

DIREITO PENAL

Da Tentativa

(Este trabalho é o resumo das prelecções que, sobre a tentativa em 1909 fiz aos alumnos do 4.^o anno. Foi escripto para lhes facilitar o estudo de tão difficil materia. Contem idéas geraes acerca da tentativa, procurando eu usar de linguagem conveniente para principiantes).

Para bem se comprehender o que é uma tentativa, é de vantagem saber-se quando deve ser havido por consummado um delicto. A explicação do que é um delicto consummado acha-se no art. 12 do Cod. Penal. Por este artigo se vê que, em regra, não attende o legislador ás consequencias do crime, *taes como desejadas pelo criminoso*.

CARRARA considera *perfeito* o crime, quando o acto praticado reúne os requisitos da incriminação estatuidos pela lei penal; e *exaurido*, quando o acto delictuoso deu o *resultado* que o delinquente almejára.

O Legislador attende, em geral, ao *resultado proximo*, mas, em dadas hypotheses, a um *resultado mais remoto*.

E' a ésta última especie de delictos que se refere o art. 11 doCodigo Penal. Exemplo de crime

em que attendeu o Legislador ao *resultado do proximo*, temos no art. 298; exemplos de *resultados remotos*, encontramos nos arts. 304, 306 etc.

Não é possível fixar de antemão uma regra geral determinando o momento em que se ultimam os crimes: temos de attender á definição de cada crime, e não ha da parte do Legislador muita logica quando estabelece o momento da consumação. Assim, no furto, parece ser a tirada da cousa que caracteriza a consumação do crime (art. 330); mas no estellionato, a variedade das expressões do art. 338, em seus diversos paragraphos, mostra que nem sempre a consumação se dá só após haver o delinquente entrado na posse do objecto por elle cubiçado (§§ 5, 8 e 10).

Nenhum exemplo mais frisante das hesitações do Legislador se pôde achar do que no estellionato, o crime *Protheo*. Foi ésta consideração que levou alguns jurisconsultos a julgarem uma medida de politica a equiparação da *tentativa do estellionato* ao delicto consummado; e digno de nota é que a expressão *procurar* do § 5 do art. 338 do Codice, que corresponde a *procurare* do art. 413 do Codice Italiano, foi declarada por alguns mestres equivalente a *procacciare*, que designa a busca de um resultado que não se alcançou.

Merece referencia, nesta ordem de idéas, que a fallencia só dá logar á acção crime depois de ser declarada pelo juizo commercial (Lei de 31 de Dezembro de 1908, art. 174).

Antes de entrarmos no estudo da tentativa, e como preliminar, é bom lembrarmos que a escola por nós adoptada julga punivel não só a lesão de *interesses juridicamente protegidos*, mas tambem o factio

de serem estes *postos em perigo*, e finalmente a prática de actos que *ordinariamente envolvem perigo para esses interesses*.

A pena destina-se a actuar: 1.º sobre os membros da sociedade, como meio de prevenção geral;— 2.º sobre o offendido, dando-lhe satisfação;— 3.º sobre o culpado, já intimidando-o ou emendando-o (o que é raro), já separando-o da sociedade, temporarea ou perpetuamente, emquanto fôr elle damnoso ou perigoso para a ordem social. Não parece opportuna a investigação sobre qual a funcção mais importante da pena: si a que exerce em proveito da sociedade, si a que em proveito do delinquente.

Entrando no estudo da tentativa, é bom lembrar que ésta materia foi sempre considerada *difficillima* por todos os criminalistas. De CREMANE se repete a phrase com que elle começou o estudo dessa parte do Direito Penal: «*Perdifficilis et obscura est quaestio de conatu delinquendi*». Não ha dúvida que o assumpto foi enredado pelas concepções metaphysicas, mas tambem é certo que não podemos conhecer a construcção actual do instituto sem recapitularmos o que a este respeito disseram os criminalistas da escola classica. Eliminando seus erros e aproveitando quanto de exacto têm, é que chegaremos á verdade completa.

No art. 13 do Codigo, encontramos a *definição legal* da tentativa, mas refere-se á tentativa de crimes que a lei pune quando consummados: verdadeiramente, pois é uma *definição doutrinal*, que não abrange todas as hypotheses excepçoes da nossa lei. Lembremo-nos, para vermos que isto é fundado, de que a nossa lei empresta a muitas tentativas o character de crimes consummados: arts. 88 § 2, 107, 108, 115 § 1, 2 e 3, 168, 360 e varios outros.

