *iter criminis*, quais sejam: I) *cogitatio* – é a cogitação, a ideação criminosa; II) *conatus remotus* – são os atos preparatórios; III) *conatus proximus* – são os atos de execução; IV) *consumatio* – que é a consumação, latu sensu, da conduta em si.

Considera-se o pensamento, situando-o no âmbito da cogitação, um “elemento” que não caracteriza, por si só, o crime, visto ser necessária uma ação executória, ou seja, uma ação exterior. Como bem aponta Cláudio Brandão, citando Welzel[25]:

Também no Direito Penal da vontade não se castiga a vontade má como tal, mas só a vontade má em realização; isto é, não só porque a vontade má não é apreensível e a moralidade não pode ser imposta à força, mas também pelo profundo abismo que separa o pensamento do fato.

A cogitação está presente na mente do agente (fase interna), momento em que idealiza o ato criminoso. Nesse sentido, o ponto inviabiliza, inclusive, a produção de provas, de sorte que não há caracterização criminosa, sem maiores digressões a este respeito.

Os atos preparatórios, que já se encontram em fase externa, não tocam necessariamente diretamente com qualquer elemento do crime ideado pelo agente, mas visam possibilitá-lo objetivamente, o que costuma aproximar o *iter criminis* com os conceitos que integram a própria idoneidade de eventual tentativa: aprimoramento da aptidão do agente, eleição do meio a ser por ele empregado e eficácia do objeto material a ser utilizado. Estes atos não são puníveis, exceto se configurarem crime autônomo, como Tício adquirir e portar uma arma em desacordo com as prescrições legais, mas com vistas a matar Mévio.

Prossegue-se que, geminado pelo agente (fase interna) e por ele objetivamente preparado (início da fase externa) o crime alcança os atos de execução quando a conduta toca o verbo nuclear do tipo penal, o que, a um só tempo, dista o agente tanto da cogitação quanto dos atos preparatórios, que dispensam a sua realização.

Neste contexto, dado que para se caracterizar a consumação é necessário o cumprimento de todo o descritivo legal, é nessa zona que se situa propriamente uma possível tentativa. Ademais, o ponto também atine à diferenciação entre os crimes materiais e formais: os primeiros exigem o resultado material para a consumação, enquanto para os segundos a realização do verbo já a caracteriza.

Conforme previsto no artigo 14, inciso II, do Código Penal, os atos de execução e circunstâncias alheias à vontade do agente que impedem a consumação são essenciais para caracterização da tentativa, diferentemente da desistência voluntária ou arrependimento eficaz, que dependem da vontade do próprio agente.

4. A TENTATIVA COMO ELEMENTO DO TIPO NO ARTIGO 359-L, DO CÓDIGO PENAL

Como se tem observado, a concatenação dos conceitos que gravitam o tipo do artigo 359-L se dá em grande parte em função do caráter coletivo do bem jurídico tutelado, do que decorre a forma de tratamento, no sentido de subsunção, isto é, hermenêutico.

A técnica ou opção legislativa – e aqui está-se a analisar a forma com que delimitada a incriminação e não o seu (des) acerto – também é congruente com os tópicos anteriores quando se volta à justaposição da tentativa como elemento do tipo, em detrimento da aplicação geral do artigo 14, II, Parágrafo Único, do Código Penal, ou com a adoção de uma redução outra em relação a uma pena para o crime consumado.

Ao assim proceder, no entanto, entende-se que o legislador, no modal em comento, não desincumbe o Poder Judiciário de uma amálgama de discussões sobre tentativa perfeita e imperfeita, idônea ou inidônea etc., mas deixa claro o endurecimento da repressão à conduta, pois, por mais contraditório que possa parecer, o crime “se consuma com a tentativa”, não havendo gradação da sanção entre tentar ou propriamente abolir o Estado Democrático de Direito, o que se apresentaria como mero exaurimento do tipo.

Há algum sentido nesse direcionamento, uma vez que o exaurimento do tipo provavelmente inviabilizaria a punição da conduta, pela própria natureza do estado de coisas que se apresentaria. Mas passemos às classificações básicas.

