

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Vítor Moreira Pfeilsticker

**DA DELIMITAÇÃO ENTRE ATOS PREPARATÓRIOS E ATOS DE EXECUÇÃO NO *ITER CRIMINIS*:
a teoria do ato produtor da finalidade como evolução da teoria objetivo-individual do
início de execução**

Belo Horizonte
2013

Vítor Moreira Pfeilsticker

**DA DELIMITAÇÃO ENTRE ATOS PREPARATÓRIOS E ATOS DE EXECUÇÃO NO *ITER CRIMINIS*:
a teoria do ato produtor da finalidade como evolução da teoria objetivo-individual do
início de execução**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Túlio Lima Vianna

Belo Horizonte

2013

Vítor Moreira Pfeilsticker

**DA DELIMITAÇÃO ENTRE ATOS PREPARATÓRIOS E ATOS DE EXECUÇÃO NO *ITER CRIMINIS*:
a teoria do ato produtor da finalidade como evolução da teoria objetivo-individual do
início de execução**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Prof. Dr. Túlio Lima Vianna (Orientador) - UFMG

Prof. Dr. Luiz Augusto Sanzo Brodt - UFMG

Prof. Dr. Leonardo Isaac Yarochevsky - PUCMINAS

Prof. Dr. Felipe Martins Pinto (Suplente) – UFMG

Belo Horizonte, 20 de Dezembro de 2013

AGRADECIMENTOS

Não seria possível redigir esta dissertação sem o apoio de algumas pessoas.

Agradeço em primeiro lugar ao Prof. Dr. Túlio Vianna pela orientação e sobretudo pelas inúmeras oportunidades de crescimento profissional e pessoal que me foram possibilitadas pelo convívio e pela orientação.

Sou muito grato a todos os Professores com quem tive o privilégio de aprender. Agradeço e cumprimento especialmente, pela destacada competência e influência positiva que deles recebi, os Drs. Sérgio Mourão Corrêa-Lima e Thomas da Rosa de Bustamante.

Faz-se necessário agradecer pelo convívio sempre agradável e por toda a ajuda e incentivos recebidos ao amigo e destacado colega do mestrado Ronan Oliveira Rocha.

Agradeço, ainda, aos amigos e colegas do Leonardo Bandeira Sociedade de Advogados, em cuja companhia tenho a satisfação de advogar e sem cujo apoio seria impossível terminar a dissertação: Leonardo Costa Bandeira, Felipe Coimbra Cardoso, Marcos Antônio do Couto e Ernani Pedro do Couto.

Devo minha gratidão, pelo pelos livros, ensinamentos e incentivos, também a Giuliano Fernandes, Paulo César Ferreira, Viviane Mayrink Tompe Souza, Hudson Couto Ferreira de Freitas, Henrique Weil Afonso, Luiz Alberto Miranda Júnior, Lúcio Antônio Chamon Júnior, Márcia Ângela de Souza, Túlio Louchard Picinini e Vanessa Regina Freitas da Silva.

Especialmente, agradeço aos amigos Pablo Alves de Oliveira, Herman Nébias Barreto e José Emílio Medauar Ommati, pela influência positiva que exercem sobre minha vida, pelas oportunidades, pelo apoio incomensurável que me ofereceram e, sobretudo, pelo privilégio do convívio e da amizade.

Por fim, e acima de tudo, agradeço aos familiares que apoiaram minha jornada pelo Mestrado, em especial, meus pais, avós, meu irmão e tios maternos. E à Maryanne, agradeço por todas as razões.

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo verificar conceitualmente o que são atos de execução, diferenciando-os dos atos preparatórios, no âmbito da teoria da tentativa e do *iter criminis*. A pesquisa foi realizada tomando-se como marco teórico o funcionalismo redutor, conforme proposto por Eugênio Raúl Zaffaroni em suas mais recentes obras. Trata-se de pesquisa de cunho jurídico-dogmático, na qual se analisou e criticou as principais vertentes teóricas relativas à delimitação entre atos preparatórios e atos de execução. Verificou-se que nenhuma das teorias analisadas apresenta critério perfeito de delimitação. Concluiu-se que a vertente teórica que mais se aproxima do ideal de segurança jurídica e da necessária taxatividade da lei penal é a teoria do ato produtor da finalidade, de Nelson Pessoa, para a qual seriam atos de execução todos os atos de *produção* da finalidade visada pelo agente, enquanto seriam atos preparatórios aqueles que apenas *possibilitam a produção* da finalidade.

Palavras-chave: *Iter criminis*. Crime tentado. Atos preparatórios. Atos de execução. Funcionalismo redutor.

ABSTRACT

This work aims to verify conceptually the meaning of the expression *execution acts*, as opposed to *preparation acts*, in the context of the theory of criminal attempt and *iter criminis*. The research was based on the theory of reductionist functionalism, as proposed by Eugenio Raúl Zaffaroni in his most recent works. During the research, the most important theories about the meaning of the execution acts have been analyzed and criticised. After the analysis, became evident that none of the theories offers a perfect concept. It has been concluded that Nelson Pessoa's *purpose producing act theory* is the one that gets closer to the ideal of legal certainty.

Palavras-chave: *Iter criminis*. Attempted crime. Preparation acts. Execution acts. Reductionist functionalism.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 O PROBLEMA DO INÍCIO DE EXECUÇÃO no iter criminis	12
2.1 A Teoria da Tentativa	19
2.1.1 Origens teóricas. O surgimento da fórmula do início de execução.....	19
2.1.2 Objetivos	20
2.2 A Positivção da Fórmula do Início de Execução.....	21
2.3 A Fórmula do <i>Início de Execução</i> na Legislação Brasileira.....	23
2.4 O Debate Atual	24
3 QUESTÕES TEÓRICAS PRELIMINARES	26
3.1 Da Função do Direito Penal no Funcionalismo Redutor de Eugênio Raúl Zaffaroni.....	26
3.2 Do Fundamento da Punição do Crime Tentado	36
4 CONCEPÇÕES NEGATIVISTAS E TEORIAS SUBJETIVAS. AS TEORIAS DE FRANCESCO CARRARA. (E SUA CRÍTICA).	39
4.1. Concepções negativistas.....	39
4.2. Teorias subjetivistas.....	43
4.2.1. Teorias subjetivistas "puras"	44
4.2.2 Teorias subjetivistas da escola positiva italiana	45
4.3. Teoria da Univocidade.....	47
5 TEORIAS OBJETIVAS E SUA CRÍTICA	49
5.1 Teoria Objetivo-Formal	49
5.1.1 Crítica da teoria objetivo-formal	54
5.2 Teorias Objetivo-Materiais	60
5.2.1 Teoria do ataque ao bem jurídico	61
5.2.2 A fórmula de Frank.....	67
5.3 Teoria Objetivo-Social	71
5.3.1 Crítica	72
5.4 Teorias Objetivas na Jurisprudência do STJ e do TJMG.....	75
5.5 Síntese Conclusiva Relativa às Teorias Objetivas	76
6 TEORIAS OBJETIVO-SUBJETIVAS E SUA CRÍTICA	78
6.1 Teorias Objetivo-Individuais ou do Plano Concreto do Autor	78
6.1.1 Vertente majoritária	80

6.1.2 Vertente minoritária	86
6.2 Posições Ecléticas.....	88
A seguir, vejam-se as críticas às quais os critérios compositivos devem buscar responder.....	88
6.2.1 Críticas.....	88
6.3 A Teoria do Ato Produtor da Finalidade de Nelson Pessoa.....	89
6.3.1 Crítica	93
6.4 Teorias Objetivo-Subjetivas no âmbito do TJMG	95
8 A TEORIA DO ATO PRODUTOR DA FINALIDADE EM UMA PERSPECTIVA FUNCIONAL-REDUTORA.....	97
9 TESTE TEÓRICO: A DEFINIÇÃO DOS ATOS DE EXECUÇÃO EM CASOS PARTICULARES	102
9.1 Caso 1: Autoria Mediata	102
9.2 Caso 2: Crime Omissivo Impróprio	103
9.3 Caso 3: Crime que Exige Atos Múltiplos de Execução.....	105
9.4. Caso 4: Crimes Qualificados.....	105
CONCLUSÃO	107
REFERÊNCIAS.....	111

1 INTRODUÇÃO

Grande parte dos Códigos Penais da América Latina e da Europa ocidental preveem punição para a prática de crimes na forma tentada. Em regra, tais Códigos exigem, dentre outros requisitos, que sejam praticados atos de execução para que seja possível falar-se em infrações penais tentadas. Não são puníveis como tentativa criminoso a cogitação e, em regra, os atos preparatórios da infração penal.

A fórmula dos 'atos de execução' foi consagrada em todos os Códigos Penais brasileiros e serve como parâmetro que possibilita verificar a partir de qual ato, no contexto do *iter criminis*, houve crime tentado. Trata-se de fórmula a partir da qual é traçado o limite da tipicidade das infrações penais praticadas na forma tentada.

Ocorre que a doutrina e a jurisprudência são extremamente controversas no que se refere ao significado da expressão 'atos de execução'. A definição conceitual dos 'atos de execução' é algo que, desde sua concepção teórica, na obra de Tibério Deciani, e sua positivação em um Código Penal (ocorrida com o Código Penal francês de 1810), encontra-se em plena discussão. Até os dias de hoje nenhuma teoria foi considerada suficiente e precisa o bastante para pacificar a discussão. Na verdade, as teorias que predominam no debate revestem-se, cada qual a sua maneira e em diversos graus, de inúmeras imprecisões.

O fato é que, diante de casos concretos nenhuma teoria apresenta ferramentas satisfatórias para a definição de atos de execução. Tal situação gera grande insegurança jurídica e possibilita, em muitos casos concretos, decisões judiciais baseadas em subjetivismos.

Assim, pergunta-se: o que são atos de execução? Quais são as características de um ato, no contexto do *iter criminis*, para que seja possível afirmar a ocorrência de um crime tentado, presentes seus demais requisitos? Eis o problema do qual parte a presente investigação. O objetivo da pesquisa, portanto, reside em definir o que são atos de execução, no âmbito da teoria da tentativa.

Como hipótese de trabalho, em primeiro lugar, considerou-se que nenhuma das atuais teorias relativas ao início de execução na tentativa seria precisa o suficiente para assegurar aos jurisdicionados a necessária segurança jurídica e a possibilidade de justificação racional das decisões judiciais. Neste sentido, buscou-se apresentar proposta teórica

coerente, a uma, com a função do Direito Penal; e, a duas, com a função da fórmula do 'início de execução'. Além disso, a proposta teórica necessariamente deveria evitar os equívocos das atuais teorias. Para tanto, a pesquisa pautou-se nos postulados da teoria do funcionalismo redutor, concebida por Eugenio Raúl Zaffaroni¹.

Metodologicamente, trata-se de trabalho vinculado à vertente jurídico-dogmática e, também, à vertente jurídico-teórica de pesquisa. Isto, fundamentalmente, em virtude do fato de que, além de considerações e investigações vinculadas ao ordenamento jurídico brasileiro, tomado como ponto de partida, foram realizadas incursões de cunho eminentemente teórico na teoria do delito.

Os raciocínios utilizados ao longo da pesquisa foram o indutivo-dedutivo e o hipotético-dedutivo. No primeiro caso, justifica-se a assertiva em virtude de dois fatos. O primeiro: os casos concretos controversos devem ser solucionados em conformidade com a definição dogmática proposta para a expressão 'início de execução'. O segundo: a partir da observância dos problemas e equívocos das atuais teorias relativas ao início de execução na tentativa é possível cunhar uma proposta de solução que não incorra em tais erros. Observando-se os equívocos das diversas propostas teóricas existentes na atualidade, torna-se possível buscar uma alternativa que não incorra naqueles mesmos problemas. Em relação ao raciocínio hipotético-dedutivo, verifica-se que a pesquisa buscou submeter a teste de falseamento a hipótese formulada, inclusive diante de casos concretos controversos.

O trabalho vincula-se aos tipos de pesquisa jurídico-descritiva e jurídico-propositiva. No primeiro caso, verifica-se que grande parte do trabalho foi destinada a descrever (e criticar) os posicionamentos teóricos relativos ao problema proposto. E, no segundo caso, como toda e qualquer pesquisa jurídica², buscou-se apresentar proposta própria de solução do problema.

Buscou-se, ao longo do trabalho de pesquisa, a utilização de fontes primárias e secundárias. Assim, os diversos pontos da pesquisa foram trabalhados tanto através da consulta às fontes primárias, quanto através das fontes secundárias, com o fim de ter acesso direto aos objetos pesquisados e, também, conhecer (e expor) como a doutrina e a jurisprudência analisaram e incorporaram as criações teóricas pertinentes.

¹ Nos termos previstos na seguinte obra: ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *et al.* **Derecho Penal**: parte geral. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2004.

² Veja-se, neste sentido: GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Thereza Fonseca. **(Re)Pensando a Pesquisa Jurídica**. 2ª ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.30.

Delimitou-se a pesquisa, no que se refere às fontes, às principais obras do direito penal nacional e estrangeiro (italiano, alemão – através de traduções para o espanhol e para o português -, espanhol, português e argentino) que trataram da questão da tentativa criminosa, considerando-se os tratados, manuais e obras monográficas sobre o tema. Além disso, quanto à jurisprudência, investigou-se o tema no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em virtude das funções constitucionais do primeiro e da localização geográfica do segundo.

Enquanto procedimento, a pesquisa pautou-se pela coleta e análise de legislações, de comentários às legislações, de textos doutrinários e teóricos, e da jurisprudência dos Tribunais acima indicados. Trata-se de pesquisa que buscou realizar análise de conteúdo das fontes indicadas, classificando-se, neste sentido, como pesquisa teórica.

Para atingir o objetivo proposto, o trabalho foi dividido em 10 capítulos (incluídas neste número a introdução e a conclusão). Basicamente, os capítulos compõe 3 grandes partes. A primeira, que envolve os capítulos 2 e 3, diz respeito à colocação e contextualização do problema e à exposição dos pressupostos teóricos para análise e crítica das teorias relativas ao 'início de execução'. A segunda abrange os capítulos 4 a 7, nos quais são analisadas e criticadas as principais teorias que versam sobre o objeto da pesquisa. Na terceira, composta pelos capítulos 8 e 9, é esboçada uma proposta de solução para o problema, incluindo um teste teórico a partir de casos concretos controversos. A divisão foi feita para possibilitar a compreensão adequada do problema e sua relevância, em primeiro lugar, para, então, explicitar as questões teóricas necessárias para a análise e a crítica das teorias existentes. Ao final, na última parte, após a exposição dos problemas das teorias existentes, e em conformidade com os pressupostos teóricos traçados na primeira parte, foi realizada a proposta de solução do problema.

Na primeira parte, especificamente no capítulo 2, além de justificar a importância do problema e as implicações concretas relativas à interpretação da fórmula do 'início de execução', foram feitas considerações acerca da origem teórica da tentativa criminosa e também da fórmula do 'início de execução'. Também foram indicados os diplomas legais nos quais foi positivada pela primeira vez a fórmula do 'início de execução', além de sua previsão no Direito Penal brasileiro.

Ainda na primeira parte, no capítulo 3 foram feitas considerações acerca do marco teórico da pesquisa, além de apontamentos relacionados à função do Direito Penal e, por fim, tratou-se de aspectos básicos relativos ao crime tentado.

A segunda parte foi dedicada à análise crítica das teorias existentes relativamente ao significado da expressão 'início de execução'. Inicialmente, no capítulo 4, a análise abrangeu teorias cada vez menos adotadas e, em alguns casos, abandonadas na doutrina e na jurisprudência. Assim, foram contempladas as teorias negativistas, subjetivistas e, também, as teorias de Francesco Carrara.

No capítulo 5, foram analisadas e criticadas as principais teorias objetivas: teoria objetivo-formal, teorias objetivo-materiais (nas vertentes de teoria do ataque ao bem jurídico e da 'fórmula de Frank') e teoria objetivo-social.

O capítulo 6 foi destinado à análise crítica das teorias objetivo-subjetivas do início de execução. Foram abordadas as teorias objetivo-individuais (em sua vertente dominante e também em sua vertente minoritária), além da teoria do ato produtor da finalidade, do jurista argentino Nelson Pessoa.

Ainda na segunda parte, o capítulo 7 teve como objetivo expor e criticar as posições doutrinárias que entendem como correta a mescla de teorias para a solução de casos concretos controversos.

A terceira parte diz respeito a uma proposta de solução para o tema-problema que motivou a pesquisa. No capítulo 8, foram indicadas as características básicas que uma teoria que visasse a definição de 'atos de execução' deveria perseguir, além de ter sido feita a proposta teórica, com uma adequação da teoria do ato produto da finalidade aos moldes funcionalistas. No capítulo 9 foi testada a teoria diante de casos concretos controversos.

Por fim, concluiu-se o trabalho no sentido de que a teoria mais adequada para a distinção de atos preparatórios e atos de execução é a do ato produto da finalidade, devidamente compatibilizada a uma concepção funcional-redutora do Direito Penal.

2 O PROBLEMA DO INÍCIO DE EXECUÇÃO NO ITER CRIMINIS

Os tipos penais previstos na Parte Especial do Direito Penal³ são redigidos na forma de infrações penais consumadas^{4 5}. Para que seja atingida a consumação de uma infração penal, é necessário, em regra, trilhar o *iter criminis*, que é "(...) um caminho que o crime percorre, desde o momento em que germina, como idéia, no espírito do agente até aquele em que se consuma no ato final".⁶

Observa-se na realidade, contudo, que, por circunstâncias alheias à vontade do agente, é possível que a infração penal não chegue a se consumar. Nestas hipóteses de realização incompleta⁷ das figuras típicas previstas na Parte Especial do Direito Penal, ocorre a prática das infrações penais tentadas, que também podem ser punidas criminalmente. Deve-se frisar, desde logo, que não se encontra uma discriminação de tipos penais tentados na Parte Especial do Direito Penal. Na verdade, a possibilidade de punição da tentativa ocorre em razão da previsão, na Parte Geral do Direito Penal, de uma norma de extensão da

³ "(...) a expressão 'parte especial do código penal', como o próprio nome está a indicar, compreende o conjunto de normas contidas na parte especial do código penal, enquanto a expressão 'parte especial do direito penal' é utilizada em sentido amplo, para abranger, também, a legislação penal extracódigo." (SALES, Sheila Jorge Selim de. **Escritos de Direito Penal**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. Grifos nossos.)

⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 2ª ed., rev. e ampl. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007, p.379; MUNÓZ CONDE, Francisco. **Teoria Geral do Delito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p.177.

⁵ Esta afirmação vale inclusive para os *crimes de atentado*, que são aqueles em que o próprio tipo penal descreve uma conduta de *tentativa de produção de determinado resultado*. Veja-se, como exemplo, o disposto no art. 352 do Código Penal, cuja redação é a seguinte: *Art.352. Evadir-se ou tentar evadir-se o preso ou o indivíduo submetido a medida de segurança detentiva, usando de violência contra a pessoa: Pena: detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, além da pena correspondente à violência*. Observe-se que, tanto no caso de ter êxito o sujeito ativo em sua fuga, quanto no caso em que aquele apenas tentou fugir, empregando violência contra a pessoa em ambas as situações, o crime estará consumado. Portanto, não é cabível falar em tentativa de crime de atentado, em virtude da equiparação a crime consumado da situação que configuraria tentativa de atingir o fim proibido pela norma. Neste sentido: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coords.). **Código Penal e sua Interpretação: doutrina e jurisprudência**. 8ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.1717. Na legislação penal especial, um interessante exemplo de crime de atentado encontra-se no art. 9º da Lei nº 7.170/83, cuja redação é a seguinte: *Art. 9º - Tentar submeter o território nacional, ou parte dele, ao domínio ou à soberania de outro país. Pena: reclusão, de 4 a 20 anos. Parágrafo único - Se do fato resulta lesão corporal grave, a pena aumenta-se até um terço; se resulta morte aumenta-se até a metade.*

⁶ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: parte geral: fato punível**. T.II. 5ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.153.