No art. 127 equipara a tentativa ao crime consummado. No art. 360 tambem, para o effeito da pena, equipara a tentativa ao delicto consummado.

Como se vê, ha na lei tentativas que são delictos consummados, porque o Legislador julgou que a realização do mal material não deveria ser esperada para punir se o delinquente como autor dum delicto consummado.

Na doutrina, achamos as definições de CARRARA e de VON LISZT, além de outras de menor valor. A de CARRARA é mais um summario ou resumo, dos pontos principaes a considerar no estudo da tentativa do que uma definição nos termos prescriptos pela Logica.

Os pontos capitaes que mais chamam a nossa attenção nessa summula de CARRARA são:—a *univocidade*—a circumstancia da *vontade explicita de delinquir*, e—não haver *offensa de direito igual ou maior* que o que o delinquente queria violar (1).

A definição de V LISZT «—acto voluntario dirigido ao resultado que a lei incrimina, sem que o resultado se produza»—parece á 1.^a vista incompleta por não mencionar que só ha tentativa quando se dá suspensão por motivo independente da vontade do delinquente. Não ha porém nella tal defeito, porque este elemento da tentativa já se acha implicitamente comprehendido no começo da definição—*acto voluntario*. Em Roma não havia verdadeira construcção doutrinaria acerca da tentativa. E' comtudo o as-

(1) Qualunque atto estérno, univocamente conducente di sua natura ad un evento criminoso ed al medesimo diretto dal agente con esplicita volontà, non susseguito dal evento stéssso, nè dalla lesione di un diritto ò poziori ò equivalente a quello che si voleva violare.

sumpto muito debatido. Para PESSINA, o que se póde apurar das fontes é—que nos crimes publicos a tentativa era punida como o crime consummado, mas nos privados era a consummação indispensavel para a punição.

Foi sob os imperadores que nalguns crimes dos denominados *crimina extraordinaria* se fez differença entre delicto imperfeito e perfeito, afim de ser áquelle applicada pena mais branda. Foram os jurisconsultos italianos os que criaram a doutrina da tentativa, adoptando a formula—*cogitat, agit,—sed non perficit*—attribuida por PESSINA a ALBERTO GANDINO (2). Entre os autores que do assumpto se occuparam, menciona-se BÖHMER, que admittia o *conatus remotus*, quando o delicto se achava nos actos preparatorios, *propinquus* quando nos actos de execução, e o *proximus*, quando o delicto falhava.

II

No estudo da tentativa aceitaremos a ordem seguida por PUGLIA, na sua *Monographia* sobre a materia. Indagaremos em primeiro logar—si deve ser punida a tentativa; em segundo logar—quaes os seus elementos; em terceiro logar—si lhe deve ser comminada pena mais branda do que ao crime consummado.

Debatendo a primeira questão diz PUGLIA que os systemas em Direito Penal pódem ser capitulados em tres grandes classes: 1.^a a da *correção ou*

(2) Qui cogitat et agit et perficit.
Qui cogitat nec agit nec perficit.
Qui cogitat et agit sed non perficit.
Qui agit et perficit sed non cogitat.

da emenda; 2.^a a da *intimidação*; 3.^a o *ontologico*. Nos dous primeiros, claro é que a punição da tentativa é uma necessidade. No 3.^o variam as explicações. Todos conhecemos a doutrina de CARRARA acerca das forças do delicto (*Prog.* §§ 53 a 127, e particularmente §§ 56 a 57). Para elle o delicto é um ente que nasce do *choque do acto com a lei*. Applicando seus principios á tentativa, diz elle que em tal caso o ente é *imperfeito*, por não produzir o damno immediato, mas só haver o *pericolo corso* ou damno mediato (§ 352). Mas o *pericolo corso* é sempre menor que o *damno patito* pela victima ou pela sociedade, já com *spavento dei buoni*, já como *incitamento ai malvagi* (§§ 353 e 354). Acrescenta uma razão politica, não referente só á questão de que nos occupamos (si a tentativa deve ser punida), mas á do gráu da pena applicada á tentativa, sustentando que a equiparação da tentativa ao delicto consummado não favoreceria o arrependimento, mas impediria a suspensão dos actos delictuosos.