O artigo 359-L do Código Penal prevê a ação delituosa contra o Estado Democrático de Direito visando sua dissipação. São elementos desse tipo penal: “a) a conduta de tentar, com emprego de violência ou grave ameaça; b) abolir o Estado Democrático de Direito; c) impedindo ou restringindo o exercício dos poderes constitucionais”.

Como se disse, a tentativa aqui é equivalente à consumação, e o crime é composto por dolo, sem previsão da modalidade culposa. Importante pontuar, por outro lado, que há o entendimento de que o referido tipo pode ter reflexos não somente na União, mas também nos poderes estaduais e municipais, visto que não há distinção expressa em lei.

O sujeito ativo é qualquer pessoa, enquanto o sujeito passivo é o Estado apresentado quaisquer dos seus poderes em conjunto ou separadamente, porquanto conformadores do estado democrático nos termos em que formulado pela Constituição da República.

Pela mesma razão, como já se disse alhures, o bem jurídico protegido é a preservação do Estado Democrático de Direito também das próprias instituições democráticas, conceitos que se retroalimentam. Nesse sentido, a ação do agente, visando a abolição do Estado e/ou interferindo no exercício dos poderes, consiste em impedir ou restringir o regular prosseguimento das competências e funções constitucionalmente estabelecidas.

Pelo tipo penal específico, a sua consumação se dá com o emprego da violência ou da grave ameaça. Assim, a tentativa se mostra impossível, visto que a intenção do agente em abolir está evidente.

4.1. O tipo do artigo 359-L no contexto do “8 de janeiro”.

Sobressai inicialmente consignar que os autos e as sentenças já proferidas sobre as condutas relacionadas aos acontecimentos de 8 de janeiro de 2024 estão acobertadas por sigilo, de sorte que as considerações que ora se propõe precisam ser lidas a partir dessa limitação.

Outro ponto que de importante contextualização é que este artigo não importa em análise ideológica e, pelas razões do parágrafo anterior, passa à margem de concordar ou discordar com a condenação / absolvição de pessoas específicas – cujas condutas sequer baseou este ensaio – tampouco com as penas resultantes de dosimetria desconhecida ou desconsiderada.

Pois bem. O crime previsto no artigo 359-L, do Código Penal, tem por bem jurídico interesses coletivos ou supraindividuais, o que significa dizer que o caráter da ofensividade da conduta deve obedecer essa característica, conforme o entendimento que expusemos no início desse artigo.

Assim, ao menos em tese, no nosso sentir, a lesividade encontrará valoração para trás (conduta) e para frente (bem jurídico), servindo propriamente como o condutor entre ambos.

No sentido da conduta, pode-se dizer que a valoração da lesividade se confunde com a própria aferição dos elementos normativos do tipo “violência” e “grave ameaça”, cuja aferição no “8 de janeiro” parece se tratar do ponto de maior evidência.

Na direção oposta, contudo, é onde parece haver maior discussão quanto ao evento sob análise, pois se costuma dizer que o bem jurídico não foi colocado em risco pelas condutas dos indivíduos, seja no caráter particular, seja no coletivo. Considera-se, não obstante, a conformação da ofensividade (ou não) a partir do conceito de delitos por acumulação enquanto ferramenta hermenêutica.

Exsurge, pois, se a invasão e depredação dos três poderes, aliadas à conclamação das Forças Armadas para tomada do poder, poderiam colocar em risco o bem jurídico tutelado. E aqui advém a questão primordial: se a tentativa integra o tipo, é para ela que se deve voltar o olhar.

De fato, os elementos do tipo penal retratado no artigo 359-L, do Código Penal, parecem objetivamente verificados no evento do “8 de janeiro”, sendo despidendo discorrer sobre o elemento normativo da violência e o elemento subjetivo do dolo, no que sentimos.

Com efeito, de tal modo subsumidas as condutas, faltaria apenas a indicação de que a tentativa – integrante do tipo e, portanto, ponto de confluência com o princípio da ofensividade – estaria ou não abrangida pela incidência de eventual inidoneidade.