⁷ Neste sentido, dentre outros, BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. v. I. 17ª ed., rev., atual. e ampl. São paulo, Saraiva, 2012, p.525-526; QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal: parte geral**. v. I. 8ª ed., rev., atual. e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2012, p.294; VARGAS, José Cirilo. **Instituições de Direito Penal: parte geral**. T. I. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p.418.

tipicidade⁸, que deve ser conjugada aos tipos penais realizados de maneira inacabada. É o que se desprende do disposto no art. 14 do Código Penal Brasileiro, a seguir transcrito:

Art. 14 - Diz-se o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Crime consumado

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

Tentativa

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

Pena de tentativa

Parágrafo único - Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços.⁹

No processo temporal que constitui o *iter criminis*, o sujeito ativo do delito percorre duas fases¹⁰, sendo a primeira interna e a segunda externa, integradas por uma ou mais etapas. No crime tentado o agente trilha algumas dessas etapas, mas não atinge a consumação por circunstâncias alheias a sua vontade. Importa, portanto, verificar a partir de

⁸ "Muitos doutrinadores consideram a tentativa como um crime autônomo. Não têm razão. Na verdade, a tentativa é a realização incompleta de uma figura típica descrita na lei. Não existe nenhuma norma incriminadora tipificando [autonomamente] a conduta de 'tentar matar alguém', 'tentar subtrair...' etc. Na realidade, a tentativa constitui ampliação temporal da figural típica. Trata-se, como ensina Damásio de Jesus, 'de um dos casos de adequação típica de subordinação mediata (o outro está no concurso de agentes)'. A tipicidade da tentativa decorre da conjugação do tipo penal violado com o dispositivo que a define e prevê a sua punição, que tem eficácia extensiva, uma vez que por força dele é que se amplia a proibição contida nas normas penais incriminadoras a fatos que o agente realiza de forma incompleta" (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.* p.525-526. Grifos nossos.) Em sentido similar: FOLCHI, Mario O. **La Importancia de la Tipicidad em Derecho Penal**. Buenos Aires: Depalma, 1960, p.91 e ss; JESÚS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**: parte geral. V. I. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.375. Welzel observa: "Constitui um problema técnico legal o decidir se na redação dos tipos deve incluir-se a tentativa no mesmo tipo, por exemplo, mediante a versão: 'quem empreende...'. Ou se se devem formular, em princípio, somente os tipos de delito consumados, situando numa cláusula geral, também sob a pena, a tentativa. (...) Este último caminho é tecnicamente mais manejável e de maneira idiomática mais popular" (WELZEL, Hans. **Direito Penal**. 1ª ed. Campinas: Romana, 2003, p.272.). O segundo caminho apontado por Welzel foi seguido no Brasil.

⁹ BRASIL. **Código Penal**. Observe-se que o legislador brasileiro adotou como regra a aplicação de uma causa de diminuição de pena aos crimes praticados na forma tentada. "Na doutrina e na jurisprudência, o *iter criminis*, (...) vem sendo o critério tranquilamente aceito para a medição da minorante, dentro dos limites de 1 a 2/3 previstos pelo parágrafo único do art. 14. Com base nele, propõe-se que, na tentativa, a pena cominada ao correspondente crime consumado terá redução mais significativa, se o agente, percorrendo o caminho do crime, ficar distante da consumação, e menos significativa, se, pelo reverso, mais se aproximar do resultado" (PAGANELLA BOSCHI, José Antônio. **Das Penas e Seus Critérios de Aplicação**. 4ª ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p.311).

¹⁰ Dentre vários outros, confirmam-se: HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. v.I, t.II. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p.75. FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, *et al.* **Direito Penal Brasileiro**: parte geral: princípios fundamentais e sistema. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.571; PAVON VASCONCELOS, Francisco. **Breve Ensayo Sobre la Tentativa**. México, D.F.: Editorial Porrúa, 1964, p.9. FRÍAS CABALLERO, Jorge. **El Proceso Ejecutivo del Delito**: ensayo de dogmática jurídica sobre el art. 42 del c. penal. 2ª ed., rev. e atual. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1956, p.16.

qual etapa (momento ou ato) do *iter criminis* é possível constatar a existência de um crime tentado.

Na primeira fase do *iter criminis*, interna, o sujeito ativo da infração penal apenas cogita sua prática. Trata-se de fase composta por uma etapa, que corresponde a questões de foro interno do agente. É atualmente unânime na doutrina brasileira posicionamento no sentido de que a cogitação não pode ser alcançada pela tipicidade. É de Ulpiano a afirmação de que *cogitationis pœnam nemo patitur* (ninguém sofre pena por ter cogitado)¹¹. Isto se justifica, dentre outras razões, pela ausência de ofensividade (exterioridade e alteridade¹²) que caracteriza a cogitação: sem uma conduta que afete de maneira relevante bens jurídicos de terceiro não há que se falar em possibilidade de punição. Ademais, há de se recordar que os tipos penais são descrições abstratas de condutas proibidas pela lei penal. A cogitação não poderia se encaixar em um tipo, em virtude do fato de não se tratar de conduta.

Na segunda fase do *iter criminis*, externa, aponta-se a existência, tradicionalmente, de três etapas¹³: atos preparatórios, atos de execução e consumação.

Se a cogitação não comporta punição, sendo sempre atípica, isto significa que é a partir de uma das etapas da fase externa do *iter criminis* que haverá tipicidade: ou a tentativa criminosa começa a partir da prática de atos preparatórios, ou a partir da prática de atos que caracterizem início de execução da conduta prevista no tipo penal.

Ocorre que, em regra, atos preparatórios são impuníveis criminalmente¹⁴. Apesar de haver exteriorização, ou seja, prática de atos por parte do agente, a tipicidade também não

¹¹ CAMARGO, Joaquim Augusto de. **Direito Penal Brasileiro**. 2ª ed., rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.214.

¹² Referência à questão da exterioridade e da alteridade (ou bilateralidade) do direito penal encontra-se em BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p.91. Aponte-se, ainda, o que afirmou Aníbal Bruno, a partir de Hans Welzel, acerca da cogitação: "Como diz WELZEL, também no Direito Penal da vontade (*Willenshaftrecht*) a vontade má como tal não se pune, só se pune a vontade má realizada (WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 5ª ed., pág.153). Mesmo nessa corrente, que pretendeu deslocar o centro de gravidade do Direito Penal no plano objetivo do ataque ao bem jurídico ao plano subjetivo da vontade do agente contrário à vontade do Estado expressa na norma de Direito" (BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. *Op. cit.* p.153.).

¹³ Há autores que entendem que o exaurimento faz parte do *iter criminis*. Neste sentido, dentre outros, veja-se: GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. V. I. Niterói: Impetus, 2008, p.248. Sem razão. O exaurimento não tem relevância para fins de configuração do delito. Importa, tão-somente, para o fim de individualização da pena.

¹⁴ Deve-se ressaltar que há casos em que a legislação penal incrimina condutas que configurariam meros atos preparatórios caso não estivessem tipificadas. Para tanto, pode-se "(...) seguir dois caminhos diferentes,

alcança esta etapa. As razões teóricas para que isto ocorra dependem do posicionamento adotado pelo jurista acerca do fundamento da punição da tentativa, dentre outras questões. Já no plano da dogmática jurídica¹⁵, tomando-se como ponto de partida o ordenamento jurídico-penal brasileiro, a afirmação torna-se mais simples: o art. 14, II, do Código Penal Brasileiro previu expressamente que o crime considera-se "tentado, quando, iniciada a

consistindo o primeiro em estender o proibido para além do âmbito da tentativa, para abranger uma parte da atividade preparatória, ou seja, alterar o alcance que possui a fórmula geral do art. 14, II, do CP, dando-lhe a função de dispositivo ampliador da tipicidade. Este primeiro método não dá lugar a qualquer tipicidade independente, mas tão-só a uma exceção da regra do art. 14, II, do CP. O outro método adotado pela lei é a tipificação independente de certos atos preparatórios, que dá lugar a uma tipicidade própria, ou, em outras palavras, a um delito independente, com a conseqüência de que, por sua vez, este admitirá a tentativa, o que não pode ocorrer na hipótese anterior. O primeiro grupo de casos de punição dos atos preparatórios compõe-se de delitos incompletos, mais amplos que a tentativa; o segundo, de delitos completos, que, por sua vez, admitem a tentativa."(ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Da Tentativa**: doutrina e jurisprudência. 8ª ed., rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.14-15. Grifos nossos. Em sentido similar: CALLEGARI, André Luís. **Teoria Geral do Delito e da Imputação Objetiva**. 2ª ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p.113. Acerca da afirmação relativa ao cabimento de tentativa nos crimes em comento, vide a seção 3 deste trabalho.). Como exemplo da primeira hipótese apontada, veja-se o disposto no art. 15 da Lei nº 7.170/83, cuja redação é a seguinte: Art. 15 - Praticar sabotagem contra instalações militares, meios de comunicações, meios e vias de transporte, estaleiros, portos, aeroportos, fábricas, usinas, barragem, depósitos e outras instalações congêneres. Pena: reclusão, de 3 a 10 anos. § 1º - Se do fato resulta: a) lesão corporal grave, a pena aumenta-se até a metade; b) dano, destruição ou neutralização de meios de defesa ou de segurança; paralisação, total ou parcial, de atividade ou serviços públicos reputados essenciais para a defesa, a segurança ou a economia do País, a pena aumenta-se até o dobro; c) morte, a pena aumenta-se até o triplo. § 2º - Punem-se os atos preparatórios de sabotagem com a pena deste artigo reduzida de dois terços, se o fato não constitui crime mais grave (grifos nossos). Sobre a punição dos atos preparatórios preleciona Battaglini, que designa como crime de atentado tal hipótese: "A tentativa distingue-se do atentado, que é instituto dos delitos políticos, compreendendo também os atos preparatórios (...)." (BATTAGLINI, Giulio. **Direito Penal**. V. II. São Paulo: Saraiva, Editora da Universidade de São Paulo, 1973). Como exemplos da segunda hipótese, vejam-se os crimes de quadrilha ou bando (art. 288 do Código Penal), de petrechos para falsificação de moeda (art. 291 do Código Penal), ou de porte ilegal de arma de fogo (art. 14 da Lei nº 10.826/03). Por fim, deve-se ter ciência do alerta de Bacigalupo: "Es frecuente afirmar que 'excepcionalmente' la ley castiga también actos preparatorios (confr. JESCHECK, pp. 423 y ss.). Tal afirmación es, por lo menos, superflua y quizás errónea. Preparación y ejecución son conceptos relativos que dependen del punto en el que fije el legislador el comienzo de la protección penal del bien jurídico. En consecuencia, no hay 'actos preparatorios' en sí, ni 'actos de ejecución' en sí. La tenencia de instrumentos para falsificar, incriminada en el art. 299 del Código Penal argentino o en el art. 315 del Código Penal español, no representa un acto preparatorio 'excepcionalmente' penado, sino un acto auténtico de ejecución porque el legislador ha desplazado hasta esas acciones la protección del bien jurídico correspondiente. Desde el punto de vista del apoderamiento tenido en miras por el autor, la muerte del custodio de la cosa no es sino un acto preparatorio, pero nadie discutiría que no se trata de actos preparatorios excepcionalmente penados. La afirmación de que son punibles 'sólo por especiales motivos político-criminales' (JESCHECK, *loc. cit.*), con que aquella conclusión suele ir acompañada, es la prueba de que en definitiva no hay excepción alguna, pues *todos* los delitos del Código están incriminados por especiales motivos de política criminal" (BACIGALUPO, Enrique. **Manual de Derecho Penal**: parte general. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1996, p.164).

¹⁵ "Na verdade, quando um órgão judicial penal, reconhecendo o estado de defesa legítima em que o fato se deu, e declara a exclusão da ilicitude, está agindo dogmaticamente, pois o Código Penal estabelece, como dogma, que a defesa legítima é causa de exclusão da ilicitude. A dogmática supõe a distinção entre o direito 'que é' (*de lege lata*) e o direito possível (*de lege ferenda*), para ocupar-se apenas do primeiro, ou seja, do direito 'que é'" (VARGAS, Jose Cirilo. **Instituições de Direito Penal**. *Op. cit.* p.39.). Aponte-se, contudo, que é possível desenvolver o raciocínio dogmático mesmo na hipótese de uma pesquisa sobre o direito possível (*de lege ferenda*).

execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente"¹⁶. Trata-se da fórmula do início de execução, prevista atualmente nos Códigos Penais da maior parte dos países da América Latina, incluindo o Brasil, como visto, e também da Europa ocidental, como critério geral de definição do momento a partir da qual se torna possível imputar a alguém a prática de uma infração penal tentada¹⁷.

Na prática jurídica, verifica-se que interpretar e aplicar a fórmula do início de execução prevista no referido artigo 14, II, do Código Penal, são tarefas cercadas de inúmeras dificuldades práticas e teóricas:

(...) a forma como nesta via deve distinguir-se em concreto a 'execução' da 'preparação' é extraordinariamente discutida e, efectivamente (*sic*), difícil de lograr. Também podendo afirmar-se, com inteira correção, que o problema aqui implicado é o da determinação, dentro de um processo continuado, do momento em que se inicia a execução.¹⁸

Em verdade, nenhuma vertente doutrinária que buscou a definição conceitual dos atos de execução logrou êxito. Assim, o presente trabalho tem como escopo definir conceitualmente atos preparatórios e atos de execução, de maneira a traçar o limite a partir do qual, diante dos atos praticados pelo agente, haverá adequação típica, eis que o Código Penal "(...) não define o começo de execução. Apenas estabelece a regra - para haver

¹⁶ BRASIL. **Código Penal**. *op. cit.* (grifos nossos).

¹⁷ De plano, é de se ressaltar que somente aquelas infrações penais cuja execução possa ser fracionada (crimes plurissubsistentes) permitem punição a título de tentativa. Além disso, frise-se que o início de execução é um critério válido para a verificação da ocorrência de crimes tentados *e, em casos excepcionais, também de crimes consumados*. No último caso, o início de execução deve ser utilizado especialmente para determinar o momento consumativo dos *crimes de atentado* e também dos *crimes unissubsistentes* (se, nestes, a conduta não pode ser fracionada, importa saber quando se pratica o ato de execução, e não mero ato preparatório). Neste sentido: "Existem, sem embargo, delitos que se concretizam com um ato único, *qui unico actu perficiuntur*, e nos quais, como consequência, o momento executivo se identifica com o momento consumativo" (MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Penal**: primeira parte: teorías generales. T. 2. V. II. Buenos Aires: Ediar, 1948, p.55. Tradução livre. Texto original: "*Existen, sin embargo, delitos que se concretan con un acto único, qui unico actu perficiuntur, y en los cuales, como consecuencia, el momento ejecutivo se identifica con el momento consumativo*").

¹⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Direito Penal**: parte geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. T. I. 1ª ed. brasileira. 2ª ed. portuguesa. Coimbra: Coimbra Editora; São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.696.

tentativa, deve haver começo de execução, suspensa por circunstâncias independentes da vontade do agente. É mister, pois saber o que é começo de execução".¹⁹

Como dito, não há, dentre as atuais soluções propostas pela doutrina brasileira²⁰, teoria capaz de solucionar seguramente os casos concretos, o que restará comprovado ao longo do desenvolvimento do trabalho. Este quadro teórico tem duas consequências extremamente graves.

Em primeiro lugar, conforme se evidenciará nas próximas seções, a falta de uma definição apta a possibilitar a solução de todos ou da maioria dos casos de maneira precisa faz com que as decisões judiciais que envolvam a existência do início de execução e do crime tentado sejam marcadas por grande possibilidade de arbítrio, o que gera imensa insegurança jurídica. E tais possibilidades de arbítrio judicial e consequente insegurança jurídica dizem respeito a casos em que se discutem os limites da tipicidade: decidir se determinado ato é preparatório ou de execução pode implicar aplicação de uma pena privativa de liberdade contra um cidadão (se for constatado que a conduta praticada, além de típica, é ilícita e culpável). Caso esta decisão não esteja amparada em um critério teórico explícito e, sobretudo, seguro, abre-se a possibilidade de ocorrência de condenações baseadas em subjetivismos. Observe-se que não basta apontar a teoria utilizada. A teoria deve oferecer ao intérprete/operador um critério seguro para amparar sua decisão. Uma teoria insegura apenas mascara o arbítrio. Uma definição precisa do início de execução se faz necessária, portanto, para que seja possível "(...) determinar *como ocorre e dentro de quais limites deve ocorrer a decisão judicial (...)*"²¹ no caso de condenação ou de absolvição em virtude de acusação de prática de crime na forma tentada. Isto, em virtude da necessidade de fundamentação das decisões judiciais, prevista no art. 93, IX, da Constituição da República de 1988. Enfim, diante de questão tão controversa quanto a discussão acerca do início de execução na tentativa, é necessário que o julgador, ao afirmar ter sido praticado um crime tentado, e, por conseguinte, início de execução, explicita as razões de fato e a teoria que

¹⁹ CAMARGO, Joaquim Augusto de. **Direito Penal Brasileiro**. *Op. Cit.* p.217.

²⁰ É interessante notar que há na doutrina jurídico-penal brasileira autores que sequer abordam a discussão teórica em seus respectivos manuais. Por exemplo, veja-se: BIERRENBACH, Sheila. **Teoria do Crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Na obra indicada a autora menciona apenas as teorias relativas ao crime de furto, sem mencionar a existência de teorias relativas ao significado da expressão 'início de execução'.

²¹ STRECK, Lenio. **O que é isto - Decido Conforme Minha Consciência?**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.49.

permitem tal conclusão²². Naturalmente, não bastarão singelas afirmações no sentido de ter sido iniciada a execução²³. Deve-se demonstrar o porquê. Em suma: sem uma teoria segura, a fundamentação não atenderá às exigências de segurança jurídica e de racionalidade das decisões judiciais de uma Democracia.

Além disso, em segundo lugar, também é imprescindível a delimitação conceitual dos atos de execução do crime relativamente a um instituto pertinente ao Direito Processual Penal: a prisão em flagrante delito. Se os atos preparatórios são em regra impuníveis criminalmente, somente deve ocorrer a prisão em flagrante nas hipóteses em que a execução se iniciar. Nos casos de prisão em flagrante em virtude da prática de suposto crime tentado, o controle da legalidade da prisão, a ser realizado pelos membros da Magistratura com competência para tanto, deve levar em consideração uma teoria segura acerca do início da execução do crime. Se entender o magistrado que não houve início de execução, será necessário colocar imediatamente o preso em liberdade, por se tratar de prisão ilegal (em virtude da atipicidade do fato)²⁴. Somente no caso de comprovado início de execução, verificado a partir de um critério sólido e explicitado na decisão, é que poderá o magistrado

²² "Nesse contexto, a motivação serve para o controle da racionalidade da decisão judicial. Não se trata de gastar folhas e folhas para demonstrar erudição jurídica (e jurisprudencial) ou discutir obviedades. O mais importante é explicar o porquê da decisão, o que levou a tal conclusão sobre a autoria e materialidade. A motivação sobre a matéria fática demonstra o saber que legitima o poder, pois a pena somente pode ser imposta a quem - racionalmente - pode ser considerado autor do fato criminoso imputado. Como define Ibáñez, o *ius dicere* em matéria de direito punitivo deve ser uma aplicação/explicação: um exercício de poder fundado em um saber consistente por demonstradamente bem adquirido. Essa qualidade da aquisição do saber é condição essencial para legitimidade do atuar jurisdicional" (LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p.1.062).

²³ A título de exemplo, dentre vários outros arestos dos Tribunais de Justiça dos Estados, veja-se: "Na terceira etapa, com razão a defesa ao pleitear a incidência da causa de diminuição da tentativa na fração máxima (dois terços). Afinal, o critério para se estabelecer a mencionada fração é a aferição de quanto do iter criminis foi percorrido, e, no caso, o acusado foi surpreendido quando ainda forçava o portão do estabelecimento, intentando lá adentrar e subtrair bens. Confira-se: '(...) os conduzidos tentaram forçar o portão de madeira para adentrarem a firma; Que, diante de tal cena acionou a polícia militar (...) uma viatura compareceu no local, mas os autores já haviam evadido (...) (depoimento inquisitorial da testemunha Elvio Franco às fls. 03, confirmado em Juízo às fls. 188). Como bem salientou a ilustre Promotora de Justiça em contrarrazões, 'o apelante e seu comparsa apenas iniciaram a execução do delito, vez que tentaram arrombar o portão de madeira para entrar da empresa vítima, mas sequer entraram no estabelecimento, pois perceberam a movimentação das testemunhas Elvio e Raphael e evadiram do local dos fatos' (fls. 261/262)" (TJMG. 4ª Câmara Criminal. Ap. Crim. 1.0024.12.054656-9/001. Rel. Des. Eduardo Brum. Julg. 04 jun. 2013. Publ. em 06 jun. 2013). Note-se que os julgadores não indicaram as razões de cunho teórico que possibilitaram a afirmação da existência de atos de execução no caso em comento, limitando-se a indicar como correta a posição esposada pelo membro do Ministério Público.