PESSINA diz que a lei quer ser obedecida, e que, além disso, quer, em relação aos direitos que protege, que «*nulla si operi per violar quei diritti*», e portanto deve ser punida a tentativa, que é um acto para a violação desses direitos. Differentemente de CARRARA que faz concessões ás verdades consagradas pelos estudos scientificos, fica PESSINA na pura doutrina da expiação. Assenta, porém, sua explicação num principio que não póde demonstrar, qual seja—*dever a lei punir tudo quanto é destinado á sua violação*.— Com esta fórmula tão ampla, teriamos de punir os actos preparatorios, desde que se verificasse que eram destinados a uma violação da lei. Nada impede desde que não attendamos ás conveniencias sociaes, que proclamemos a punição do pensamento, o primeiro factor das violações da lei.

Para a escola positiva, que funda a pena na necessidade da defeza social, que julga puniveis todos os actos que põem em perigo bens juridicamente protegidos, é evidente que se deve punir a tentativa, que põe em perigo a ordem social. Passemos aos elementos da tentativa.

Podemos considerar como seus factores: 1.º—actos preparatorios; 2.º—começo de execução; e 3.º—suspensão por motivo independente da vontade do criminoso (arts. 10 e 13).

A grande difficuldade, neste ponto, consiste em estabelecer o criterio differencial entre actos preparatorios e começo de execução.

Ha duas doutrinas que são as mais em voga— a de CARRARA e a de ROSSI.

Para CARRARA ha o começo de execução quando os actos se caracterizam de tal maneira que nenhuma dúvida resta sobre conduzirem a certo e determinado crime. E' o que CARRARA denomina *univocidade* (§ 358). Diz FLORIAN (pg. 256) que nos ultimos tempos modificára o grande criminalista a sua fórmula, dando como *preparatorios* os actos que se exhaurem no sujeito activo do delicto; e como *executivos* os que se desenvolvem sobre o paciente. Esta segunda formula de CARRARA é quasi a mesma de ROSSI.

ROSSI entende que só ha começo de execução quando o criminoso inicia *objective* a violação do Direito: «c'est le crime commencé même *objective*, qui constitue la tentative», (C. 28). A formula de ROSSI está mais de accordo com o art. 2.º do Cod. Penal Francez, e a primitiva de CARRARA foi a que evidentemente inspirou o art. 13 do nosso Codigo.

V LISZT entendê que deve a distincção ser deixada ao criterio do juiz. ORTOLAN julga que o Codigo

francez deixou o assumpto ao prudente arbitrio do juiz, e louva por isso o Legislador.

Parece-me de conveniencia uma formula legal que sirva de guia ao juiz, e julgo das melhores a da *univocidade*. E' bom lembrar que, quando os actos preparatorios constituem crimes *especiaes* ou *sui generis*, devem como taes ser punidos. Em geral, os actos mais remotos do delicto pódem constituir contravenções, mas não crimes.

III

Dizia eu que os actos preparatorios raramente constituem crimes *sui generis*. São as mais das vezes meras contravenções e é isto explicavel pelo facto de se acharem muito longe da consummação do delicto, e falta-lhes consequentemente character accentuado de infracções da lei. Casos ha porém em que o crime assume character tão grave, que o Legislador entendeu elevar estes actos preparatorios á categoria de crimes consummados. Dá-se isto particularmente nos crimes contra a segurança do Estado. Os actos que constituem principio de execução tambem podem ser punidos como delictos consummados.

Restá-nos dizer o que é *delicto falho* e em que differe da tentativa. Tem-se procurado caracterizal-o de diversos modos. Dizem uns que «é aquelle em que o autor fez tudo o que era preciso para alcançar o resultado, e não conseguiu o que desejava»;— outros dizem que—«é aquelle em que o autor não conseguiu a consummação, tendo feito o que *suppoz* preciso para este fim»;—outros que «é aquelle em que o autor concluiu a acção dirigida ao effeito, sem o obter». A tentativa assume este aspecto quando

o autor chegou ao extremo no *iter criminis*, esteve prestes a conseguir o resultado, praticou actos de execução, capazes de dar o resultado. Nem sempre é possível traçar uma linha divisória entre os actos de execução em que só se póde ver tentativa, e aquelles em que já ha delicto falho. Si a pistola tinha uma só carga, e com ésta não conseguiu o delinquente dar a morte; si o golpe do punhal dirigido ao coração da victima foi desviado por mão de terceiro, o crime falho está bem accentuado; mas si o revolver tinha muitas cargas e o delinquente podia repetir o tiro, e enquanto se preparava para dar segundo tiro foi desarmado, já surge duvida sobre si ha crime falho, si tentativa.