Ocorre que, para aferição de tal jaez, tem-se tentado demonstrar que subjetivamente, a alta cúpula das Forças Armadas jamais aderiria aos chamados dos agentes que a conclamavam. Esta nos parece ser a direção da valoração, contudo.

A natureza da tentativa inidônea reside, em maior grau, no meio empregado ou viabilidade do objeto material utilizado: é como se, atirar no peito de um policial que, vestindo colete à prova de balas, fosse suficiente a ilidir a tentativa de homicídio. O colete está para a não aderência das forças armadas, e o tiro está para a violência, invasão e depredação; e ambos estão interligados pelo chamado público à tomada de poder.

Parece-nos, assim, que o meio empregado pelos agentes e objeto por eles utilizados – sempre observada a colocação inicial desta conclusão – eram aptas a configurar uma tentativa, que no caso integra o próprio tipo penal.

5. BIBLIOGRAFIA

[1] ALCÁCER GUIRAO, Rafael. La protección del futuro e los daños cumulativos. Revista electrónica de ciencia penal y criminología – Artículos – RECPC 04-08 (2002). p. 1-30.

[2] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Bem jurídico-penal. São Paulo: Quartier Latin, 2104, p. 93.

[3] BITENCOURT, Cezar Roberto. Do crime consumado e do crime tentado. Revista dos Tribunais | vol. 646/1989 | p. 247 - 257 | Ago / 1989.

[4] BITENCOURT, Cezar Roberto. Código penal comentado – 10. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019.p. 57

[5] CASTRO SILVA, Davi. Bem jurídico penal: algumas compreensões, breves reflexões. Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa | vol. 1 | p. 1209 - 1227 | Jul. / 2011

- [6] CORBALAN TEBAR, Wellington Boigues. Há futuro na dogmática penal para os delitos de acumulação? Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 113/2015 | p. 77 - 124 | Mar - Abr / 2015 | DTR\2015\3613
- [7] COSTA JR., Paulo José. Curso de direito penal. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 2, p. 6.
- [8] FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito penal (parte geral). Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 4.
- [9] HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Imputación objetiva y principio de lesividad. In: CEREZO MIR, José; SUÁREZ MONTES, Rodrigo et al. (Ed.). El Nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López. Granada: Comares, 1999.
- [10] HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958
- [11] HUNGRIA, Nélson. Comentários ao Código Penal – 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. t. II. vol. I.
- [12] JAKOBS, Günther. Derecho penal. Parte general. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- [13] JESUS, Damásio E. de. Direito penal. 22. ed. São Paulo : Saraiva, 1999. 1.º vol.
- [14] KAMIMURA MURATA, Ana Maria Lumi. Ofensividade nos delitos ambientais. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 201/2024 | p. 55 - 79 | Mar - Abr / 2024 | DTR\2024\4411
- [15] NEUMANN, Ulfrid; BOLDT, Raphael. Alternativas: nenhuma”. Sobre a crítica mais recente à teoria pessoal do bem jurídico. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 116/2015 | p. 97 - 110 | Set - Out / 2015 | DTR\2015\13609
- [16] SIRVINSKAS, Luís Paulo. Aspectos relevantes da punição da tentativa no sistema penal brasileiro. Revista dos Tribunais | vol. 795/2002 | p. 464 - 476 | Jan / 2002 | DTR\2002\101.
- [17] TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 1.
- [18] VON LISZT, Franz . Tratado de direito alemão. Rio de Janeiro: Briguiet & Cia, 1899, t. I, p. 93-94.
- [19] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Derecho penal. Parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

6. LINKS

<https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD06MAR1992.pdf#page=102> Acesso em 20 de abril de 2024.

- [1] TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal, 5ª ed.** São Paulo: Saraiva, 1994, p. 1.
- [2] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal.** São Paulo: QuartierLatin, 2104, p. 93.