²⁴ É o que estabelece a Constituição da República de 1988 em seu art. 5º, LXV: "a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária".

converter a prisão em flagrante em prisão preventiva (desde que presentes os demais requisitos exigidos pela legislação).

Para atingir o objetivo de delimitar conceitualmente os atos de execução, nesta seção serão investigadas as origens do problema e a atual discussão, e então, nas próximas seções, serão realizadas as colocações de cunho teórico necessárias para a resolução do problema e as descrições e críticas das principais teorias relativas ao início de execução na tentativa criminosa, de forma que, ao final, seja apresentada proposta de solução do problema.

2.1 A Teoria da Tentativa

2.1.1 Origens teóricas. O surgimento da fórmula do início de execução.

A atual teoria da tentativa tem origem na obra dos praxistas italianos: foram eles os primeiros a conceber a noção de *iter criminis*²⁵.

Antes dos praxistas não houve desenvolvimento teórico geral da tentativa. Os estudiosos apontam que na Grécia clássica, por exemplo, não se conheceu o crime tentado. No Direito Romano, apesar da existência de algumas hipóteses de punição de crimes tentados, não havia elaboração teórica geral sobre a tentativa. Assim também no Direito Germânico. O Direito Canônico, por sua vez, reprimiu a tentativa criminosa, ainda que excepcionalmente. Apesar disso, também não houve elaboração de uma teoria da tentativa nos moldes em que o fizeram os glosadores e práticos italianos²⁶. Sobre eles, afirma Becker:

Aos glosadores e práticos, italianos especialmente, do século XIV a XVI, coube a tarefa de construir, em bases teóricas precisas, a figura jurídica da tentativa criminosa, que é concebida a partir do conceito de crime imperfeito (*flagitium imperfectum*). Como

²⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: a nova parte geral. 4ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p.239. Ainda: "A idéia da tentativa deve a sua origem á sciencia juridica da Italia medieval" (LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. V. 1. Brasília: Senado Federal; Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006, p.323). Em sentido similar: VARGAS, José Cirilo de. **Instituições de Direito Penal**: parte geral. T. I. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p.419; MESTIERI, João. **Teoria Elementar do Direito Criminal**: parte geral. Rio de Janeiro: Edição do Autor, 1990, p.262.

²⁶ BECKER, Marina. **Tentativa Criminosa**. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004, p.27 e ss; PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. **La Tentativa**. México D. F.: Editorial Porrúa, 1964, p.23 e ss.

afirma Garraud, a teoria da tentativa é de origem moderna. Sob a imperiosa necessidade de defesa social, que exigia a repressão não só do dano efetivo, mas também do dano potencial, o conceito de tentativa, através de uma confusa e contraditória mistura de elementos romanos, bárbaros, canônicos e consuetudinários, muito lentamente foi se delineando. Com Iacopo Butrigario (Século XIV) surge a noção da antinomia entre *actus proximus* e *actus remotus*, que representa um passo importante na análise do *iter criminis*. Estes conceitos foram também trabalhados por Menochis Claro e Próspero Farináceo. Os atos próximos são definidos como os últimos atos necessários para o aperfeiçoamento do delito, enquanto os remotos ou preparatórios deviam permanecer impunes, ou ser punidos mais brandamente, uma vez que ainda comportavam a desistência, através do arrependimento (*in actus remotus potest esse spes poenitendi que non est in proximus*). Os atos externos passam a ocupar o centro das reflexões dos estudiosos em suas relações com a intenção, e não apenas em relação ao bem jurídico protegido. Com Andrea Alciato surge a fórmula: *aliud est crimen, aliud conatus; hic in itinere, illud in meta est*.²⁷

O idealizador da expressão ‘início de execução’ como critério balizador da tentativa foi Tibério Deciani, conforme explica Vargas:

Dos práticos em diante, toda a teoria da tentativa girou em torno do *iter criminis*, segundo a famosa frase de Alciato: ‘aliud crimen, aliud conatus; hic in itinere, illud in meta est’ (uma coisa é o crime, outra, a tentativa; esta está no caminho; aquele, na meta). É uma distinção perfeita entre o que está *in itinere*, do que já está na *meta opta*. (...) Posteriormente, Deciano fixou o princípio do começo da execução como elemento e requisito da tentativa: ‘conatus est principium exequendi quod animo cogitavit’.²⁸

Visto, portanto, que a origem da teoria da tentativa remonta aos glosadores e práticos italianos, e que a fórmula do início de execução foi concebida por Tibério Deciani, passa-se a indicar para que serve tal teoria.

2.1.2 Objetivos

O desenvolvimento da teoria da tentativa e do *iter criminis* tem como escopo delimitar conceitualmente o ato do sujeito ativo do delito a partir do qual é possível afirmar ter ocorrido a prática de uma infração penal tentada. Em outras palavras: busca-se definir o

²⁷ BECKER, Marina. **Tentativa Criminosa**. *Op. cit.*, p.42.

²⁸ VARGAS, José Cirilo de. **Instituições de Direito Penal**. *Op. cit.*, p.419.

que sejam atos de execução de uma infração penal, únicos que, uma vez praticados, possibilitam afirmar haver tipicidade. Neste sentido, "A teoria da tentativa tem como objetivo esclarecer o conceito de *início de execução*, que marca o começo da punibilidade do tipo de injusto e indica a separação entre *ações preparatórias*, ainda impuníveis, e *ações executivas*, já puníveis como *tentativa de crime*".²⁹

Não se olvida que, sob o manto da teoria da tentativa, vários outros conceitos são propostos, estudados e criticados. O ponto central, contudo, diz respeito ao início de execução. Definir o início de execução implica definir o limite da tipicidade.

2.2 A Posituação da Fórmula do Início de Execução

Não é incomum na doutrina jurídico-penal brasileira a afirmação de que a fórmula do início de execução foi positivada pela primeira vez no Código Penal francês de 1810. Veja-se, *v.g.*, o que afirma Mestieri, após mencionar legislações antigas relativamente à questão do crime tentado: "Foi o código francês de 1810, todavia, que precisou o conceito de tentativa, contemplando apenas os atos de execução"³⁰. De fato, aludido Código consagrou em seu art. 2º a fórmula do início de execução, como é possível verificar na seguinte passagem: "Toda tentativa de crime que tiver sido manifestada por atos exteriores e seguida de começo de execução, se não for suspensa, ou não produzir efeitos senão por circunstâncias fortuitas ou independentes da vontade do autor, é considerada como crime"³¹.

Observa-se, contudo, que diplomas legais anteriores ao aludido Código Penal francês de 1810 já consagravam o início de execução como critério reitor do crime tentado.

²⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Manual de Direito Penal**: parte geral. São Paulo: ICPC; Conceito Editorial, 2011, p.209. Itálicos no original. Em sentido idêntico: SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**. *Op. cit.* p.379.

³⁰ MESTIERI, João. **Teoria Elementar do Direito Criminal**. *Op. cit.* p.263. Em sentido similar: HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. *Op. cit.* p.77-78, nota 4; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. *Op. cit.* p.240. Na doutrina estrangeira: "La caracterización de la tentativa por el comienzo de ejecución es una fórmula del C. francés de 1810, art. 2º, que ha tenido particular fortuna, por la acogida que ha recibido en la legislación" (SOLER, Sebastián. **Derecho Penal Argentino**. t. II. 5ª ed., 10ª reimp. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1992, p.248. Grifos nossos.).

³¹ Conforme tradução apresentada em CAMARGO, Joaquim Augusto de. **Direito Penal Brasileiro**. *Op. cit.*, p.212. Grifos nossos. Texto original: "Toute tentative de *crime* qui aura été manifestée par des actes extérieurs, et suivie d'un commencement d'exécution, si elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet que par des circonstances fortuites ou indépendantes de la volonté de l'auteur, est considérée comme le *crime* même" (FRANÇA. **Código Penal de 1810**. Disponível em: <http://ledroitcriminel.free.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_penal_1810/code_penal_1810_1.htm>. Acesso em: 22 Out. 2012. Grifos nossos).

Na França, na data de 10 de Maio de 1796, entrou em vigor a chamada Lei do 22 Pradial do ano IV. Através da leitura desta lei verifica-se que "(...) o 'começo de execução' não aparece, na codificação, pela primeira vez, no Código de Napoleão, mas sim no Direito Revolucionário, introduzido pela lei de 1796, da qual o art. 2º do Código de Napoleão é cópia quase integral"³². De fato, tal Lei estabeleceu com clareza o critério do início de execução na tentativa. Segue a redação do referido diploma legal: "Toda tentativa de crime, manifestada por atos exteriores e começo de execução, será punida como crime, se não for suspensa por circunstâncias fortuitas, independentemente da vontade do agente"³³.

É de interesse verificar que a Josefina, de 1787, previu a forma tentada de infrações penais, exigindo, para tanto, a realização de atos dirigidos à consumação de um delito. Pavón Vasconcelos sustenta que a Lei do 22 pradial do ano IV foi inspirada nessa lei, assim como o Código Penal francês de 1810. E, antes da Josefina, a Carolina, de 1532, já mencionava a necessidade da presença de atos externos de vontade criminosa e ausência de consumação do resultado contra a vontade do agente.³⁴

A ideia de crime tentado, e também um prelúdio relativo à exigência do início de execução, foi vislumbrada nas Sete Partidas.³⁵

Apesar de todos estes antecedentes prevendo expressamente ou antecedendo a fórmula do início de execução, correta é a afirmação dos que sustentam ter sido a partir do Código penal francês de 1810 que referida fórmula se disseminou para a quase totalidade dos Códigos Penais da Europa ocidental e da América Latina³⁶. No Direito Brasileiro, como se

³² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Da Tentativa**. *Op. cit.* p.17.

³³ Conforme tradução apresentada em CAMARGO, Joaquim Augusto de. **Direito Penal Brasileiro**. *Op. cit.*, p.212. Grifos nossos. Texto original: *Toute tentative de crime manifestée par des actes extérieurs et suivie d'un commencement d'exécution, sera punie comme le crime, si elle n'a été suspendue que par des circonstances fortuites indépendantes de la volonté du prévenu* (FRANÇA. **Lei do 22 Pradial do Ano IV**. Disponível em: http://ledroitcriminel.free.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/lois_penales_revolution_francaise/lois_penales_revolution_francaise_3.htm#1796_06_10_loi. Acesso em: 22 Out. 2012. Grifos nossos.) Observe-se que a Lei do 22 pradial do ano IV foi editada para alargar as disposições extremamente restritivas relativas à tentativa criminosa encontradas no então em vigor Código Penal de 1791.

³⁴ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. **La Tentativa**. *Op. cit.*, p.25. Sobre a Carolina, veja-se também VARGAS, José Cirilo de. **Instituições de Direito Penal**. *Op. cit.*, p.419.

³⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Da Tentativa**. *Op. cit.*, p.16-17.

³⁶ Por exemplo, dentre outros, Costa e Silva, ressaltando também haver influência do Código Bávaro de 1813: "Os codigos (*sic*) penaes (*sic*) do orbe civilizado, em quasi (*sic*) sua unanimidade, incluem na parte geral, a noção da tentativa, vazada nos moldes do codigo (*sic*) francês ou nos do bavaro (*sic*) de 1813" (COSTA E SILVA, Antonio José da. **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil Commentado**. V.I. Brasília: Senado Federal; Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2004, p.65).

verificará na próxima seção, a influência do Código francês de 1810 e da fórmula do início de execução na tentativa são patentes.

2.3 A Fórmula do *Início de Execução* na Legislação Brasileira

No Brasil, a partir da Independência (1822), todos os Códigos Penais previram a fórmula do início da execução para os crimes tentados.

O Código Criminal do Império (1830) foi "(...) baseado nas idéias liberais de Jeremias Bentham e no Código Penal francês de 1810"³⁷. Diante da influência direta do Código Penal francês, o Código Criminal do Império consagrou o início de execução como critério reitor da tentativa criminosa em seu art. 2º, a seguir transcrito:

Art. 2º Julgar-se-ha crime, ou delicto:

1º Toda a acção, ou omissão voluntaria contraria ás Leis penaes.

2º A tentativa do crime, quando fôr manifestada por actos exteriores, e principio de execução, que não teve effeito por circunstancias independentes da vontade do delinquente.

Não será punida a tentativa de crime ao qual não esteja imposta maior pena, que a de dous mezes de prisão simples, ou de desterro para fóra da Comarca.³⁸

Por sua vez, o Código Penal de 1890 disciplinou o crime tentado (tratando da fórmula do início de execução) nos arts. 9º a 13, cuja literalidade segue abaixo:

Art. 9º E' punivel o crime consummado e a tentativa.

Art. 10. A resolução de commetter crime, manifestada por actos exteriores, que não constituirem começo de execução, não é sujeita á acção penal, salvo si constituir crime especificado na lei.

Art. 11. Quando depender a consummação do crime da realização de determinado resultado, considerado pela lei elemento constitutivo do crime, este não será consumado sem a verificação daquelle resultado.

Art. 12. Reputar-se-ha consummado o crime, quando reunir em si todos os elementos especificados na lei.

Art. 13. Haverá tentativa de crime sempre que, com intenção de commettel-o, executar alguém actos exteriores que, pela sua relação directa com o facto punivel, constituam começo de

³⁷ VARGAS, José Cirilo de. **Instituições de Direito Penal**. *Op. cit.* p.53. Também admitindo a influência do Código francês, veja-se BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito**. V.II. Rio de Janeiro: Record, 1991, p.230 e ss.

³⁸ BRASIL. **Código Criminal do Império (Lei de 16 de Dezembro de 1830)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 20 Out. 2012. Grifos nossos. Note-se que o Código brasileiro de 1830 e o Código francês de 1810 disciplinaram nos seus respectivos arts. 2ºs a tentativa criminosa.

execução, e esta não tiver logar por circunstâncias independentes da vontade do criminoso.³⁹

Também na Parte Geral original do Código Penal de 1940 previu-se a fórmula do início de execução como critério reitor da tentativa criminosa. Segue a redação do art. 12 do referido diploma legal:

Art. 12. Diz-se o crime:

Crime consumado

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

Tentativa

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

Pena da Tentativa

Parágrafo único. Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços.⁴⁰

Por fim, como visto, a Parte Geral do Código Penal atualmente em vigor, após a reforma empreendida através da Lei nº 7.209/84, continua a prever a fórmula do início de execução em seu art. 14, II.

2.4 O Debate Atual

Desde a concepção da noção de *iter criminis* e da fórmula do início de execução pelos praxistas, e de sua positivação, inúmeras foram as teorias criadas para definir o ato (ou o momento) a partir do qual é possível afirmar a existência de um crime tentado.

Quatro grandes grupos de teorias surgiram no debate.

O primeiro destes grupos de teoria é o dos autores que defendem ser impossível delimitar conceitualmente atos preparatórios e atos de execução. Tais autores defendem, portanto, teorias negativas.

³⁹ BRASIL. **Código Penal de 1890 (Decreto nº 847, de 11 de Outubro de 1890)**. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=847&tipo_norma=DEC&data=18901011&link=s>. Acesso em: 20 Out. 2012. Grifos nossos.

⁴⁰ BRASIL. **Código Penal de 1940 (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 20 Out. 2012. Grifos nossos.

Um segundo grupo é o daqueles que defendem a possibilidade de distinção entre atos preparatórios e atos de execução utilizando precipuamente elementos de cunho subjetivo, relativamente ao agente do crime. Os partidários desta posição defendem as chamadas teorias subjetivas.

Estes dois primeiros grupos encontram-se praticamente superados na doutrina jurídico-penal brasileira na atualidade. Assim, o debate atual gira em torno das diversas vertentes do terceiro e do quarto grupos de teorias, denominadas, respectivamente, objetivas e objetivo-subjetivas. As teorias objetivas pautam-se pela busca da diferenciação dos atos preparatórios e dos atos de execução baseando-se em critérios de cunho objetivo relacionados ao fato e suas características. Já as teorias objetivo-subjetivas mesclam critérios objetivos e subjetivos na busca da definição do que sejam atos de execução.

Observe-se, desde logo, ser impossível fazer referência a todas as teorias de cada um dos grupos, em virtude do seu grande número e da dificuldade de acesso à bibliografia. Além disso, seria ociosa a exposição, em virtude do fato de que muitas das teorias sobre o início de execução na tentativa não trouxeram contribuições significativas para o debate.⁴¹

Assim, as principais e mais adotadas vertentes teóricas dos três grupos serão objeto de análise e crítica. Porém, antes de serem empreendidos tais esforços, na próxima seção serão expostas as questões teóricas necessárias para o tratamento adequado do problema do início de execução na tentativa.

⁴¹ BECKER, Marina. **Tentativa Criminosa**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004, p.131.

3 QUESTÕES TEÓRICAS PRELIMINARES

A presente seção tem como objetivo expor as questões teóricas necessárias para a crítica das principais vertentes doutrinárias relativas à determinação do conteúdo da expressão ‘início de execução’, e também para que seja apresentada uma solução adequada para o tema-problema deste trabalho.

Inicialmente, aponte-se que a pesquisa foi integralmente baseada em uma concepção funcionalista-redutora do Direito Penal, da maneira como proposta nas mais atuais obras de Eugenio Raúl Zaffaroni⁴². As características essenciais do funcionalismo redutor de Zaffaroni e suas consequências para a pesquisa, enquanto marco teórico, serão abordadas em primeiro lugar nesta seção.

Em segundo lugar, será exposta a discussão acerca do fundamento da punição do crime tentado, em conformidade com o funcionalismo redutor. Trata-se de questão que se reveste de prejudicialidade para a resolução do tema-problema proposto, eis que somente é possível delimitar corretamente o conteúdo da expressão *início de execução* se restar claro qual o verdadeiro fundamento da punição do crime tentado.

Em terceiro lugar, serão expostos os requisitos exigidos para a punição de um crime na forma tentada.

3.1 Da Função do Direito Penal no Funcionalismo Redutor de Eugênio Raúl Zaffaroni

⁴² O atual pensamento de Zaffaroni acerca do Direito Penal pode ser encontrado em: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Manual de Derecho Penal**: parte general. Buenos Aires: Ediar, 2010; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal**: parte general. Esta última obra foi parcialmente adaptada para o direito penal brasileiro pelo Prof. Nilo Batista e publicada pela editora Revan em dois volumes: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro**. V. I e II, l. Rio de Janeiro: Revan, 2006 e 2010. Uma suma dos principais pontos das obras mencionadas nesta nota pode ser encontrada em: BRODT, Luís Augusto Sanzo. O Direito Penal sob a Perspectiva Funcional Redutora de Eugenio Raúl Zaffaroni. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, v. 101, p. 97-136, Julho a Dezembro de 2010. Neste artigo o autor aponta, acerca da doutrina de Zaffaroni, que “(...) a obra ‘Direito Penal Brasileiro’, elaborada por Zaffaroni em coautoria com Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar, é aquela que melhor reflete o atual pensamento do Ministro da Suprema Corte da Nação Argentina. A obra ‘Manual de Direito Penal Brasileiro’, escrita por Zaffaroni em coautoria com José Henrique Pierangeli, embora conte com sucessivas edições, requer uma revisão a fim de adaptá-la às inovações introduzidas pela concepção funcional redutora. Caso contrário, passará a representar o pensamento de somente um dos autores.”

Nesta subseção serão expostas as principais características do funcionalismo redutor. Aponte-se, contudo, ser necessário analisar sucintamente as origens de tal vertente teórica do Direito Penal, e também justificar sua adoção enquanto marco teórico deste trabalho.