Dever-se-á deixar de punir o crime falho, porque delle não faz menção expressa a nossa lei penal? De nenhum modo. (1) Na definição de tentativa (art. 13 do Codigo Penal) abrangue evidentemente o nosso legislador o crime falho. Si o não distinguio da tentativa, foi naturalmente por julgar que essas minudencias na lei são inconvenientes. Já a differença entre a tentativa e o delicto consummado é difficil quanto mais entre tentativa e delicto falho!

Passemos á terceira questão. Deverá ser a tentativa punida com penas mais brandas que o crime consummado? Para sustentar a diversidade de penas diziam os autores antigos: 1.º que á tentativa falta uma parte da figura delictuosa e assim, sendo um crime incompleto, deveria ser-lhe marcada uma pena menor; 2.º que a pena menor anima o delinquente a desistir da continuação no *iter criminis*; 3.º que, na tentativa, mostra o individuo menor perversidade que no delicto consummado; 4.º que na tentativa ha

(1) Dava o Dr. Joaquim Augusto de Camargo solução contrária, e longamente a defendia, com cópia de argumentos.

difficuldade de se provar que o delinquente desejasse a consummação do delicto; e 5.º que se o acaso agrava a pena quando o resultado vai além da intenção do criminoso, deve também ser parte para melhorar a sorte do delinquente. E' a terceira dessas razões a que tem maior importancia. Dizia ROSSI que a consciencia publica é contrária á punição do criminoso que causa a morte, com a mesma pena do que sómente tenta assassinar. Si o individuo não mostra menor perversidade, mas do delicto resulta a morte, os jurados se inclinam á condemnação. A consciencia publica não é levada a ésta opinião sem justos motivos. *O resultado do crime é, em regra, seguro indicio da perversidade, ou da temibilidade do delinquente: quem tenta sómente o crime, dá, em regra, prova duma «vontade criminosa menos energica»* segundo FLORIAN. A éstas tres questões principaes, que foram objecto do estudo de PUGLIA, seguem-se outras de que este autor se não occupou, ou tratou incidentemente. E' das mais dignas de estudo ésta: «si deve ser punida a tentativa de delicto impossivel de se consummar por falta de meios ou de objecto idoneo?» Responde a nossa lei que, no caso de *imdoneidade absoluta* não se dá a punição que é cabivel no caso de *imdoneidade relativa* (art. 14 § unico). Tem se dicto que tal distincção é absurda, porque uma acção, ou é idonea para conseguir o resultado, ou é inidonea por falta de qualquer factor. O erro do autor no calculo dos factores não póde modificar a idoneidade ou inidoneidade dos meios. Parece, porém, que a doutrina do nosso Codigo Penal se baseia na differença entre meios *geralmente havidos como idoneos ou imdoneos*.

PESSINA diz que o delicto impossivel não deve ser punido pela lei, porque ésta só deve prohibir o que é materialmente possivel, porque tudo quanto é

materiaalmente impossivel não póde preoccupar a attenção do legislador.

CARRARA diz que o criminoso póde ser surprehendido no *iter criminis*, quando pratica actos para a realização de sua resolução delictuosa. Mas, si o que o criminoso fez para obter a consummação do crime não é meio de chegar ao fim, não se póde dizer que elle tenha feito mais do que *idear* o crime, e só por causa do pensamento não se póde punir.

A escola positiva só julga não punivel a tentativa impossivel, quando por ella se mostra que do delinquente nada ha a temer. A melhor doutrina parece ser a da escola positiva: ella ensina que a punição deve fazer-se segundo a medida em que o criminoso ameaçou ou poz em perigo a sociedade. Nesse ponto porém ainda se encontram sérias difficuldades na prática.

O nosso Codigo pune os delictos *sui generis* praticados pelo individuo que tentou um delicto por meios inidoneos (art. 15). Além da idoneidade de meios, cogitam alguns criminalistas do caso da idoneidade do objecto ou do fim. O nosso Codigo equipara os dous casos (art. 14 § unico). Convem não confundir o caso da inidoneidade de objecto com o do art. 26, letra *b*.

Com o delicto impossivel não se deve confundir o crime *putativo*. Este é a prática de um acto na falsa supposição de que seja punivel. Não é acto delictuoso, e póde se considerar como o reverso da hypothese prevista no art. 26 letra *a* do Codigo Penal.

A *phantasia criminosa* consiste na pratica de um crime, suppondo-se o delinquente instrumento duma vontade sobrenatural.

Além da tentativa impossível, o nosso Código isenta de pena a tentativa dos crimes de pouca gravidade e das contravenções (art. 16). Acompanhou a doutrina de BENTHAM, que considera a pena em taes casos como sendo um mal maior que o delicto.