[3] CASTRO SILVA, Davi. **Bem jurídico penal: algumas compreensões, breves reflexões.** Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa | vol. 1 | p. 1209 - 1227 | Jul. / 2011

[4] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho penal.** Parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

[5] VON LISZT, Franz . **Tratado de direito alemão.** Rio de Janeiro: Briguiet & Cia, 1899, t. I, p. 93-94.

[6] FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal (parte geral).** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 4.

[7] NEUMANN, Ulfrid; BOLDT, Raphael. **Alternativas: nenhuma?”. Sobre a crítica mais recente à teoria pessoal do bem jurídico.** Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 116/2015 | p. 97 - 110 | Set - Out / 2015 | DTR\2015\13609

[8] Idem. Ibidem.

[9] Mas, para essa finalidade, seria necessária apenas a ideia de violação da norma, não da identificação de bens jurídicos, conforme JAKOBS, Günther. **Derecho penal.** Parte general. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

[10] De fato, o lastro da tramitação normativa é historiado no PL 2462/1991, proposto pelo saudoso jurista e então Deputado Federal Hélio Bicudo

[11] Disponível

em <https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD06MAR1992.pdf#page=102> Acesso em 20 de abril de 2024.

[12] KAMIMURA MURATA, Ana Maria Lumi. **Ofensividade nos delitos ambientais.** Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 201/2024 | p. 55 - 79 | Mar - Abr / 2024 | DTR\2024\4411

[13] HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Imputación objetiva y principio de lesividad. In: CEREZO MIR, José; SUÁREZ MONTES, Rodrigo et al. (Ed.). **El Nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos.** Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López. Granada: Comares, 1999.

[14] KAMIMURA MURATA, Ana Maria Lumi. Ibidem.

[15] De fato, os crimes de acumulação, que ora se passa a pontuar, tem estreita ligação com os crimes de perigo abstrato, mas são distintos, uma vez que os últimos dependem da ideia de periculosidade genérica da conduta, da qual o primeiros prescindem. ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *La protección del futuro e los daños cumulativos.* Revista electrónica de ciencia penal y criminología – Artículos – RECPC 04-08 (2002). p. 1-30.

[16] CORBALAN TEBAR, Wellington Boigues. **Há futuro na dogmática penal para os delitos de acumulação?** Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 113/2015 | p. 77 - 124 | Mar - Abr / 2015 | DTR\2015\3613

[17] Nelson Hungria já prelecionava sobre a altivez do bem jurídico há pelo menos 60 anos, quando ainda esta disposto na Lei nº 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional), revogada pela alteração de 2021, defendendo que (...) *a proteção do Estado Democrático é vital para a*

manutenção da ordem jurídica e dos direitos fundamentais. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958

[18] Para o direito romano, a depender da gravidade da conduta, punia-se a tentativa na mesma medida do crime consumado. Cf. SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Aspectos relevantes da punição da tentativa no sistema penal brasileiro**. Revista dos Tribunais | vol. 795/2002 | p. 464 - 476 | Jan / 2002 | DTR\2002\101.

[19] Mas foi apenas na Idade Média que a ideia de tentativa punível ganhou corpo com base no *flagitum imperfectum*, tendo os italianos dado corpo ao conceito, advindo o *requisito do começo de execução para o reconhecimento da tentativa* (conatus est principium exequendi quod animo cogitavit). In HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal** – 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. t. II. vol. I.

[20] Não abordaremos o ponto, por fugir do escopo deste artigo, mas (...) Ato preparatório é o ato que, além de inidôneo, deverá apresentar-se como equívoco, isto é, ambíguo, não se podendo extrair a univocidade do caráter externo da conduta. Cf. COSTA JR., Paulo José. **Curso de direito penal**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 2, p. 6.

[21] JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. 22. ed. São Paulo : Saraiva, 1999. 1.º vol.

[22] HUNGRIA, Nélson. Op. Cit., p. 102.

[23] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Do crime consumado e do crime tentado**. Revista dos Tribunais | vol. 646/1989 | p. 247 - 257 | Ago / 1989

[24] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado** – 10. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019.p. 57

[25][25] BRANDÃO, Cláudio. Op. Cit., p. 289.