As concepções funcionalistas de Direito Penal surgiram a partir do debate entre os finalistas e os defensores do neokantismo. Assim, para compreender como foi concebido o funcionalismo redutor, é necessário expor, ainda que sucintamente, as características do sistema jurídico-penal proposto pelos adeptos do finalismo e os principais pontos do debate com as concepções que os partidários deste sistema pretenderam superar. Além disso, serão analisados também alguns pontos comuns às vertentes funcionalistas do Direito Penal. Isto, em virtude das influências que tais vertentes teóricas (neokantistas, finalistas e funcionalistas) trouxeram ao pensamento zaffaroniano.

Aponte-se, em primeiro lugar, que a doutrina jurídico-penal brasileira ainda se encontra largamente vinculada às vertentes finalistas do Direito Penal⁴³.

O finalismo penal foi idealizado por Hans Welzel (1904-1977). As ideias fundamentais do sistema finalista foram expostas por Welzel pela primeira vez no artigo intitulado

⁴³ “O modelo finalista de fato punível se generalizou na literatura e na jurisprudência contemporâneas, com diferenças de detalhe que não afetam a estrutura do paradigma, além de influenciar diretamente algumas legislações modernas, como a reforma penal alemã (1975) e a nova parte geral do Código Penal brasileiro (1984)” (SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal**: parte geral. 2ª ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: ICPC; Lumen Juris, 2007, p.78). Ainda: “No Brasil, tem-se como despidendo dissertar sobre a decisiva influência do pensamento finalista. Além da Reforma Penal de 1984, que agasalhou alguns de seus postulados, predominam largamente na doutrina e na jurisprudência nacionais as diretrizes finalistas. (...) Na doutrina brasileira, acatam, em maior ou menor grau, postulados finalistas, entre muitos, Carlos Adalmyr Condeixa da Costa; João Mestieri; Heleno Cláudio Fragoso; Luiz Luisi; Alberto Silva Franco; Heitor Costa Júnior; Juarez Tavares; Francisco de Assis Toledo; Damásio de Jesus; Júlio Mirabete; Nilo Batista; Juarez Cirino dos Santos; Luiz Régis Prado; José Henrique Pierangeli; César Bitencourt; Luiz Flávio Gomes; Rodrigo Sánchez Rios; Sheila J. Selim de Sales, etc” (Prefácio de Luiz Régis Prado em WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. 3ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.21). São obras vinculadas às vertentes finalistas do Direito Penal no Brasil, dentre outras: DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 3ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010; DELMANTO, Celso, *et al.* **Código Penal Comentado**. 8ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010; PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. V. I. 7ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. V. I. 17ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012; MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 27ª ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2011; GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. V. I. 10ª ed., rev. e atual. Nitéro: Impetus, 2008; MESTIERI, João. **Teoria Elementar do Direito Criminal**: parte geral. Rio de Janeiro: Edição do Autor, 1990; TELES, Ney Moura. **Direito Penal**: parte geral. V. I. São Paulo: Atlas, 2004, p.172; SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal**: parte geral. *Op. cit.*, p.78 e 100; JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**: parte geral. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 201. Interessante notar que em ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. V. I. 7ª ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pp.353-364, também é adotada uma concepção finalista de Direito Penal. Veja-se, a este respeito, a nota anterior.

Kausalität und handlung (Causalidade e ação), publicado em 1931⁴⁴, e foram defendidas, com modificações em determinados pontos, até a última edição de sua obra (1969)⁴⁵.

A criação do finalismo deu-se a partir de um ponto de partida metodológico diverso daquele adotado pelos adeptos do neokantismo⁴⁶, sistema que Welzel pretendeu superar. O neokantismo foi elaborado com fundamento no método referido a valores, inspirado na filosofia de valores do sudoeste alemão de Windelband e Rickert⁴⁷. Já a formulação do finalismo deu-se com base em “(...) sólidas e definidas bases ontognoseológicas e metodológicas, com notória influência da fenomenologia”⁴⁸.

Os neokantianos, defendendo o método referido a valores, pautavam-se por um dualismo metodológico: para eles, dever ser e ser eram considerados incomunicáveis. Observe-se que os partidários do neokantismo entendiam impossível uma opção científica

⁴⁴ WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-penal**. *Op. cit.*, p.19. A publicação ocorreu no volume 51 da revista *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (VARGAS, José Cirilo de. **Instituições de Direito Penal**. *Op. cit.* p.168).

⁴⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Manual de Derecho Penal**. *Op. cit.*, p.333.

⁴⁶ OLIVÉ, Juan Carlos Ferré, *et al.* **Direito Penal Brasileiro**. *Op. cit.* p.226; GRECO, Luís. Introdução à Dogmática Funcionalista do Delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, p.5; GALVÃO, Fernando. **Direito Penal**: parte geral. 3ª ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.139. Uma ampla exposição relativa ao método adotado pelos

⁴⁷ “O sistema neokantiano ou neoclássico do delito é fruto da superação do paradigma positivista-naturalista dentro do direito. Com a filosofia de valores do sudoeste alemão (Windelband, Rickert), ao lado das ciências naturais são revalorizadas as agora chamadas ciências da cultura, que voltam a merecer a denominação de ciência, sobretudo por possuírem um método próprio: o método referido a valores. Enquanto as ciências naturais se limitam a explicar fatos, submetendo-os à categoria da causalidade, as ciências da cultura querem compreendê-los – são ciências compreensivas, e não só explicativas – o que implica em referi-los a finalidades e valores. Substitui-se, portanto, a dogmática formalista-classificatória do naturalismo por um sistema teleológico, referido a valores. Ao invés de distribuir as elementares de acordo com critérios formais pelos diferentes pressupostos do delito, começou-se por buscar a fundamentação material das diferentes categorias sistemáticas, para que se pudesse, no passo seguinte, proceder à construção teleológica dos conceitos, de modo a permitir que eles atendessem à sua finalidade do modo mais perfeito possível” (GRECO, Luís. Introdução à Dogmática Funcionalista do Delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, p.3). Ainda, do mesmo autor: “O neokantiano parte do pressuposto que o mundo da realidade e o mundo dos valores formam compartimentos incomunicáveis, não havendo a menor relação entre eles (dualismo metodológico): logo, acaba-se esquecendo que o direito está em constantes relações com a realidade, e que a realidade também influi sobre o direito, mais: que direito e realidade se interpenetram e confundem” (p.4). Com considerações pormenorizadas acerca do método do neokantismo, veja-se SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O Método do Direito Penal sob uma Perspectiva Interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.39-48.

⁴⁸ Prefácio de Luiz Régis Prado em WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-penal**. *Op. cit.* p.20. Uma exposição detalhada acerca do método finalista pode ser encontrada em SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O Método do Direito Penal sob uma Perspectiva Interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.54-64.

entre valores, daí terem optado pela adoção de um relativismo valorativo. Isso gerou como efeito uma desordem dos pontos de vista valorativos e um normativismo extremo⁴⁹.

Os finalistas pretendem evitar os problemas do sistema neokantista através do respeito à “lógica da coisa”. Nesse sentido, o adepto do sistema finalista deve analisar a realidade, submetendo-a a uma análise de cunho fenomenológico. Somente após apreender as estruturas internas da realidade poder-se-ia realizar valorações jurídicas. E o mais importante: a valoração jurídica não pode desrespeitar a “lógica da coisa”⁵⁰.

O predomínio da discussão das ideias finalistas no debate alemão do pós-segunda guerra mundial⁵¹ até o advento do funcionalismo, na década de 1970, pode ser explicado pela busca de limites que pudessem impedir a repetição dos acontecimentos que marcaram o III Reich, por parte dos pensadores do Direito Penal⁵². O ocorrido durante o III Reich deuse, dentre outros fatores, em virtude da neutralidade frente a valores que marcou o neokantismo, o que influenciou a posição da ciência jurídico-penal frente ao Estado totalitário surgido a partir dos anos 20 naquele país⁵³.

⁴⁹ GRECO, Luís. Introdução à Dogmática Funcionalista do Delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. *Op. cit.* p.4-5.

⁵⁰ GRECO, Luís. Introdução à Dogmática Funcionalista do Delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. *Op. cit.* p.5. Na nota 27 (p.31) da referida obra, o autor aponta que Welzel afirma que o sistema finalista “(...) parte do axioma de que a matéria e a regulamentação jurídicas não estão, ou pelo menos não completamente, subordinadas ao poder de disposição do legislador, mas de que ele se encontra, isso sim, vinculado a determinadas estruturas lógico-reais, que em certa medida lhe apontam qual é a regulação correta, de modo que quando ele as perca de vista, não atingirá seu objetivo: construirá muito mais uma regulação inadequada, contraditória e lacunosa. Essas estruturas lógico-reais são o objeto eterno da ciência jurídica, que também preexistem ao legislador” (tradução de Luís Greco de trecho da obra *Aktuelle Strafrechtsprobleme im Rahmen der Finalen Handlungslehre*, C. F. Müller, Karlsruhe, 1953, p.4).

⁵¹ “Houve época, na Alemanha, em que os escritos penais praticamente cuidavam apenas do finalismo (para os apreciadores de detalhes: somente o tema da culpabilidade mereceu maior número de artigos do que o finalismo). O vendaval, porém, passou. A doutrina finalista perdeu interesse e adeptos. Caiu no esquecimento” (VARGAS, José Cirilo de. **Instituições de Direito Penal**. *Op. cit.* p.168).

⁵² OLIVÉ, Juan Carlos Ferré, *et al.* **Direito Penal Brasileiro**. *Op. cit.* p.142; FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Direito Penal**. *Op. cit.* p.244.

⁵³ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**: parte general. 4ª ed., cor. e ampl. Granada: Comares, 1993, p.187. O principal representante da vertente neokantiana de Direito Penal foi Edmund Mezger. Acerca da vinculação entre Mezger e o Neokantismo com a Alemanha Nazista, veja-se: “A descoberta dos dados que vincularam Mezger a projetos legislativos de eliminação dos chamados *estranhos à comunidade* (*Gemeinschaftsfremde*) somente veio à tona a partir de 2001, com os trabalhos de Francisco Muñoz Conde, especificamente, MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo*. Valência: Tirant lo Blanch, 2001, o qual rapidamente atingiu sua quarta edição, esta objeto de tradução para o português (...)” (BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2013, p.232).

Apesar dos louváveis méritos⁵⁴ e avanços sistemáticos⁵⁵ da teoria finalista, há sérias objeções à sua adoção enquanto marco teórico⁵⁶. Três críticas são especialmente importantes para este trabalho.

Em primeiro lugar, a metodologia que fundamenta o sistema finalista da ação (ou do delito), ao pretender superar o dualismo metodológico do neokantismo, incorreu no mesmo erro: manteve a separação entre ser e dever ser. A diferença reside em que, enquanto no

⁵⁴ “Após a tragédia da II Grande Guerra ficou claro que o normativismo das orientações jurídicas de raiz neokantiana não oferecia garantia bastante de justiça dos conteúdos das normas validamente editadas, mesmo que estas obedecessem ao formalismo democraticamente imposto. É então que se assiste à substituição definitiva do Estado de Direito formal pelo Estado de Direito material. Ficava por isso próxima a tentativa de limitar toda a normatividade, numa via fenomenológica e ‘ontológica’ (*rectior*, ‘ôntica’), por leis estruturais determinadas do ‘ser’ – pela ‘natureza das coisas’ -, as quais, uma vez estabelecidas, serviriam de fundamento vinculante às ciências do homem e, por isso, também ao direito. A Hans Welzel (1904-1977) pertence o mérito de ter transposto para o direito penal, com uma clareza inigualável e uma lógica sem desfalecimento, todo este patrimônio ideológico sobre o Jurídico e o seu método” (FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Direito Penal**. *Op. cit.* p.244-245).

⁵⁵ Dentre vários avanços sistemáticos possibilitados pela teoria finalista, apontem-se dois especialmente destacados como os mais importantes por Roxin: “Vejo principalmente duas grandes conquistas, que são, a rigor, independentes do conceito finalista de ação, mas que obtiveram deste conceito um impulso decisivo para se consolidarem. Primeiramente, o finalismo contribuiu de modo decisivo para o descobrimento do desvalor da ação enquanto um elemento constitutivo do injusto penal, e para a delimitação da culpabilidade e de outros pressupostos da responsabilidade penal. Está claro que a finalidade é somente um fator entre os vários que determinam o injusto penal. Além disso, compreende ela apenas parte do desvalor da ação, porque este consiste principalmente na criação de um risco não permitido, que independe dos fins do autor. Mas, de qualquer maneira, o finalismo enxergou corretamente que a representação e os fins do autor têm um papel importante na determinação do injusto. Isso vale também para os delitos omissivos e, como demonstrou de modo especialmente convincente Struensee, igualmente para os delitos culposos. Em segundo lugar, o finalismo possibilitou uma concepção adequada dos diversos tipos de delito. O fato de que o homicídio doloso represente um injusto bem diferente do de um homicídio só salta aos olhos se a finalidade e o dolo do homicida forem integradas no tipo. Não é correto objetar que, afinal de contas, pouco importa se a distinção entre homicídio doloso e culposo é tratada como problema do injusto ou de culpabilidade. Afinal, o injusto da tentativa sequer consegue ser objeto de um tipo sem se levar em conta a intenção finalista do autor. Além disso, uma distinção entre autor e partícipe no plano do injusto, com base no critério do domínio do fato, só consegue ser realizada se se considerar o dolo uma componente do tipo – uma razão que, curiosamente, os finalistas pouco alegaram em seu favor” (ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. 2ª ed., rev. São Paulo: Renovar, 2008, p.59-60).

⁵⁶ As críticas apontadas nesta seção são de cunho metodológico. Um bom ponto de partida sobre as críticas relativas às consequências sistemáticas da adoção do sistema finalista encontra-se na obra de Claus Roxin. Na edição de nº 74 da revista *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, de 1962, Roxin publicou artigo intitulado “Contribuição Para a Crítica da Teoria Finalista da Ação”. Tal artigo foi publicado em língua portuguesa em ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. 3ª ed. Lisboa: Veja, 1998, p.91 e ss. Acerca do aludido artigo, afirmou Nelson Pessoa: “As observações que Roxin (por exemplo, em *Strafrechtliche Grundlagenprobleme* [Problemas Fundamentais de Direito Penal], especialmente nos capítulos dedicados a uma crítica à teoria finalista da ação e no referido à imputação em Direito penal) formulou do campo da teoria da imputação objetiva à teoria da ação final constituem – em minha opinião – as observações mais vigorosas, mais inteligentes que se tenham feitas ao pensamento de Welzel em matéria de ação” (PESSOA, Nelson. **La Tentativa**. *Op. cit.* p.62, nota 1. Tradução livre. Original: “Las observaciones que Roxin (por ejemplo, em *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, especialmente em los capítulos dedicados a una crítica a la teoría de la acción y el referido a la imputación em Derecho penal) formulo desde el campo de la teoría de la imputación objetiva a la teoría de la acción final, constituyen – em mi opinión – las observaciones más vigorosas, más inteligentes que se hayan hecho al pensamiento de Welzel em matéria de acción”).

sistema neokantista a tônica se encontra no dever ser, no sistema finalista a tônica encontra-se no ser. Isso pode ser confirmado pelo fato de que os adeptos do sistema finalista sustentam que o conhecimento das estruturas lógico-reais resolveria os problemas jurídicos (já que a valoração jurídica depende da apreensão da “lógica da coisa” e não pode desrespeitá-la). Em outras palavras: os finalistas entendem que no “ser” (realidade) encontram-se as respostas para os problemas do Direito, situados na esfera do “dever-ser”. Isto faz com que os defensores do sistema finalista incorram em uma falácia naturalista^{57 58}.

Em segundo lugar, a postura metodológica finalista implica, necessariamente, consequências similares às da adoção de um ponto de partida jusnaturalista para a solução de problemas do Direito Penal, em virtude da utilização de “imutáveis princípios ontológicos”⁵⁹ pelos operadores do Direito. A vinculação do intérprete às estruturas lógico-reais faz com que a atividade deste se resume a encontrar aquelas relacionadas aos dispositivos legais com os quais trabalha para que, então, se deduza a regulamentação ou solução dos casos concretos. Esta postura metodológica não é, afinal,

(...) coisa muito diferente de repetir os erros – denunciados pelo próprio Welzel, num poderoso estudo filosófico sobre o direito natural e a justiça material – do velho direito natural clássico, ao preencher os conceitos do direito positivo com os conteúdos considerados normativamente mais correctos (*sic*), para em seguida os deduzir do corpo do direito natural e os apresentar assim como vinculantes e livres de discussão.^{60 61}

⁵⁷ GRECO, Luís. Introdução à Dogmática Funcionalista do Delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. *Op. cit.* p.6. Em sentido idêntico: BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**. *Op. cit.* p.235.

⁵⁸ Afirma Vianna sobre as falácias naturalistas no campo jurídico: “Normas são criações culturais e, como tais, não estão adstritas a comportamentos naturais. Não se pode derivar da observação da natureza qualquer tipo de norma, seja moral, religiosa ou jurídica” (VIANNA, Túlio. **As Falácias do Discurso Homofóbico na Câmara**. 2009. Disponível em: <<http://tuliovianna.org/2009/08/29/as-falacias-do-discurso-homofobico-na-camara/>>. Acesso em: 22 Nov. 2011).

⁵⁹ A expressão é de BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**. *Op. cit.* p.233.

⁶⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Direito Penal**. *Op. cit.* p.246.

⁶¹ A vinculação do finalismo e do jusnaturalismo não é fortuita. Afirmam Zaffaroni, Alagia e Slokar: “Nos primeiros tempos do pós-guerra começaram os esforços de reconstrução dos estados de direito europeus e houve um verdadeiro renascimento de tendências jusnaturalistas na Alemanha, especialmente na forma do pensamento da *natureza das coisas*, e na Itália ditas tendências manifestaram-se particularmente através do teleologismo de Giuseppe Bettiol. Se tratava de encontrar um critério que pusesse limites ao poder do legislador. No campo penal, a mais importante expressão desta tendência foi a de Hans Welzel (...), que o fez sob a forma de um jusnaturalismo *mínimo* conforme sua teoria das *estruturas lógico-reais* (...)” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Manual de Derecho Penal**. *Op. cit.*, p.264. Itálicos no original. Tradução livre. Texto original: *En los primeros tiempos de pos-guerra comenzaron los esfuerzos de reconstrucción de los estados de derecho europeos y hubo un verdadero renacimiento de tendencias jusnaturalistas en Alemania, especialmente en la forma de pensamiento de la naturaleza de las cosas, y en Italia dichas tendencias se manifestaron particularmente mediante el teleologismo de Giuseppe Bettiol. Se trataba de hallar un critério que pudiese limites al poder del legislador. En el campo penal, la más importante*

Em terceiro lugar, o apelo às estruturas lógico-reais não é capaz de solucionar os principais problemas jurídico-penais dos tempos atuais. É o que afirma Luís Greco:

(...) o finalismo, após dar inúmeras contribuições imorredouras para a teoria do delito, parece ter-se esgotado em sua capacidade de rendimento. (...) O sistema dos finalistas, eterno e atemporal, pretende fornecer soluções acabadas, o que não passa de uma confissão de sua incapacidade de fornecer respostas a complexos problemas normativos. Afinal, o que podem dizer as estruturas lógico-reais a respeito, por exemplo, do início de execução na tentativa, ou da escusabilidade do erro de proibição, ou da concretização do dever de cuidado, no delito negligente? Nada mais que algo bem genérico, que precisará ser precisado à luz de outras considerações.⁶²

Apesar de sua pujança e importância históricas⁶³ - e com o devido respeito por seus atuais defensores no Brasil e no exterior -, o finalismo não apresenta ferramentas metodológicas capazes de possibilitar uma proposta sólida de solução do problema enfrentado neste trabalho. Assim, torna-se necessário analisar as concepções funcionalistas do Direito Penal⁶⁴.

O fundador das concepções funcionalistas de Direito Penal foi Claus Roxin (1931-), a partir da obra *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*⁶⁵, publicada pela primeira vez em 1970.

expresión de esta tendencia fue la de Hans Welzel (...), quien lo hizo en forma de jusnaturalismo mínimo conforme a su teoría de las estructuras lógico-reales (...).