Na doutrina, questiona-se sobre a possibilidade de tentativa em certos casos. Quanto aos *crimes culposos*, diz PESSINA que não pôde haver nelles tentativa, por ser esta o contrário de um delicto culposo : na tentativa o resultado fica aquem da intenção ; no crime culposo fica além. E' preferivel dizer, com a escola positiva, que no delicto culposo o agente não se representou o resultado, e portanto, desde que esteve fóra da sua representação, não é possível sustentar que o agente tentasse alcançal-o.

IV

O segundo caso duvidoso é o do crime em que ha dolo indeterminado. Dividem-se os autores sustentando muitos que em taes crimes é possível a tentativa, porque o agente não tinha vontade de praticar certo e determinado delicto. Particularmente aos casos de rixa ligam estes criminalistas grande interesse e defendem a regra :— '*dolus indeterminatus determinatur eventu*'. Segundo ésta regra, o agente não é responsavel sinão pela consequencia que elle previa, especificada ou determinadamente, o que é contra a doutrina que temos defendido de que o delinquente deve responder por todas as consequencias que *se representarem* no seu espirito, unica doutrina compativel com as nossas leis penaes. Si, em these geral, o agente do crime responde pelo resultado que previu ou que se representou quando se lançou na senda do crime, a consequencia é responder pela tentativa

do crime que indeterminadamente planeou, e cuja execução iniciou. Eis porque de nenhum modo nos parece repugnante tornar o agente responsável pelo acto que indeterminadamente tentou realizar. A adoptar-se a doutrina contrária, não se puniria o salteador que tentou matar ao desconhecido, resolvido a empregar no assassinato *quaesquer* meios que as circunstancias exigissem. Impune deveria ficar o ladrão que tentasse furtar *qualquer* coisa existente numa sala ou no bolso dum transeunte. Cumpre a éstas observações accrescentar que na rixa, de que tanto se occupam os adversarios, nos delictos chamados *instantaneos*, póde haver dolo determinado, como mostra PESSINA. Si o agente não se representou o resultado ou não tinha dolo, não é responsável pela tentativa, mas nem tão pouco o é pelo delicto consummado, salvo o caso de culpa *stricta sensu*. E' matéria, pois, que pertence, não ao capitulo da tentativa, mas ao da responsabilidade.

Considera V. LISZT em seguida a hypothese de depender a punibilidade do delicto duma condição objectiva, e a ésta hypothese une a da aggravação da pena quando ocorre um resultado mais grave. O exemplo dado por V. LISZT, que é o caso previsto no art. 274 do nosso Codigo, não nos serve, porque pela nossa lei ha só modificação processual em tal hypothese, e o crime parece dever se capitular no art. 295. Bons exemplos da primeira hypothese pódem nos fornecer os arts. 140, 266 e 267 do nosso Codigo. Exemplos da segunda (aggravação da pena) temos nos arts. 300 § 1 e 359, combinados com o 360, sendo digno de menção que o legislador brasileiro equiparou essas tentativas ao delicto consummado para o effeito da penalidade.

O quarto caso que offerece dúvidas é o do *delicto de omissão*. Para alguns póde haver delicto falho,

mas não tentativa no delicto de omissão. Assim, si o guarda *não tirou* da linha o obstaculo e o trem passa sem descarrilar, ha delicto falho. Como porém até a passagem do trem póde o guarda tirar o obstaculo, é claro que não se dá a tentativa inacabada. Para outros, ha tentativa na commissão por omissão, mas não é ella possivel na omissão propriamente. A dificuldade de distinguir a *omissão* da *commissão por omissão* é motivo para se deixar ésta solução. Verdaderamente, no fundo, limita-se ésta doutrina a repellar a possibilidade da tentativa nos crimes por omissão, o que é muito absoluto, pois que, em tal hypothese póde-se dar o *delicto falho*, *que é uma modalidade da tentativa*.

A quinta especie de dificuldade apparece no caso de ser o crime formado por um acto simples, ou por uma série de actos uniformes, de modo a ser impossivel em tal hypothese comprehender-se a suspensão da execução. Exemplos temos nos artigos 231 e 233.

A sexta dificuldade surge quando se trata de saber si os delictos praticados para conseguir o agente um outro, pódem dar occasião á tentativa. E' o que se chama *tentativa de tentativa*, e, como se vê, trata-se da tentativa dum delicto especial. Acha V LISZT que em tal caso a admissão da tentativa viria complicar inutilmente o Direito Penal.