⁶² GRECO, Luís. Introdução à Dogmática Funcionalista do Delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Op. cit. p.6. Grifos nossos. Em sentido similar: BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**. p.232.

⁶³ “O certo é que o finalismo e todo seu edifício teórico é algo, já na própria Alemanha, sepultado. Alguns suspiros finalistas ainda se apresentam [na Alemanha, vide a obra de Hans Joachim Hirsch] – mas é inegável que a multiplicidade de propostas para interpretação e consequente operacionalização do Direito Penal não mais podem ser entendidas como de filiação séria ao finalismo. Por outro lado é também inquestionável a importância que o próprio finalismo implicou na segunda metade do século XX: todos os autores de efetivo destaque se envolveram com as construções de Welzel, seja na busca de um aprimoramento como Stratenwerth e Zielinski, seja como ponto de partida para críticas e reconstruções, como Roxin e Jakobs contemporaneamente” (CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Do Giro Finalista ao Funcionalismo Penal: embates de perspectivas dogmáticas decadentes**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p.97). Ainda, sobre o debate acerca do finalismo na Alemanha, passagem já citada de Vargas: “O vendaval, porém, passou. A doutrina finalista perdeu interesse e adeptos. Caiu no esquecimento” (VARGAS, José Cirilo de. **Instituições de Direito Penal**. Op. cit. p.168).

⁶⁴ Além do círculo dos funcionalistas, no debate alemão há outros igualmente valiosos, v.g.: o círculo dos hegelianos (Wolff; Köhler); o círculo dos adeptos da filosofia analítica (Hruschka); e o círculo dos autores ecléticos (que não se atém a pressupostos metodológicos precisos – Jescheck/Weigend; Wessels/Beulke; Maurach/Zipf; Bockelmann/Volk) (GRECO, Luís. p.34. Introdução à Dogmática Funcionalista do Delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Op. cit. Nota 45). Sua análise, contudo, descabe dentro dos limites desta dissertação.

⁶⁵ Em língua portuguesa: ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. São Paulo: Renovar, 2012.

Em primeiro lugar, importa frisar que não existe apenas um funcionalismo penal. Há vários. O ponto que une os defensores do círculo do funcionalismo penal é o fato de que estes concordam com a necessidade de orientar o sistema jurídico-penal pelos fins do Direito Penal, e não vinculá-lo, ao contrário dos finalistas, às estruturas lógico-reais. Quanto ao mais, há inúmeras diferenças entre as concepções funcionalistas⁶⁶.

Não há possibilidade, nos limites deste trabalho, de tratar de maneira abrangente das principais vertentes do funcionalismo penal. Aponte-se que os principais autores que atualmente defendem sistemas funcionalistas são, na Alemanha, o próprio Claus Roxin⁶⁷, além de Günther Jakobs⁶⁸ e, na América Latina, Eugenio Raúl Zaffaroni. É deste último autor a concepção de Direito Penal que embasa este trabalho.

A vertente do funcionalismo penal defendida por Zaffaroni, denominada funcionalismo redutor, recebeu influências dos três grandes sistemas de Direito Penal abordados nesta seção. Relativamente a estas influências afirma Brodt:

Ao neokantismo, reconhece o adestramento necessário à fina construção sistemática da teoria do delito. Ao finalismo, o mérito de advertir os dogmas sobre a necessidade de respeito aos limites impostos pelo mundo e seus dados à elaboração dos conceitos jurídicos. E, ao funcionalismo, a importância de assumir claramente a funcionalidade política dos conceitos jurídicos.⁶⁹

Zaffaroni admite que o debate entre os finalistas e os causal-naturalistas e neokantistas (integrados sob o rótulo de “causalistas”) gerou importantes lições. A primeira delas reside no fato de que há grandes riscos na pretensão de fazer com que as estruturas lógico-reais imponham os conceitos jurídicos: deve-se observar que os conceitos jurídicos se constroem em função de determinados objetivos políticos, parte que são de um discurso político (que também é tido como uma estrutura lógico-real). A segunda lição diz respeito à

⁶⁶ GRECO, Luís. p.34. Introdução à Dogmática Funcionalista do Delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. *Op. cit.* p.6-7.

⁶⁷ O manual de Roxin, no qual se encontram os principais desenvolvimentos da concepção funcionalista moderada ou teleológica, por ele defendida, encontra-se traduzido para o espanhol: ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: parte general. T. I. Madrid: Civitas, 1997.

⁶⁸ Cujas concepção de funcionalismo, denominado sistêmico ou radical, pode ser analisada em JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**: parte general: fundamentos y teoría de la imputación. 2ª ed., cor. Madrid: Marcial Pons, 1997. Em português: JAKOBS, Günther. **Tratado de Direito Penal**: teoria do injusto penal e culpabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

⁶⁹ BRODT, Luís Augusto Sanzo. O Direito penal sob a Perspectiva Funcional Redutora de Eugenio Raúl Zaffaroni. **Revista Brasileira de Estudos Políticos (RBEP)**. Belo Horizonte, v. 101, p. 97-136, Julho a Dezembro de 2010, p.99.

necessidade de fazer com que o normativismo encontre limites nos dados da realidade: a construção dos conceitos jurídicos não pode ignorar a realidade das coisas.⁷⁰

Absorvendo as influências e lições acima, e amparando-se fortemente nas teorias sociais do conflito, Zaffaroni desenvolveu a teoria do funcionalismo redutor a partir do ensaio “Em Busca das Penas Perdidas”, cuja primeira edição argentina data de 1989⁷¹. Atualmente, a obra mais atualizada na qual encontra-se descrito o sistema em comento é aquela escrita por Zaffaroni em coautoria com Alejandro Alagia e Alejandro Slokar⁷² (e, na edição brasileira, também com Nilo Batista).

Em primeiro lugar, o adepto do funcionalismo redutor deve observar que

A funcionalidade, entendida como relação entre conceitos jurídicos e seus efeitos políticos, mais precisamente, como efeito político dos conceitos jurídicos, é considerada por Zaffaroni como um dado ôntico dos conceitos jurídicos. Assim, afirma que o direito penal, ao elaborar os seus conceitos, não pode desconhecer que, ainda quando não o faça teleologicamente, esses cumprem uma função política e, por isso, não resta outra alternativa que os orientar politicamente, sob pena de construir-se conceitos políticos perversos. O direito penal, conforme Zaffaroni, deve ser construído de maneira muito parecida com o direito humanitário. Pois, tal como este último, trata-se de um ramo do direito que deve programar o exercício de um poder que está legitimado na medida em que contém, limita ou reduz o exercício de outro poder que não está legitimado.⁷³

Mas, afinal, qual é a função que o operador jurídico deve buscar através do Direito Penal? A resposta depende de algumas considerações sobre a teoria da pena, em primeiro lugar.

Em regra, os funcionalistas orientam o Direito Penal pelas funções da pena. Contudo, de acordo com Zaffaroni, *et al*, não se conhece qual é a função da pena. Daí se defender, no sistema Zaffaroniano, uma teoria agnóstica da pena: ao negar todas as teorias absolutas e

⁷⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Manual de Derecho Penal**. *Op. cit.*, p.265-266.

⁷¹ BRODT, Luís Augusto Sanzo. O Direito penal sob a Perspectiva Funcional Redutora de Eugenio Raúl Zaffaroni. **Revista Brasileira de Estudos Políticos (RBEP)**. *Op. cit.*, p.98.

⁷² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal**. *Op. cit.* Ainda, em formato de manual: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Manual de Derecho Penal**. No Brasil, em coautoria com Nilo Batista: ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *et al*. **Direito Penal Brasileiro**. *Op. cit.*

⁷³ BRODT, Luís Augusto Sanzo. O Direito penal sob a Perspectiva Funcional Redutora de Eugenio Raúl Zaffaroni. **Revista Brasileira de Estudos Políticos (RBEP)**. *Op. cit.*, p.100.

relativas que atribuem funções positivas à pena, parte-se do pressuposto de que as verdadeiras funções positivas da pena são desconhecidas.⁷⁴ A teoria agnóstica seria, assim, uma teoria negativa da pena, em contraposição às teorias de caráter positivo (teorias absolutas e teorias relativas ou da prevenção, gerais e especiais, positivas e negativas)⁷⁵.

Na perspectiva funcional-reutora, portanto, não se afirma que o Direito Penal deve ser funcionalizado de acordo com a função da pena. Na verdade, no sistema zaffaroniano, busca-se outra função. Verifica-se “(...) ser o direito penal o ramo do saber jurídico que, mediante a interpretação das leis penais, propõe aos juízes um sistema orientador de decisões que contém e reduz o poder punitivo, para impulsionar o progresso do estado constitucional de direito”⁷⁶. Assim, a função perseguida pelo Direito Penal (visto como saber) é a de conter e reduzir a irracionalidade do poder punitivo estatal. É o que se depreende da passagem abaixo:

O direito penal deve programar o exercício do poder jurídico como um *dique* que contenha o estado de polícia, impedindo que afogue o estado de direito. Entretanto, as águas do estado de polícia se encontram sempre em um nível superior, de modo que ele tende a ultrapassar o dique por transbordamento. Para evitar isso, deve o dique dar passagem a uma quantidade controlada de poder punitivo, fazendo-o de modo seletivo, *filtrando* apenas a torrente menos irracional e reduzindo sua turbulência, mediante um sistema de comportas que impeça a ruptura de qualquer uma delas e que, caso isto ocorra, disponha de outras que reassegurem a contenção.⁷⁷

Verifica-se, portanto, que no funcionalismo reductor deve-se funcionalizar os conceitos e institutos do Direito Penal, conferindo-lhes um papel reductor da irracionalidade

⁷⁴ Afirmam Zaffaroni, et al: “*Si no se conocen todas las funciones que cumple la pena, y menos aun las de la totalidad del poder punitivo, pero se sabe que las asignadas por el derecho penal mediante las teorías positivas son falsas o, por lo menos, que es falsa su generalización, debe concluirse que lo adecuado sería buscar el concepto de pena para delimitar el universo del derecho penal por un camino diferente de sus funciones. Descartada la vía formal (porque llevaría a una inusitada tautología del poder: pena sería o que las agencias políticas consideran tal), no restra otro camino que valerse de datos ónticos. No se trata de intentar desentrañar un concepto óntico de pena en el sentido de prejurídico, sino de construir un concepto jurídico – y, por ende, limitador – que demanda referencias ónticas, pues son las únicas capaces de dotarlo de eficacia reguladora y limitante, dado que, de lo contrario, quedaría pendiente del vacío, como el universo mecánico de Newton. Lo normativo no se crea para limitar lo normativo, sino para regular o limitar una conducta humana*”

⁷⁵ Um panorama das teorias positivas da pena pode ser encontrado em QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**: legitimação versus deslegitimação do sistema penal. 3ª ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

⁷⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, et al. **Direito Penal Brasileiro**. V.I. *op. cit.*, p.40.

⁷⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, et al. **Direito Penal Brasileiro**. V.I. *op. cit.*, p.156.

do poder punitivo do Estado. E isso não pode ser diferente com o conceito de ‘início de execução’, que requer funcionalização. Acerca deste ponto, veja-se, a seu tempo, a seção 8.

Visto qual a função do Direito Penal na perspectiva funcional-redutor, passa-se a expor a questão do fundamento da punição das infrações penais tentadas.

3.2 Do Fundamento da Punição do Crime Tentado

A atual discussão acerca do fundamento da punição do crime tentado envolve basicamente três teorias: a teoria da impressão, defendida, dentre outros, por Roxin⁷⁸; a teoria objetiva, defendida, dentre outros, por Zaffaroni⁷⁹; e a teoria subjetiva, defendida, dentre outros, por Garófalo⁸⁰.

De acordo com a teoria da impressão, adotada por Roxin, “(...) a tentativa é punível, quando, e na medida em que é apropriada para produzir na generalidade das pessoas uma impressão juridicamente ‘abaladora’; ela põe, então, em perigo a paz jurídica e necessita, por isso, de uma sanção correspondente a esta medida”⁸¹.

Uma teoria como a da impressão não é cabível em um Direito Penal como concebido em uma perspectiva funcional redutora. Se o fundamento da punição do crime tentado é a mera ‘impressão’ que a conduta do agente causa, de maneira a abalar a paz jurídica, vislumbra-se claramente a possibilidade de violação dos princípios da legalidade e da ofensividade, além de haver margem para a consagração de grande subjetivismo judicial e para a ocorrência, na prática, de um direito penal de autor. A teoria da impressão parece autorizar a punição de atos preparatórios, desde que eles sejam suficientes para colocar em perigo a paz jurídica. E, por fim, não se indica quando ocorre tal ofensa à paz jurídica.

⁷⁸ ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. *Op. cit.*, p.297.

⁷⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Manual de Derecho Penal**. *Op. cit.*, p.639-640.

⁸⁰ GARÓFALO, Raffaele. **La Criminología**. Montevideo; Buenos Aires: B de F, 2005, p.265.

⁸¹ ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. *Op. cit.*, p.296.

A teoria subjetiva, por sua vez, fundamenta a punibilidade da tentativa na vontade do autor contrária ao direito. A punição da tentativa serviria para punir manifestações de vontade criminosa.⁸²

Uma teoria como esta também não pode ser aceita. Sua adoção poderia implicar consagração de um direito penal de autor, centrado no desvalor de vontades tidas como contrárias ao direito, conforme estabelecido pelos detentores do poder. Isto implicaria em desrespeito ao princípio da legalidade e ao princípio da ofensividade, novamente.

Assim, resta a teoria objetiva. De acordo com esta vertente, a tentativa é punível por representar um perigo para o bem jurídico que o agente pretendeu atingir. Para Zaffaroni, trata-se da tese que mais respeita ao princípio da ofensividade, além de revestir-se de maior clareza conceitual⁸³.

Veja-se, contudo, que não faz sentido afirmar haver diferentes fundamentos para a punição do crime tentado e para o crime consumado. Em verdade, a punição do crime tentado e a punição do crime consumado assentam-se nas mesmas bases político-criminais⁸⁴. O que diferencia um e outro é apenas uma questão estrutural⁸⁵: se, no crime consumado, a exigência de ofensividade ocorre, em regra, pela presença de lesão para o bem jurídico, no crime tentado, a exigência de ofensividade da conduta vem sob a forma de exposição de um bem jurídico a perigo concreto de dano. Em ambos, afora esta diferença estrutural, exige-se a prática de uma conduta típica, ilícita e culpável.

Isto tem uma implicação: somente se admite tentativa de crimes de dano. Não se admite a punição, a título de tentativa, de crimes de perigo, sob o risco de se assumir a

⁸² Trata-se de lição extraída a partir de ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Manual de Derecho Penal**. *Op. cit.*, p.639-640.

⁸³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Manual de Derecho Penal**. *Op. cit.*, p.639-640.

⁸⁴ Neste sentido: QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal**. *Op. cit.*, p.301; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria Geral do Delito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p.181.

⁸⁵ O que já tinha sido sustentado por Birnbaum, *in verbis*: “De esta manera, esto es, según los diversos alcances de la lesión o del peligro en su referencia al sujeto inmediatamente lesionado o amenazado, o lo que viene a ser lo mismo, según la índole del bien que la acción disminuye o pone en riesgo de preferencia, es factible, además, establecer la clasificación de los delitos en general, distinguiendo naturalmente delitos contra el bien común y delitos contra los individuos, como también traza la diferencia entre tentativa y consumación de una forma más natural que con arreglo al incierto concepto de la lesión de derechos en el sentido acostumbrado” (BIRNBAUM, Johan Michael Franz. **Sobre la Necesidad de una Lesión de Derechos para el Concepto de Delito**. Montevideo; Buenos Aires: B de F, 2010, p.59)

possibilidade de se admitir no Direito Penal infrações cuja tipicidade de cunho material se satisfaça com o 'perigo de perigo' de dano para o bem jurídico.

Vê-se, assim, que a diferença entre as infrações penais tentadas e consumadas é apenas estrutural. As razões político criminais de suas punições são as mesmas. Segue, por fim, os elementos básicos do crime tentado.

4 CONCEPÇÕES NEGATIVISTAS E TEORIAS SUBJETIVAS. AS TEORIAS DE FRANCESCO CARRARA. (E SUA CRÍTICA).

Após a colocação do problema e das questões teóricas necessárias, inicia-se a análise críticas das teorias relativas ao início de execução na tentativa.

Nesta seção, serão abordadas as concepções negativistas, as teorias subjetivistas, e as teorias de Francesco Carrara, que encontram pouquíssimos defensores na doutrina brasileira atual. Na primeira subseção analisar-se-ão as concepções negativistas. Na segunda subseção serão objeto de análise as teorias subjetivistas. Na terceira seção, serão expostas e criticadas as teorias de Carrara.

4.1. Concepções negativistas

Os partidários das concepções negativistas⁸⁶ entendem que, por diversas razões e fundamentos, é impossível solucionar o problema da identificação do início de execução na tentativa criminosa através de um critério geral de cunho teórico⁸⁷. Para estas concepções, portanto, é impossível distinguir conceitualmente atos preparatórios e atos de execução. Aponte-se que as concepções que não se qualificam como negativistas são consideradas *positivas*, eis que admitem a possibilidade de distinção entre atos preparatórios e atos de execução⁸⁸.

Perfilham a posição em comento, dentre outros, Frank⁸⁹, Geyer, M. E. Mayer, Civoli e Rossi⁹⁰.

⁸⁶ Na doutrina também há referências a estas teorias como *céticas*. Neste sentido: BECKER, Marina. **Tentativa Criminosa**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004, p.131.

⁸⁷ BECKER, Marina. **Tentativa Criminosa**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004, p.131-132; PESSOA, Nelson. **La Tentativa**: distinción entre actos preparatorios y actos de ejecución de delitos. 2ª ed., atual. Buenos Aires: Editorial Hammurabi S. R. L., 1998, p.35; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. V.1. 7ª ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.602;

⁸⁸ Trata-se de classificação proposta em: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal**: parte general. 2ª ed. Buenos Aires: EDIAR, 2004, p.825.

⁸⁹ Conforme FONTÁN BALESTRA, Carlos. **Derecho Penal**: introducción y parte general. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p.380.

⁹⁰ Conforme BECKER, Marina. **Tentativa Criminosa**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004, p.131-132.

A adoção destas concepções gera uma grave consequência político-criminal: a inexistência de distinção entre atos preparatórios e atos de execução permitiria a afirmação da ocorrência de crime tentado com a mera prática dos primeiros. Além disso, a legislação brasileira prevê expressamente, no art. 14, II, do Código Penal, a exigência de início de execução para que exista crime tentado, o que permite concluir que qualquer posição negativista somente "(...) pode ser sustentada *de lege lata*, mas não *de lege ferenda*. Resulta evidente que nossa lei nos impõe a obrigação de formularmos a distinção, de maneira que negá-la implica passar sobre a lei expressa".⁹¹

Além dos graves problemas acima apontados, também é necessário trazer à evidência que autores como M. E. Mayer, Civoli e Rossi⁹², ao afirmarem a impossibilidade de distinção conceitual entre atos preparatórios e atos de execução, apelam ao "prudente arbítrio do juiz" para a solução de casos concretos. Ocorre, contudo, que a Constituição da República de 1988, em seu art. 93, IX, estabeleceu o dever de fundamentação das decisões judiciais. E, diante do sistema acusatório consagrado constitucionalmente e do dever de fundamentação, "(...) o principal problema aparece quando se procura determinar *como ocorre e dentro de quais limites deve ocorrer a decisão judicial*." Ainda hoje, diversas teorias e concepções "(...) continuam apostando na vontade do intérprete, gerando a discricionariedade judicial. Tais teorias *sofrem, assim, de um letal déficit democrático*."⁹³ Este ponto retrata claramente um grande problema das concepções negativistas: ao relegar ao "prudente arbítrio do juiz" a decisão acerca da distinção entre atos preparatórios e atos de execução no caso concreto, tais concepções permitiriam a prolação de sentenças totalmente desprovidas de racionalidade e de possibilidade de controle intersubjetivo, ocasionando um grave incremento da insegurança jurídica.⁹⁴ O casuísmo e a direta violação ao princípio da

⁹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Da Tentativa**: doutrina e jurisprudência. 8ª ed., rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.47. Em sentido similar: BECKER, Marina. **Tentativa Criminosa**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004, p.133; PESSOA, Nelson. **La Tentativa**: distinción entre actos preparatorios y actos de ejecución de delitos. 2ª ed., atual. Buenos Aires: Editorial Hammurabi S. R. L., 1998, p.35-36.

⁹² Citados por BECKER, Marina. **Tentativa Criminosa**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004, p.132, nota 230.

⁹³ STRECK, Lenio Luiz. **O Que É Isto - Decido Conforme Minha Consciência?** 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p.91. Itálico no original. Grifos nossos. Um panorama da discussão acerca do papel da consciência dos magistrados no processo pode ser encontrado em CARBASSE, Jean-Marie; DEPAMBOUR-TARRIDE, Laurence. **A Consciência do Juiz na Tradição Jurídica Européia**. 1ª ed. Belo Horizonte: Tempus, 2010.

⁹⁴ PESSOA, Nelson. **La Tentativa**: distinción entre actos preparatorios y actos de ejecución de delitos. 2ª ed., atual. Buenos Aires: Editorial Hammurabi S. R. L., 1998, p.36.

legalidade tornam esta perspectiva de solução para o problema extremamente autoritária e insegura.

Negando-se o jurista a delimitar conceitualmente o início de execução, não cumprirá o Direito Penal seu necessário papel de "(...) ramo do saber jurídico que, mediante a interpretação das leis penais, propõe aos juízes um sistema orientador de decisões que contenha e reduza o poder punitivo, para impulsionar o progresso do estado constitucional de direito"⁹⁵.

Ao contrário do afirmado por aqueles que defendem ser necessário recorrer ao "prudente arbítrio do juiz", deve-se ter presente que é justamente em questões como a da delimitação do que seja início de execução que se faz mais urgente, para o julgador e para o intérprete do direito, buscar o auxílio da doutrina, e não afastá-la. Contudo, no Superior Tribunal de Justiça já se sustentou o seguinte:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico - uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja.⁹⁶

⁹⁵ Trata-se de classificação proposta em: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal**: parte general. 2ª ed. Buenos Aires: EDIAR, 2004, p.24. Tradução livre. Grifos nossos. Original: "(...) rama del saber jurídico que, mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones que contiene y reduce el poder punitivo, para impulsionar el progreso del estado constitucional de derecho".

⁹⁶ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Voto do Ministro Humberto Gomes de Barros no Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 279.889/AL (2001/0154059-3). Data do julgamento: 03/04/2001. **Diário da Justiça**. Publicação: 11/06/2001, STJ. Grifos nossos.

Tal afirmação retrata o pensamento de inúmeros julgadores brasileiros. Diante deste quadro, vale lembrar:

(...) o direito não é (e não pode ser) aquilo que o intérprete quer que ele seja. Portanto, o direito não é aquilo que o Tribunal, no seu conjunto ou na individualidade de seus componentes, dizem que é. A doutrina deve doutrinar, sim. Esse é o seu papel. Aliás, não fosse assim, o que faríamos com as mais de mil faculdades de direito, os milhares de professores e os milhares [de] livros produzidos anualmente? E mais: não fosse assim, o que faríamos com o parlamento, que aprova as leis? E, afinal, o que fazer com a Constituição, "lei das leis"?⁹⁷

Por fim, aponte-se que relegar ao julgador a obrigação de definir quando um ato é de execução ou preparatório, sem qualquer amparo teórico e confiando em seu "prudente arbítrio", pode implicar na assunção de posições que caracterizariam um direito penal de autor⁹⁸, eis que a influência da personalidade, das idiosincrasias e dos preconceitos do julgador pode exercer papel decisivo na resolução da questão. O julgador poderia deixar de julgar os fatos, passando a considerar questões como a personalidade e o estereótipo dos acusados para definir se, nos casos concretos, há início de execução de uma infração penal.

Assim colocadas as críticas às concepções negativistas, quatro são os pontos a serem ressaltados. O primeiro diz respeito ao fato de que a legislação brasileira prevê expressamente o início de execução com critério reitor da tentativa criminosa, o que impõe sua delimitação conceitual. O segundo é relativo à consequência da adoção de qualquer das vertentes negativistas: permite-se a extensão da punibilidade do crime tentado para condutas que configuram meros atos preparatórios. Em terceiro lugar, não se pode conceber que a resolução do problema fique relegada ao "prudente arbítrio do juiz", em virtude do dever de fundamentação das decisões e da necessária possibilidade de controle intersubjetivo da racionalidade da decisão, que se torna impossível na falta de uma teoria que embase a tomada de posição do julgador no caso concreto. E, em quarto e último lugar,

⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **O Que É Isto - Decido Conforme Minha Consciência?** 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p.25. Itálicos no original.

⁹⁸ O chamado direito penal de autor ocorre quando se pune não a conduta praticada pelo indivíduo mas, sim, suas características, condições pessoais ou estado existencial, seja em virtude de uma suposta "periculosidade", seja em razão de uma presunção de "culpabilidade pela conduta ao longo da vida", seja por conta de preencher o indivíduo as características do estereótipo de delinqüente estabelecido pela sociedade. Em qualquer dos casos haverá violação de princípios constitucionais, sobretudo do princípio da ofensividade. Sobre o desrespeito ao princípio da ofensividade em razão da adoção prática de um direito penal de autor, veja-se: BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. *op.cit.*, p.91-97.

deve-se ter em mente que a falta de balizamento teórico para que se verifique se um ato é de execução ou preparatório pode possibilitar a tomada de posições baseadas em idiossincrasias e preconceitos, o que abriria brecha para a consagração prática de um direito penal de autor: o juiz poderia julgar os acusados não pelos fatos por eles praticados, mas tendo em vista suas personalidades e seus estereótipos.

4.2. Teorias subjetivistas

São diversas as teorias (positivas) subjetivistas do início de execução na tentativa⁹⁹. Tais teorias tem como "(...) traço comum e essencial a idéia de que a caracterização de uma certa actividade como executiva só pode estar ligada à necessidade da revelação objectiva de uma *resolução*, ou de um certo grau de firmeza de *resolução criminosa*."¹⁰⁰, sendo, ou não, tal resolução um sintoma da periculosidade do autor, a depender da vertente¹⁰¹. Em outras palavras, as teorias ora em comento são aquelas cujos defensores pretendem diferenciar atos preparatórios e atos de execução com "(...) apelo a *momentos subjectivos*".¹⁰² Assim, deve-se verificar, no âmbito das referidas teorias, quais elementos de cunho subjetivo devem estar presentes para que um ato seja considerado de execução.

São partidários destas vertentes teóricas Grolmann, v. Buri¹⁰³, v. Bar¹⁰⁴, v. Liszt¹⁰⁵, Bockelmann e Volk¹⁰⁶, além de Ferri¹⁰⁷ e Garófalo¹⁰⁸. São duas as variantes das teorias

⁹⁹ "Não devem ser confundidos, o critério subjetivo, empregado para distinguir ato preparatório e ato de execução, ao qual estamos fazendo referência, com a tese subjetiva enquanto posição destinada a fundamentar a punição da tentativa de delito impossível" (PESSOA, Nelson. **La Tentativa**: distinción entre actos preparatorios y actos de ejecución de delitos. 2ª ed., atual. Buenos Aires: Editorial Hammurabi S. R. L., 1998, p.36, nota 9. Tradução nossa. Original: "*No deben ser confundidos, el criterio subjetivo, empleado para distinguir acto preparatorio y acto de ejecución, a que estamos haciendo referencia, con la tesis subjetiva en cuanto posición destinada a fundamentar la punición de la tentativa de delito imposible.*" Sobre a problemática das teorias que fundamentam a (im)punibilidade do crime impossível, ver KALIL, José Arthur di Spirito. **Do Crime Impossível**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.61 e ss.

¹⁰⁰ CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal**. V.II. Coimbra: Edições Almedina, 2008, p.227. Itálicos no original.

¹⁰¹ MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal**: parte geral. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.341.

¹⁰² FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Direito Penal**: parte geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. T. I. 1ª ed. brasileira. 2ª ed. portuguesa. Coimbra: Coimbra Editora; São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.700. Itálicos no original.

¹⁰³ Mencionados (Grolmann e v. Buri) em PESSOA, Nelson. **La Tentativa**: distinción entre actos preparatorios y actos de ejecución de delitos. 2ª ed., atual. Buenos Aires: Editorial Hammurabi S. R. L., 1998, p.36, nota 8. O último (v. Buri) também é indicado como partidário da concepção em comento em ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Da Tentativa**: doutrina e jurisprudência. 8ª ed., rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.47.

subjetivistas: teorias subjetivistas "puras"¹⁰⁹, e teorias subjetivistas da Escola Positiva Italiana Na doutrina brasileira mais atualizada, não há defensores destas correntes.

4.2.1. Teorias subjetivistas "puras"

Os autores que encampam as teorias subjetivistas "puras", representados por v. Buri¹¹⁰ e v. Liszt¹¹¹, posicionam-se no sentido de que o elemento de cunho subjetivo que deve ser buscado para a diferenciação entre atos preparatórios e atos de execução seria a exteriorização inequívoca da *voluntas sceleris*.¹¹² É imprescindível mencionar que o traço distintivo das teorias subjetivas "puras" reside no fato de que é o significado do ato *para o autor* o critério a partir do qual serão diferenciados atos preparatórios e atos de execução.¹¹³ Em outras palavras: as teorias subjetivas puras são aquelas que elevam "(...) o critério individual do autor a determinante do limite do proibido".¹¹⁴

O maior problema da concepção subjetivista pura diz respeito ao fato de que, sem balizas de cunho objetivo, o início de execução seria definido pelo próprio agente do fato. Seriam atos de execução aqueles que, de acordo com a representação do ator, sejam por ele

¹⁰⁴ Mencionado em MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal**: parte geral. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.341.

¹⁰⁵ LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. V.I. Brasília: Senado Federal; Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006.

¹⁰⁶ BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klaus. **Direito Penal**: parte geral. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

¹⁰⁷ FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal**: o criminoso e o crime. 1ª ed. Campinas: Russell, 2003.

¹⁰⁸ GARÓFALO, Raffaele. **La Criminologia**: estudio sobre el delito y la teoria de la represión. Buenos Aires; Montevideo: Editorial B de F, 2005, p.264 e ss.

¹⁰⁹ Desde logo deve ser explicado o uso de aspas neste contexto: nenhuma das teorias do início de execução é puramente subjetiva ou objetiva, eis que a referência a aspectos objetivos por parte das teorias subjetivas, e vice versa, é inevitável. Neste sentido: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal**: parte general. 2ª ed. Buenos Aires: EDIAR, 2004, p.825.

¹¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Da Tentativa**: doutrina e jurisprudência. 8ª ed., rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.47.

¹¹¹ LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. V.I. Brasília: Senado Federal; Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006

¹¹² HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. V.I. T.II. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p.79.

¹¹³ Neste sentido, vejam-se: BECKER, Marina. **Tentativa Criminosa**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004, p.135; PESSOA, Nelson. **La Tentativa**: distinción entre actos preparatorios y actos de ejecución de delitos. 2ª ed., atual. Buenos Aires: Editorial Hammurabi S. R. L., 1998, p.37; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, *et al.* **Direito Penal Brasileiro**: parte geral: princípios fundamentais e sistema. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.579.

¹¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Da Tentativa**: doutrina e jurisprudência. 8ª ed., rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.47.

assim considerados. Não se faz referência ao tipo penal ou à necessidade de exposição a perigo de um bem jurídico. Assim, por falta dessas referências, a adoção do critério subjetivista puro implica desrespeito ao princípio da legalidade e, também, ao princípio da ofensividade. Isto põe em risco a segurança jurídica e pode ser causa de grande subjetivismo no momento do julgamento por parte dos magistrados. Por tais razões, é inaceitável a teoria subjetivista pura.

4.2.2 Teorias subjetivistas da escola positiva italiana

Os partidários da escola positiva italiana defenderam uma concepção subjetivista peculiar em suas obras, sendo tal concepção bastante próxima da teoria subjetivista pura. Garófalo, por exemplo, afirmou:

Nossa doutrina sobre a tentativa se aproximada da teoria denominada subjetiva, defendida por vários autores alemães (Herz, Schwarze, Von Buri, Liszt). Segundo foi estabelecido no Direito romano, na tentativa é a intenção que tem valor, e o fato material não tem nenhum. Desde o momento em que não existe dano, não é possível castigar nada além da vontade. Portanto, pouco importa que esta [a vontade] tenha se servido de um meio que não oferecia possibilidades de êxito.¹¹⁵

Ferri, por sua vez, sustentou:

Quando a intenção criminosa se manifesta como operosa vontade de chegar à consumação de um crime, começa então a fase de execução criminosa – primeiramente, execução mais remota e, depois, mais próxima do ato consumativo – motivo porque pelos clássicos se distinguiu na fase dos atos preparatórios e na fase dos atos executivos (em sentido tecnicamente jurídico). É sobre este ponto que na avaliação jurídico-penal da ação física se observa a diversidade da orientação tradicional que atende somente à objetividade material dos atos, destacando-os da pessoa que os realiza, em face da orientação e método positivo, que atende à

¹¹⁵ GARÓFALO, Raffaele. *La Criminología*. Op. cit., p.265. Tradução livre. Texto no original: “Nuestra doctrina sobre la tentativa se aproxima a la teoría llamada subjetiva, que sostienen varios escritores alemanes (Herz, Schwarze, Von Buri, Liszt). Según ya se había establecido en el Derecho romano, en la tentativa, es la intención lo que tiene valor, y el hecho material no tiene ninguno. Desde el momento em que no existe daño, no es posible castigar más que la voluntad; por tanto, poco importa que ésta se haya servid de un médio que no ofrecía probabilidade de êxito”.

objetividade dos atos, mas como sintoma e expressão da personalidade delinquente, deles inseparável. (...) Para a escola positiva, como todos os delinquentes, em qualquer forma ou grau enfermos ou são de mente, estão sujeitos a sanção repressiva, também todos os atos em qualquer grau ou forma de realização externa do pensamento criminoso são puníveis; porque são a execução de um propósito criminoso e não são atos indiferentes ou legítimos (...). Também com os atos preparatórios a realização do propósito criminoso e portanto a execução de um crime é já principiada e portanto quem os realiza deve sofrer-lhe a sanção.¹¹⁶

Observa-se nas posições de Ferri e de Garófalo que o início de execução ocorre com a simples manifestação de um propósito criminoso. Trata-se de um sintoma da periculosidade do autor. Isto faz com que a diferenciação entre atos preparatórios e atos de execução desapareça.

A posição dos partidários da escola positiva é marcada por uma série de problemas de grande monta.

Em primeiro lugar, a ausência de referência aos tipos penais da parte especial, e a falta de balizas objetivas faz com que esta teoria desrespeite de maneira indelével o princípio da legalidade, o que gera grandes possibilidades de arbítrio judicial.

Em segundo lugar, a ausência de considerações sobre a lesividade da conduta, relativamente à necessidade de perigo para determinado bem jurídico para que se possa falar em tentativa, implica inobservância patente do princípio da ofensividade.

Em terceiro lugar, ao mesmo tempo em que se equiparam atos preparatórios e atos de execução (eis que ambos seriam, para os partidários desta posição, manifestações de um propósito criminoso), permite-se a punição de condutas na forma tentada ainda que o meio escolhido pelo agente seja considerado pelo julgador como absolutamente ineficaz para a produção do resultado pretendido. Neste sentido, vejam-se as críticas de Cirino dos Santos a esta teoria:

É óbvio que a natureza preparatória ou executiva das ações realizadas depende do plano do fato e, portanto, da representação do autor, mas a ausência de parâmetros objetivos para identificar a representação do autor cria problemas insuperáveis: amplia a tentativa punível na direção da tentativa inidônea e reduz o espaço das ações preparatórias, permitindo,

¹¹⁶ FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Penal**. *Op. cit.*, p.466-467.

por exemplo, a punição da tentativa de aborto com meio [absolutamente] ineficaz em mulher não grávida, suficiente para a vontade hostil ao direito contida na representação do autor.¹¹⁷

Resta claro, neste ponto, que as teorias subjetivistas da escola positiva italiana não são adequadas ao direito positivo brasileiro, pois este consagra expressamente a atipicidade do crime impossível em virtude da absoluta ineficácia do meio ou da absoluta impropriedade do objeto.

Em quarto e último lugar, ao tratar da questão dos limites da tipicidade através de critérios vinculados a uma suposta manifestação da periculosidade do autor, reveste-se esta teoria de um caráter extremamente autoritário, vinculado ao chamado direito penal de autor.

Assim, em suma, é absolutamente inadequada a utilização da teoria cunhada pelos partidários da escola positiva italiana para fins de definição dos atos de execução. Isto, em virtude de tal teoria desrespeitar os princípios da legalidade e da ofensividade, consagrados constitucionalmente, e não ser adequada ao ordenamento jurídico-penal brasileiro, além de consagrar um direito penal de autor.

Com toda razão, portanto, o abandono completo das teorias de cunho subjetivista na doutrina jurídico-penal brasileira.

4.3. Teoria da Univocidade

Francesco Carrara foi o responsável por várias teorias relativas ao início de execução na tentativa criminosa¹¹⁸. Nesta seção, será abordada a principal teoria por ele cunhada: a teoria da univocidade.

¹¹⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**. *Op. cit.*, p.383.

¹¹⁸ Sobre a obra de Carrara em torno do tema da tentativa criminosa, Frías Caballero aponta precisa bibliografia: "*La bibliografía carrariana es copiosa en materia de tentativa. Consúltese en lo que toca a nuestro tema especialmente: Programma del Corso di Diritto Criminale, parte generale, t. I, Firenze, Fratelli Camelli, 1907, 10ª edición, parág. 356 y ss.; parág. 393, págs. 366 y ss.; Opúscoli di Diritto Criminale, Firenze, Fratelli Camelli, 1898, t. I, págs. 439 y ss.; Teoría de la Tentativa y de la Complicidad o del Grado em la Fuerza Física del Delito, Madrid, Góngora, 1877, trad. Esp. De Vicente Romero Girón; Atti Preparatorii em Reminiscenze de Catedra e Foro, Lucca, 1883*" (FRÍAS CABALLERO, Jorge. **El Proceso Ejecutivo del Delito**. *Op. cit.*, p.88, nota 70).

Sobre a tentativa criminosa, afirmou Carrara:

Defino a tentativa (conato, atentado) como qualquer ato externo que, por sua natureza, conduza inequivocamente a um resultado criminoso e que o agente dirija com vontade explícita para este resultado, mas ao qual não segue o mesmo evento, nem a lesão de um direito superior ou equivalente ao que se queria violar.¹¹⁹

Observa-se na definição de tentativa proposta por Carrara a exigência de atos inequívocos dirigidos ao resultado lesivo. Torna-se necessário verificar o que o autor entende por inequívocidade. Nelson Pessoa assim sintetiza a definição de Carrara:

O ato será de tentativa se do contexto em que ele é produzido se pode deduzir que o mesmo está encaminhado necessariamente – univocamente – ao delito; certeza que não se pode obter somente de subjetividades do autor, ainda que este confesse sua intenção criminal, a univocidade surge do objetivo, das circunstâncias.¹²⁰

O grande problema da definição de Carrara é a falta de uma pauta para definir a univocidade que caracteriza os atos de execução, o que torna esta teoria imprecisa conceitualmente¹²¹.

Na doutrina jurídico-penal brasileira, tal teoria encontra-se em grande desuso. Ainda encontram-se, porém, autores atuais defendendo a teoria da univocidade¹²².

Nenhuma das teorias expostas nesta seção, como visto, deve ser esposada. Assim, torna-se necessário analisar e criticar outras vertentes teóricas, notadamente, aquelas de cunho objetivo e objetivo-subjetivo.