Outros entendem que não póde haver tentativa, porque o agente não queria praticar o delicto *sui generis*, mas o delicto de que o *sui generis* é elemento. Este argumento não é bom, porque o agente no *iter criminis* acceta a responsabilidade de todas as infracções da lei necessarias para a consecução do seu fim. E' mesmo absurdo que, considerando-o a lei responsavel pelo delicto *sui generis*, não o torne pelos

actos de execução interrompida do delicto *sui generis*. Noutras palavras: si não é responsavel pelos actos componentes do delicto *sui generis*, não o póde ser pelos do delicto collimado. Só pois a consideração de conveniencia nos póde levar a optar pela não punição da tentativa de tentativa.

V

Deve se punir a tentativa quando o agente desiste da execução? Dizem alguns criminalistas que não: 1.º—porque a desistencia annulla a vontade criminosa; 2.º—porque faz desaparecer o alarma, visto mostrar não ser temível o agente; 3.º—porque instiga o delinquente a não proseguir na execução, argumento este politico ou de conveniencia—Respondem outros: que o 1.º argumento, além de metaphysico, constitúe uma injustiça attendendo-se ao estabelecido em relação ao delicto consummado, no qual o arrependimento não annulla a vontade criminosa; que o 2.º argumento é falso, pois é temível e perigoso todo aquelle que já esteve em execução de um crime; e que o 3.º não é fundado, pois a relevação da pena, vantajosa quanto ao individuo que já se acha no *iter criminis*, é desvantajosa quanto aos demais membros da sociedade; porque os anima a lançarem-se na via do delicto, seguros de que poderão, a qualquer momento, impunemente deixar de proseguir. Em geral porém tem prevalecido o systema de relevar da pena o agente que desiste.

E' a desistencia impossivel no crime falho; é possivel na tentativa em que o agente praticou somente alguns dos actos de execução ou tentativa inacabada.

Quando a execução está acabada, mas ainda não produzio o resultado final, cumpre que o agente pra-

tique um acto que suspenda a acção dos meios empregados, para que se entenda que não deve ser punido. Depois de ter lançado fogo ao estopim da bomba mortífera, póde o delinquente voltar para o apagar.

Não indaga a nossa lei, nem convem que indague, pois a lei penal não deve descer a éstas particularidades de difficil prova, si a desistencia é filha de bons sentimentos (o arrependimento), si de baixos (o receio de ser descoberto). Força é reconhecer que do ponto de vista da doutrina, só não é temível o agente que desistio por bons sentimentos.

Com a desistencia desaparece a tentativa, ou só deixa de ser punível? Si só deixa de ser punível: 1.º—continuam responsaveis os cúmplices e instigadores; 2.º—é punível o delicto—*sui generis* componente da tentativa; 3.º—no caso de se julgar delicto consummado a tentativa de certo delicto, não póde a desistencia isentar o agente da pena.

Pelo nosso Codigo deixa sómente de ser punível. Argumento eu com o art. 15 que não póde se applicar só ao caso menos grave do § unico do art. 14 do Codigo, mas a todos os mais, incontestavelmente mais graves. Si pois, os delictos especiaes (*sui generis*) são puniveis no caso de tentativa de que houve desistencia e da de crime que não se consumou por impossibilidade absoluta dos meios empregados, é que taes tentativas não perderam o character criminoso. Nem se objecte que pelo art. 13 a *contrario-sensu*, (argumento perigoso) não ha tentativa quando por vontade do agente não se ultimar o crime. Tal objecção não procede, porque o art. 13. se prende ao art. 9.º, e portanto (a *contrario sensu*) delle só se conclúe que no caso de desistencia não ha tentativa punível. O art. 116 constitúe uma excepção que con-

firma a nossa doutrina. Finalmente, o art. 24 é motivo para não admittirmos a doutrina de não apagar a desistencia o caracter delictuoso da tentativa, porque tal doutrina terá como effeito fazer cessar a responsabilidade dos que não desistiram, o que é contra a lettra e contra o espirito do art. 24.

Este aniquilamento da figura da tentativa é uma dessas subtilezas metaphysicas tão justamente condemnadas por Ferri (Soc. n.º 69).

Summariamente, são estes os principios cardeaes que dominam a materia da tentativa, assumpto tratado com tanto ardor pela quasi totalidade dos criminalistas, e que offerece grandes dificuldades, na theoria e na pratica.

S. Paulo, Agosto de 1909.

DR. JOÃO ARRUDA.