¹¹⁹ CARRARA, Francesco. **Programa de Derecho Criminal**: parte general. T. I, §365, *apud* PESSOA, Nelson R. **La Tentativa**. *Op. cit.*, p.39. Tradução livre. Texto original: “Defino la tentativa (conato, atentado) como cualquier acto externo que por su naturaleza conduce inequivocamente a un resultado criminoso y que el agente dirige con explícita voluntad a este resultado, pero al cual no le sigue el mismo evento, ni la lesión de un derecho superior o equivalente al que se quería violar”.

¹²⁰ PESSOA, Nelson. **La Tentativa**. *Op. cit.*, p.40.

¹²¹ PESSOA, Nelson. **La Tentativa**. *Op. cit.*, p.40.

¹²² A teoria é adotada em: MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César O. G. **Comentários ao Código Penal**: à luz da doutrina e da jurisprudência. Doutrina comparada. Leme: J. H. Mizuno, 2012, p.107.

5 TEORIAS OBJETIVAS E SUA CRÍTICA

5.1 Teoria Objetivo-Formal

A teoria objetivo-formal (ou objetiva própria¹²³, ou da ação típica¹²⁴), cunhada por Beling¹²⁵, e adotada na Alemanha por Zu Dohna, v. Hippel e Schönke¹²⁶, é a teoria a partir da qual foi construída a discussão atual sobre o problema do início de execução¹²⁷. Seus defensores sustentam que o início da execução nada mais seria que um início de realização do núcleo do tipo penal¹²⁸. Na obra de Beling é possível verificar a defesa desta vertente teórica na seguinte passagem:

A forma acessória *tentativa* – por oposição ao delito *consumado* –, vincula-se com as figuras delituosas autônomas às quais a tentativa se refere, de modo que o *delito-tipo* da correspondente figura só é representado em um simples *começo de execução*, CP, 43 (do CP, de 1810: “*commencement d’exécution*”), ou seja, que no lugar, por exemplo, do requisito “matar a um homem”, está o requisito de começar a “matar um homem”.¹²⁹

Esta teoria estabelece “(...) como ponto de partida que um Direito Penal de tipo só deve sancionar condutas a ele adequadas e que o tipo da tentativa só tem por objeto apreender aquelas condutas que realizam de forma incompleta o fato descrito como delito consumado (...).”¹³⁰

A distinção entre atos preparatórios e atos de execução seria realizada da seguinte maneira: todos os atos contidos no núcleo do tipo penal seriam atos de execução, enquanto

¹²³ BECKER, Marina. **Tentativa Criminosa**. *Op. cit.*, p.145.

¹²⁴ PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. V. I. 7ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.462.

¹²⁵ PESSOA, Nelson. **La Tentativa**. *Op. cit.* p.41.

¹²⁶ VARGAS, José Cirilo. **Instituições de Direito Penal**. *Op. cit.*, p.417.

¹²⁷ “Em perspectiva histórico-dogmática, o ponto de partida da discussão entre actos preparatórios e actos de execução encontra-se nas chamadas teorias formais objectivas (*sic*) (...)” (FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Direito Penal**. *Op. cit.*, p.696). Em sentido idêntico: FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, *et al.* **Direito Penal Brasileiro**. *Op. cit.*, p.579.

¹²⁸ Dentre vários outros, veja-se: SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal**. *Op. cit.*, p.381.

¹²⁹ BELING, Ernst von. **Esquema do Direito Penal**: a doutrina do delito-tipo. Campinas: Servanda, 2010, p.104. Grifos nossos.

¹³⁰ PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. *Op. cit.*, p.462.

que todos os atos que estiverem fora do núcleo são meros atos preparatórios e, portanto, atípicos.¹³¹

Haveria tentativa de furto, por exemplo, quando se iniciasse a prática de atos de subtração da coisa (eis que o núcleo do tipo penal previsto no art. 155 do Código Penal brasileiro é *subtrair*); haveria tentativa de homicídio quando fosse iniciada a prática de atos que expressem o núcleo típico *matar* (previsto no art. 121 do Código Penal brasileiro) etc.

Deve-se frisar que os atos que configuram o início de execução devem representar apenas parte¹³² da conduta típica, pois, caso representem a totalidade da figura típica descrita na Parte Especial do Direito Penal, haveria crime consumado e não tentado. É o que afirma Pavón Vasconcelos:

Ernst Beling reduz o problema do começo de execução à relação direta entre o ato e a atividade prevista no núcleo do tipo. Ao esgotar a ação do núcleo, o delito se consumaria em virtude de ter sido realizado, por exemplo, “o matar” ou “o roubar”, ações integrantes dos núcleos dos tipos de homicídio e roubo. Dado que cada núcleo tem uma periferia, a qual não esgota a ação típica, quem começa a realizar o verbo nuclear, começa a executar a ação particular do tipo.¹³³

Trata-se de teoria ainda amplamente aceita na doutrina jurídico-penal brasileira. Grande número de autores afirma ter o Código Penal brasileiro, em seu art. 14, II, consagrado a teoria formal-objetiva¹³⁴.

¹³¹ FRÍAS CABALLERO, Jorge. **El Proceso Ejecutivo del Delito**. *Op. cit.*, p.140. O mencionado autor é partidário da teoria objetivo-formal, afirmando que “*Esta doctrina objetivo-formal merece franca acogida (...)*” (p.141), e fazendo algumas pequenas modificações que não alteram sua essência.

¹³² BECKER, Marina. **Tentativa Criminosa**. *Op. cit.*, p.145; PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. *Op. cit.*, p.462.

¹³³ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. **Breve Ensayo Sobre la Tentativa**. *Op. cit.*, p.50-51. Tradução livre. Texto original: “*Ernesto Beling reduce el problema del comienzo de ejecución a la relación directa entre el acto y la actividad expresada en el verbo núcleo del tipo. De agotar la acción dicho núcleo, el delito se consumaría al haberse realizado, por ejemplo, ‘el matar’, o ‘el robar’, acciones integrantes de los núcleos de los tipos de homicidio y robo. Dado que cada núcleo tiene una periferia, la cual no agota la acción típica, quien comienza a realizar el verbo núcleo, comienza a ejecutar la acción particular del tipo*”.

¹³⁴ São autores que defendem como correta a utilização da teoria formal-objetiva para a delimitação dos atos de execução no Brasil, dentre outros: BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 17ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p.526 (observe-se que Bitencourt aponta a necessidade de complementar a teoria objetivo-formal, mas sustenta ter sido ele adotada no art. 14, II, do Código Penal); MOURA TELLES, Ney. **Direito Penal**: parte geral. V. I. São Paulo: Atlas, 2004, p.211; LOPES, Jair Leonardo. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 4ª ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.164; MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**: parte geral. V. I. 27ª ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2011, p.143; MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. V. II. Campinas: Millenium, 2002, p.335; NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito Penal**. V. I. 36ª ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2001, p.126;

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça já se decidiu com fulcro na teoria objetivo-formal, mas a questão não se encontra pacificada. Veja-se, neste sentido, a literalidade do aresto que segue:

Verifica-se, assim, com a leitura dos fundamentos do voto condutor acima transcrito, que o Tribunal a quo optou pela condenação na forma tentada diante da dúvida quanto à prova da materialidade do delito imputado na denúncia. Júlio Fabbrini Mirabete ensina que "A tentativa é a realização incompleta do tipo penal, pois o agente pratica atos de execução, mas não ocorre a consumação por circunstâncias alheias à vontade do agente. Seus elementos são, portanto: (a) ato de execução; (b) não-consumação por circunstâncias alheias à vontade do agente; (c) dolo. Situa-se, assim, no iter criminoso, a partir da prática de um ato de execução, desde que não haja consumação por circunstâncias independentes da vontade do agente. Se a consumação não ocorre por vontade do agente configura-se a desistência voluntária ou o arrependimento eficaz e não a tentativa" (Código Penal Interpretado, 5ª ed., Ed. Atlas S/A, p. 161). Dessa forma, mesmo considerando que o iter criminis é composto de cogitação, atos preparatórios, atos de execução e consumação, segundo Celso Delmanto, "Na prática, é importante observar o verbo (núcleo) que indica o comportamento punível, para verificar se houve ou não tentativa. Nem a cogitação do crime nem os atos preparatórios são puníveis, em vista do critério do art. 14, inc. II, do Código Penal" (Código Penal Comentado, 6ª ed., Ed. Renovar, p. 25). De fato, conforme entendimento jurisprudencial, inclusive deste Superior Tribunal, "Acerca da tentativa, causa de adequação típica mediata, (...) Exigindo a lei atos de execução, não aceitou a teoria subjetiva ou voluntarista, que se contenta com a exteriorização da vontade através da prática de atos preparatórios; nem com a sintomática, que se

FERRACINI, Luiz Alberto. **Da Tentativa**: doutrina, prática, jurisprudência. São Paulo: Editora de Direito, 1996, p.42; PIRES, Ariosvaldo de Campos. **Compêndio de Direito Penal**. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.126; CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral. V. I. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.268; DELMANTO, Celso, *et al.* **Código Penal Comentado**. 8ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p.137; DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 3ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.408. Frise-se que o último autor citado se equivoca quanto à nomenclatura utilizada em sua obra, além de se equivocar também quanto à teoria adotada por Welzel, e, não bastassem tais enganos, confunde a teoria objetivo-formal com a teoria objetivo-individual. Veja-se: "A opinião predominante funda-se em dois critérios: a) o do ataque ao bem jurídico tutelado; b) o do início da realização do tipo. O primeiro é de natureza material; o segundo formal. Para evitar incertezas a que estaria exposta a justiça criminal nos casos correntes, o critério formal é o mais adequado. Esta é a lição de Welzel: 'La tentativa comienza con aquella actividad con la cual el autor, según su plano delictivo, se pone en relación inmediata con la realización del tipo delictivo' (Derecho Penal Alemán, p.224). Observe-se, em primeiro lugar, que a nomenclatura correta das teorias mencionadas seria, respectivamente, teoria objetivo-material e teoria objetivo-formal (ou formal-objetiva). Em segundo lugar, Welzel defende em sua obra a teoria objetivo-subjetiva ou objetivo-individual, e não a teoria formal-objetiva, como veremos. E, em terceiro e último lugar, inadmissível a equiparação entre as teorias formal-objetiva e objetivo-individual. Por fim, deve-se apontar, ainda, que também Noronha incorre em erro ao afirmar que Beling e Welzel defendem a mesma teoria (NORONHA, Edgar Magalhães. Questões acerca da tentativa. *In: Estudos de Direito e Processo Penal em Homenagem a Nelson Hungria*. Rio de Janeiro: Forense, 1962, p.236). A coincidência entre os pontos de vista de Beling e de Welzel diz respeito apenas ao fato de ambos defenderem teorias de cunho objetivo.

satisfaz simplesmente com a periculosidade subjetiva manifestada. Foi aceita a teoria objetiva, exigindo um início típico de execução' (in Direito Penal, Damásio Evangelista de Jesus, 1º volume, Parte Geral, 22ª edição, revista e atualizada, 1999, Editora Saraiva, página 330)" (HC 16.153/RJ, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, DJ 27/5/2002, p. 200).¹³⁵

No Tribunal de Justiça de Minas Gerais a questão do início de execução também não se encontra pacificada. É de se observar, contudo, que recentes acórdãos esposaram como correta a teoria objetivo-formal, conforme é possível verificar abaixo:

Ao contrário, a prova dos autos é no sentido que Antônio Carlos Dias foi surpreendido pelos policiais militares antes de praticar qualquer ato executório, sendo que as redes ainda foram encontradas em seu poder, não estando sequer armadas na beira do rio. Melhor sorte não assiste ao Ministério Público quanto à tese de desclassificação do delito para sua modalidade tentada. É que, sem mesmo adentrar na polêmica quanto à possibilidade do reconhecimento da tentativa em crimes como o ora em análise, verifica-se que Antônio Carlos Dias não praticou nenhum ato de execução, pois, repita-se, não chegou a armar as redes ou qualquer outra conduta deste tipo. Por atos preparatórios devem-se entender aqueles que começam a exteriorizar a intenção do agente, no entanto, sua conduta só será punível quando iniciados os atos de execução, vale dizer, a ação descrita no verbo-núcleo do tipo penal, in casu, subtrair. A esse respeito ensina Fernando Galvão ensina: 'Oriunda da estrita observância ao princípio da reserva legal, sustenta que a tentativa só tem início com a realização de parte da conduta descrita pelo verbo-núcleo do tipo. Com base nessa perspectiva, o ato executório é aquele que pode ser descrito pelo verbo-núcleo do tipo e o ato preparatório é aquele que, não podendo ser descrito pelo verbo, viabiliza a realização do ato executório'. (Direito Penal - Parte Geral, ed. Impetus, 1ª edição, 2004., Pág. 775).¹³⁶

¹³⁵ STJ. Quinta Turma. **HC 41621/RJ (2005/0019019-0)**. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. Julg. 06 Dez. 2005. Publ. 10 Abr. 2006. Grifos nossos. Observe-se que, neste acórdão, confundiram-se teorias relativas ao fundamento da punição do crime tentado com teorias relativas ao início de execução. Contudo, resta clara a opção proposta pelo Relator. A teoria objetivo-formal também foi adotada nos seguintes arestos: STJ. Sexta Turma. **HC 16153/RJ (2001/0026188-4)**. Rel. Min. Hamilton Carvalhido. Julg. 04 Set. 2001. Publ. em 27 Mai. 2002; STJ. Terceira Seção. **CC 56209/MA**. Rel. Min. Laurita Vaz. Julg. 14 Dez. 2005. Publ. em 06 Fev. 2006; STJ. Quinta Turma. **HC 83203/PR**. Rel. Des. Jane Silva (convocado do TJMG). Julg. 18 Out. 2007. Publ. em 05 Nov. 2007. (nestes dois últimos arestos o Tribunal não mencionou diretamente a teoria, mas adotou seus postulados). Em outro julgamento, a Quinta Turma do STJ considerou que o Código Penal Brasileiro teria adotado uma das teorias objetivas do início de execução, apontando como possíveis para solucionar o caso concreto que lhe foi apresentado a teoria objetivo-formal e a teoria do ataque ao bem jurídico (que será objeto de análise nesta seção), não optando dentre elas. Confirma-se: STJ. Quinta Turma. **REsp 1178317/RS**. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Julg. 26 Out. 2010. Publ. em 13 Dez. 2012.

¹³⁶ TJMG. 3ª Câmara Criminal. **Ap. Crim. 1.0223.07.217298-2/001**. Rel. Des. Maria Luíza de Marilac. Julg. 13 Nov. 2012. Publ. em 23 Nov. 2012. Grifos nossos. Frise-se que Fernando Galvão não esposa a teoria objetivo-formal. Para comprovação desta assertiva, veja-se a seção 5.3. Também adotando a teoria objetivo-formal, veja-se: TJMG. 2ª Câmara Criminal. **Ap. Crim. 1.0153.04.032833-5/001**. Rel. Des. José Antonino Baía Borges. Julg. 20 Mar. 2010. Publ. em 09 Jul. 2010.

Antes das críticas cabíveis, deve-se apontar que a teoria objetivo-formal vincula-se às teorias “causalistas” (causal-naturalistas e neokantistas) do delito. Esta afirmação dá-se em virtude do fato de que a teoria em comento não leva em consideração o dolo do agente para caracterizar a tentativa. Nas referidas teorias “causalistas”, considerações sobre o dolo eram realizadas no estrato da culpabilidade, e não no estrato da tipicidade¹³⁷.

Dentre os autores brasileiros que defendem a teoria objetivo-formal, há vários partidários do finalismo penal¹³⁸. Tais autores, entretanto, se encontram em posição incoerente com a teoria do delito da qual são partidários. A teoria objetivo-formal somente é defensável isoladamente no contexto das apontadas teorias “causalistas”. Sobre o ponto, afirma Greco, criticando ainda alguns dos adeptos do finalismo penal no Brasil:

(...) o finalismo foi aqui indevidamente simplificado e complicado: simplificou-se ao omitir quase toda a fundamentação filosófica da teoria, bem como quase todas as suas consequências além do posicionamento do dolo no tipo: o exemplo mais claro é que o Código Penal de 1984, que todo mundo diz ter “adotado o finalismo”, continuou a excluir o dolo no caso de discriminantes putativas, no chamado erro de tipo permissivo (art. 20, §1º). O fato de que isso não seja, em princípio, compatível com o finalismo, que defendeu enfaticamente a teoria estrita da culpabilidade, pouco foi visto entre nós. Outro exemplo: é no mínimo estranho que, apesar de a generalidade dos autores brasileiros dizer-se finalista ao menos já há duas décadas, consequências diretas do finalismo, como a teoria do domínio do fato ou a teoria individual objetiva [ou objetivo-subjetiva] da tentativa, comecem a difundir-se no Brasil só recentemente. Tem-se a impressão de que realmente a nossa doutrina dominante reduziu o finalismo à única ideia de posicionar o dolo no tipo – algo que o finalista Armin Kaufmann há trinta anos considerara insuficiente para caracterizar o finalismo! Mas, além destas indevidas simplificações, complicou-se por outro lado a teoria, alegando dela decorrer a amputação da culpabilidade do conceito de crime.¹³⁹

¹³⁷ Deve-se apontar, contudo, que, antes de Welzel, Alexandre Graf Zu Dohna e Hellmuth von Weber já haviam proposto a incorporação do conteúdo da vontade ao tipo, convertendo a culpabilidade em reprovabilidade pura. Welzel aperfeiçoa e dissemina esta visão a partir da década de 1930 com o advento do finalismo (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. *Op. cit.*, p.346).

¹³⁸ Por exemplo, dentre outros: CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. *Op. cit.*, p.135; DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**. *Op. cit.*, p.387; MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. *Op. cit.*, p.86-88.

¹³⁹ GRECO, Luís. **Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.16-17. A afirmação de que a adoção da teoria objetivo-individual é consequência da adoção do finalismo como marco teórico também é sustentada por Eduardo Correia, conforme é possível verificar na seguinte passagem: “Foram contudo Welzel e sua escola quem, na base de que logo a ‘natureza das coisas’ obrigaria a

Feitas tais considerações, passa-se a criticar a teoria objetivo-formal.

5.1.1 Crítica da teoria objetivo-formal

Considerando-se que a teoria formal-objetiva estabeleceu o ponto de partida da atual discussão acerca do início dos atos de execução, impõe-se redobrada cautela na abordagem de seus méritos e falhas.

Em primeiro lugar, aponte-se que a teoria objetivo-formal encontra-se fortemente vinculada ao conteúdo dos tipos penais e, conseqüentemente, ao princípio da legalidade em matéria criminal, o que, indiscutivelmente, lhe é absolutamente favorável¹⁴⁰. É um mérito o respeito à função de garantia dos tipos penais (e, também, à função constitutiva do princípio da legalidade¹⁴¹), através dos quais são descritas de maneira objetiva as condutas proibidas criminalmente. Assim, enquanto “(...) linha de orientação fundamental não parece poder este critério ser contestado”¹⁴².

Observe-se também que, comparada às teorias de cunho subjetivo, a teoria objetivo-formal mostra-se muito mais propícia para que sejam mantidos níveis de segurança jurídica melhores. Isto, em virtude do fato de que a tipicidade do crime tentado restaria configurada

construir o conceito de tentativa em moldes finalísticos (...)” (CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal**. V. II. Coimbra: Almedina, 2008, p.231).

¹⁴⁰ PESSOA, Nelson. **La Tentativa**. *Op. cit.*, p.41-42; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. **Direito Penal Brasileiro**. *Op. cit.*, p.579.

¹⁴¹ ROXIN, Claus. **Teoría del Tipo Penal**: tipos abiertos y elementos del deber jurídico. Buenos Aires: Depalma, 1979, p.170. No Brasil, Vargas afirma sobre a função de garantia dos tipos penais: “A garantia é uma das funções que a generalidade da doutrina atribui ao tipo (...). Se o tipo descreve o comportamento proibido, e se o art. 1º do Código Penal estabelece que ‘não há crime sem lei anterior que o defina’, segue-se que ao lado dos tipos penais e fora deles não existe nenhuma conduta punível: é sua primeira e principal função, a de garantia, que os sistemas penais democráticos e contemporâneos asseguram ao cidadão” (VARGAS, José Cirilo de. **Do Tipo Penal**. *Op. cit.*, p.48. Grifos nossos.). Em sentido similar, referindo-se à função de garantia do Direito Penal dado pelo princípio da legalidade: LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. *Op. cit.*, p.23. Sobre a função de garantia decorrente do princípio da legalidade, afirma Nilo Batista: “Sem dúvida, a principal função do princípio da legalidade é a função constitutiva, através da qual se estabelece a positividade jurídico-penal, com a criação do crime (pela associação de uma pena qualquer a um ilícito qualquer). Nem sempre se percebe que o princípio da legalidade não apenas exclui as penas ilegais (função de garantia), porém ao mesmo tempo constitui a pena legal (função constitutiva)” (BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. *Op. cit.*, p.68).

¹⁴² FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Direito Penal**. *Op. cit.*, p.696.

em razão de condutas objetivadas na realidade, além de se tomar como padrão de verificação do início de execução um tipo penal, e não considerações de cunho subjetivo que possibilitariam aos julgadores, como demonstrado, ampla margem de discricionariedade.¹⁴³ Ocorre, contudo, que, apesar dos grandes méritos da teoria objetivo-formal, no sentido de ser absolutamente coerente com a necessidade de respeito ao princípio da legalidade, reveste-se esta de graves problemas que impossibilitam sua adoção. Apesar de mais propícia a assegurar a segurança jurídica, seus problemas não permitem que se atinja um nível aceitável quanto a esta questão¹⁴⁴.

O primeiro destes problemas diz respeito ao fato de que tal teoria, por estar vinculada a concepções ‘causalistas’ de Direito Penal, não leva em consideração o dolo do agente para a finalidade de diferenciar atos preparatórios e atos de execução. Isto ocorre em virtude da posição sistemática do dolo nos sistemas ‘causalistas’, eis que, tanto no causal-naturalismo, quanto no neokantismo, as considerações acerca do dolo eram realizadas no estrato da culpabilidade. Essa situação inviabilizaria, inclusive, distinguir na prática ações objetivamente iguais, mas com finalidades diferentes. É o que afirma Cirino dos Santos:

O problema fundamental da teoria objetiva formal é a exclusão do dolo para caracterizar a tentativa: o dolo pode ser igual em todas as fases do fato punível, mas sem o dolo é impossível distinguir ações de forma igual com conteúdos diferentes – por exemplo, somente o conteúdo da vontade do autor indica se o ferimento produzido na vítima constitui lesão corporal consumada ou homicídio tentado.¹⁴⁵

Acerca da necessidade de referência a elementos de cunho subjetivo para o fim de diferenciar atos preparatórios e atos de execução, preleciona Scarano:

O fim satura, anima toda a ação. Na tentativa, o fim não está, como o dolo específico, for fora do fato, como um apêndice de natureza psicológica que determina a existência do delito, senão é o elemento primeiro e indispensável de onde nasce toda a reconstrução psicológica da realidade fenomênica e que dá vida à hipótese normativa. (...) A existência do fim é elemento essencial para a noção de tentativa. Tanto é assim que na *aberratio ictus* a ação que se desvia, precisamente porque sempre está animada

¹⁴³ PESSOA, Nelson. **La Tentativa**. *Op. cit.*, p.42.

¹⁴⁴ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. **Direito Penal Brasileiro**. *Op. cit.*, p.580.

¹⁴⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**. *Op. cit.*, p.381-382. Em sentido idêntico: BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**. *Op. cit.*, p.663.

pela finalidade de cometer um delito, pode ser surpreendida na etapa da tentativa, seja em relação com a vítima pretendida ou em relação com a pessoa lesionada, e é possível a substituição, no quadro da responsabilidade dolosa, de uma pessoa por outra. Na *aberratio delicti*, ao contrário, dado que em lugar do resultado pretendido se apresenta um diverso, ao qual não se dirigia o fim do agente, dito resultado não se pode imputar a título de tentativa em lugar do efeito desejado.¹⁴⁶

Ainda sobre o tema da absoluta necessidade da consideração de elementos de cunho subjetivo para a caracterização dos atos de execução, prossegue Scarano:

Para reconstruir a vida da ação é necessário referir-se ao fim que o agente teve em mira ao cometer o fato. Fim e ato são os elementos indispensáveis para reconstruir a ação (...). Se o caráter e a medida de uma ação se relacionam essencialmente com o fim que a animou, a determinação de tal fim está antes de toda averiguação.¹⁴⁷

Observa-se, com isso, que o critério de definição dos atos de execução deve levar em consideração, necessariamente, elementos de cunho objetivo e subjetivo.

Ainda que a teoria objetivo-formal seja defendida no bojo de uma concepção finalista do delito – o que para alguns afastaria a crítica, ao menos em tese -, deve-se observar que, uma vez adotado um sistema finalista, é seu corolário a teoria objetivo-subjetiva¹⁴⁸.

O segundo problema da teoria objetivo-formal diz respeito à “(...) questão de saber quais as qualidades de que deve revestir-se um concreto acto (*sic*) singular para que possa afirmar-se preencher ele um elemento de tipo de ilícito”¹⁴⁹. Sobre este ponto, afirma Pessoa:

¹⁴⁶ SCARANO, Luigi. **La Tentativa**. *Op. cit.*, p.78-79. Tradução livre. Texto no original: “*El fin satura, anima toda la acción. En la tentativa, el fin no está, como em el dolo específico, por fuera del hecho, como um apêndice de naturaleza psicológica que determina la existencia del delito, sino que es el elemento primero e indispensable de donde nace toda la reconstrucción psicológica de la realidad fenoménica y el que da vida a la hipótesis normativa. (...) La existencia del fin es elemento esencial para la noción de tentativa. Tanto es así que em la aberratio ictus la acción que se desvía, precisamente porque siempre está animada por el fin de cometer um delito, puede ser sorprendida em la etapa de la tentativa, sea en relación com la víctima elegida o en relación com la persona lesionada, y es posible la sustitución, en el cuadro de la responsabilidad dolosa, de una persona por outra. En la aberratio delicti, al contrario, dado que en lugar del resultado querido se presenta uno diverso, al cual no se dirigía el fin del agente, dicho resultado no puede imputarse a título de tentativa em lugar del efecto deseado*”.

¹⁴⁷ SCARANO, Luigi. **La Tentativa**. *Op. cit.*, p.79. Tradução livre. Texto original: “*Para reconstruir la vida de la acción es necesario referirse al fin que el agente ha tenido em mira al cometer el hecho. Fin y acto son los elementos indispensables para reconstruir la acción (...). Si el carácter y la medida de una acción se relacionan esencialmente con el fin que la ha animado, la determinación de tal fin está antes que toda averiguación*”.

¹⁴⁸ Neste sentido, veja-se a nota 111.

¹⁴⁹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Direito Penal**. *Op. cit.*, p.696.

Esta teoria, se for comparada com a tese subjetiva, sem dúvida alguma, tem sobre ela o mérito de respeitar muito mais a segurança jurídica, porque o punível se edifica sobre uma conduta objetivada no mundo e se toma como padrão valorativo dessa realidade o tipo penal (...). Porém, existe um ponto em que esta teoria mostra sua principal falência, e essa segurança à qual nos referimos, e que ela indubitavelmente tende a salvar, lamentavelmente não se concretiza porque esta linha teórica se detém em um momento importante de seu desenvolvimento. Veja-se isto: afirma-se que há tentativa quando se começa a executar o núcleo do tipo. Assim, há tentativa de homicídio quando se começa a matar um homem, é certo, estamos de acordo, porém nos perguntamos: qual é o critério para saber quando se começa a matar? (se é afirmado que o critério reside no tipo penal caímos em um círculo vicioso, e em termos lógicos em um raciocínio incorreto) Em outras palavras, como sabemos ou verificamos que se começou a executar o núcleo do tipo? (...) Esta é, em nossa opinião, a principal deficiência da teoria objetivo-formal: não elaborar uma pauta ou regra racional concreta para determinar de maneira específica o limite entre o punível e o impunível. (...) o problema é saber justamente quando se começou a matar, roubar, etc.¹⁵⁰

Diante deste problema, os defensores da teoria objetivo-formal apresentam duas soluções. A primeira é a daqueles que consideram como adequado para a diferenciação dos atos preparatórios e dos atos de execução o apelo ao significado das palavras que compõe os tipos penais. Assim, diante dos casos concretos, seria levado em consideração o teor literal dos tipos penais para determinar se um ato é de execução, fazendo com que o problema não seja de Parte Geral, mas de Parte Especial do Direito Penal. Ocorre, contudo, que esta resposta, apesar de gerar soluções satisfatórias em casos simples, não é suficiente para resolver as dúvidas envolvendo os chamados ‘crimes de execução livre ou não vinculada’¹⁵¹. Isto porque são diversos os meios e modos através dos quais pode um

¹⁵⁰ PESSOA, Nelson. **La Tentativa**. *Op. cit.*, p.42-43. Tradução livre. Texto original: “Esta teoría, si es comparada con la tesis subjetiva, tiene sobre ella el mérito de ser mucho más respetuosa de la seguridad jurídica, porque lo punible se edifica sobre conducta objetivada en el mundo y se toma como patrón valorativo de esa realidad al tipo penal (...). Pero existe un punto donde esta teoría muestra su principal falencia, y esa seguridad a que nos referimos, y que ella indudablemente tiende a salvar, lamentablemente no se concreta porque esta línea teórica se detiene en un momento importante de su desarrollo. Véase esto: se disse que hay tentativa cuando se comienza a ejecutar el núcleo del tipo. Así, hay tentativa de homicidio cuando se comienza a matar a un hombre, es cierto, estamos de acuerdo, pero nos preguntamos ¿cuál es el criterio para saber cuándo se empieza a matar? (si se nos contesta que es el tipo penal caemos en un círculo vicioso, y en términos lógicos en un razonamiento incorrecto). En otras palabras, ¿cómo sabemos o verificamos que se comenzó a ejecutar el núcleo del tipo? (...) Esta es, em nossa opinião, la principal deficiencia de la teoría formal-objetiva: no elaborar una pauta o regla racional más concreta para determinar en forma específica el límite entre lo punible y lo impune. (...) el problema es saber justamente cuándo se comenzó a matar, robar, etcétera”.

¹⁵¹ FIGUEREDO DIAS, Jorge. **Direito Penal**. *Op. cit.*, p.696-697; SCARANO, Luigi. **La Tentativa**. *Op. cit.*, p.6. Aponta o último autor que, mesmo nos casos em que o crime tenha uma forma de execução bem delineada haverá dificuldades (p.7). Afirma Becker: “A lei não pode determinar, aprioristicamente, o ato executivo típico,

indivíduo praticar tais crimes, o que dificulta sobremaneira a tarefa do intérprete nos casos concretos.

Uma segunda resposta para o problema em comento é a daqueles que afirmam, na esteira de Vogler¹⁵², que, diante das dificuldades em aplicar a teoria objetivo-formal levando-se em consideração o teor literal do núcleo do tipo, deve-se afirmar existir atos de execução sempre que forem praticadas condutas que integrem um elemento constitutivo de um tipo¹⁵³. Contudo, é possível verificar que o problema da imprecisão persiste, pois é possível praticar de diversas maneiras condutas que integrem elementos constitutivos de delitos. Permanece a questão: qual é a característica do ato para que ele seja considerado um ato de execução?

O terceiro problema da teoria objetivo-formal reside no fato de que esta não contempla a necessidade de observância de uma tipicidade material (ofensa – perigo concreto – praticada contra o bem jurídico) para a configuração de um delito. A se defender que o início de execução - que pode implicar na ocorrência de um crime tentado -, prescinde de demonstração de ocorrência de um perigo (concreto) para o bem jurídico, estar-se-ia consagrando a possibilidade de ocorrência de delitos sem ofensividade. Isso, em virtude do fato de ser exigência do princípio da ofensividade a presença de lesão ou de perigo de lesão do bem jurídico para que seja possível afirmar ter existido um crime. É absolutamente necessário respeitar o princípio da ofensividade, consagrado constitucionalmente, o que a teoria objetivo-formal não faz.

nem considerar o processo através do qual o fato se desenvolve. A lei prevê classes, categorias abstratas, nas quais há infinitas possibilidades de cambiantes e variáveis” (BECKER, Marina. **Tentativa Criminosa**. *Op. cit.*, p.147). Ainda, apontando o problema de outra maneira, afirma Alberto Silva Franco: “(...) a ineficácia do critério objetivo [formal] é manifesta quando se trata de crime de forma livre, isto é, quando o legislador não se preocupou em pormenorizar a conduta típica, satisfazendo-se em apontar um determinado resultado, tal como ocorre com a figura do homicídio e tantas outras da Parte Especial. Se a norma penal não descreve, de forma vinculada, uma certa conduta e se resume a explicitar o resultado típico, como verificar se um determinado ato representa, ou não, uma atividade típica? O critério objetivo de correspondência formal com o tipo revela-se, assim, declaradamente insuficiente para diferenciar atos de preparação de atos de execução” (FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. **Código Penal e sua Interpretação**. 8ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.130-131). Em sentido similar: CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal**. *Op. cit.*, p.229.

¹⁵² Citado por FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Direito Penal**. *Op. cit.*, p.697.

¹⁵³ Trata-se de atos que a doutrina considera como existentes em uma ‘zona periférica’ do núcleo do tipo (PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. *Op. cit.*, p.462).

Por fim, inúmeros são os autores¹⁵⁴ que afirmam ser a teoria objetivo-formal extremamente restritiva¹⁵⁵, deixando de fora do conceito de tentativa alguns atos que configurariam, de acordo com eles, início de execução, mas que não significariam início de realização do núcleo do tipo nem prática de condutas integrantes do tipo.

De fato, a teoria consagra um critério bastante restritivo, mas seu mérito é justamente este: busca-se respeitar o princípio da legalidade, ao estabelecer a necessidade de observância dos tipos penais para a verificação da presença de atos de execução. Respeita-se a função de garantia dos tipos penais. Deve-se ter em mente, contudo, que é a partir desta ‘estreiteza’ da teoria que a atual discussão foi construída, sobretudo considerando-se as teorias objetivo-materiais (expostas na próxima seção). Tais teorias objetivo-materiais pretendem complementar a teoria objetivo-formal. É verdade que complementos à teoria objetivo-formal devem ser feitos para que ela se torne minimamente aceitável, inclusive de maneira a permitir o alargamento do conceito de atos de execução. O problema reside no fato de que, sem um complemento de natureza subjetiva, ainda será tal teoria insatisfatória, pelas razões expostas *supra*.

Assim, verifica-se ser inaceitável a adoção da teoria objetivo-formal. A uma, porque tal teoria encontra-se vinculada teoricamente ao ‘causalismo’. A duas, porque desconsidera o dolo do agente, imprescindível para considerações acerca da existência e da caracterização de um delito. A três, por não se revestir de precisão suficiente para permitir ao operador do direito que aponte as razões que fundamentem afirmações no sentido de caracterizar (ou

¹⁵⁴ Dentre outros, vejam-se, por exemplo: BECKER, Marina. **Tentativa Criminosa**. *Op. cit.*, p.149; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal**. *Op. cit.*, p.698; MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal**. *Op. cit.*, p.341; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Da Tentativa**. *Op. cit.*, p.50; NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. *Op. cit.*, p.322. Deve-se observar que Nelson Pessoa não concorda com a crítica relacionada ao caráter restritivo da teoria objetivo-formal. Afirma o penalista argentino: “No compartimos la crítica de ‘estrechez’ hecha a la teoría formal-objectiva. Esto no significa que no admitamos que existe tentativa de violación cuando se ejerce violencia contra la víctima pero, para sostener ello, nuestras razones no son las mismas que la de los críticos de Beling” (PESSOA, Nelson. **La Tentativa**. *Op. cit.*, p.44).

¹⁵⁵ Deve-se observar que após ter sido criticada como restritiva a teoria objetivo-formal, Beling a complementou com o que se denominou ‘tese dos complementos da ação’. Explicando a tese, que se reveste de grande imprecisão, afirma Becker: “Em algumas ocasiões, o agente realiza atos que, isoladamente, são ineficazes para produzir o resultado antijurídico. Ao realiza-las, o sujeito conta com a ocorrência de uma circunstância natural que complementa sua ação, como a presença de algum fenômeno físico, algum ato da vítima ou de terceiros, o transcurso do tempo, etc. A conduta só pode ser devidamente valorada, se tais complementos forem considerados. É o caso do agente que coloca veneno na bebida da vítima. Este ato é apenas preparatório, porém considerando, como seu complemento natural, o hábito da vítima de tomar aquela bebida, a ação adquire caráter de início de execução” (BECKER, Marina. **Tentativa Criminosa**. *Op. cit.*, p.150).

não) determinados atos como início de execução, em virtude de não estabelecer o que significa 'início de realização do núcleo do tipo' ou 'início de realização de elementares típicas'. A quatro, por não respeitar ao princípio da ofensividade, ao não estabelecer como necessária a presença de uma ofensa (na forma de perigo) para o bem jurídico do sujeito passivo do crime. Apesar de ser teoria de cunho bastante restritivo, tem o mérito de respeitar a função de garantia do tipo penal e o princípio da legalidade. E neste ponto é possível extrair uma lição: necessariamente, o critério de delimitação de atos preparatório e atos de execução deve fazer referência aos tipos penais. Se o critério não fizer referência aos tipos penais, não haverá respeito ao princípio da legalidade, perdendo-se a função de garantia dos tipos e do Direito Penal.

Feitas tais considerações, a seguir analisar-se-ão as teorias objetivo-materiais.

5.2 Teorias Objetivo-Materiais

O conjunto de teorias denominadas objetivo-materiais representa uma série de tentativas de complemento e esclarecimento da teoria objetivo-formal, em virtude desta ser, na visão dos defensores daquelas, extremamente restritiva e pouco precisa¹⁵⁶.

A denominação das teorias em comento como objetivo-materiais se dá em virtude da natureza do complemento oferecido por cada uma de suas vertentes à teoria objetivo-formal: os possíveis complementos tem natureza material e trazem critérios valorativos¹⁵⁷ para a solução dos casos concretos controversos.

Destacam-se, dentre diversas variantes, as teorias objetivo-materiais do ataque ao bem jurídico e a chamada 'fórmula de Frank'¹⁵⁸.

¹⁵⁶ PESSOA, Nelson. **La Tentativa**. *Op. cit.*, p.44; FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Direito Penal**. *Op. cit.*, p.698; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Da Tentativa**. *Op. cit.*, p.51; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, *et al.* **Direito Penal Brasileiro**. *Op. cit.*, p.580.

¹⁵⁷ BECKER, Marina. **Tentativa Criminosa**. *Op. cit.*, p.151.

¹⁵⁸ PESSOA, Nelson. **La Tentativa**. *Op. cit.*, p.45. Deve-se apontar que Molina e Gomes tratam de maneira unívoca a teoria do ataque ao bem jurídico e a 'fórmula de Frank', o que é descabido. Apesar de serem ambas teorias de cunho objetivo-material, seus conteúdos são diferentes no que se refere à natureza do complemento que oferecem à teoria objetivo-formal, como restará demonstrado a seguir. Veja-se o equívoco em sua literalidade: "A terceira (material-objetiva ou objetivo-material) aceita que o ato executório se dá tanto

5.2.1 Teoria do ataque ao bem jurídico

A teoria do ataque ao bem jurídico foi idealizada por Max Ernst Mayer¹⁵⁹. Para os partidários desta teoria, o critério utilizado para complementar a teoria objetivo-formal é o ataque sofrido pelo bem jurídico protegido pelo tipo. É o que afirma Scarano:

A tal conclusão chega M. E. Mayer. Em seu entendimento, tentativa é a ação que realiza uma parte, ainda que mínima, do fato descrito na norma penal. Contudo, o sagaz jurista alemão também foi obrigado a confessar que, especialmente nos delitos materiais, este critério de distinção é insuficiente, e que os atos de tentativa puníveis devem ser definidos, às vezes, não através de referência à ação típica prevista pela lei, mas através da referência a um momento precedente à agressão direta e imediata do bem. Pannain admite que não basta a iniciação de uma conduta típica, sendo também necessário que os atos de tentativa sejam reconhecidos como atos que ofendem a integridade do próprio bem'. De outra forma a dificuldade prática seria insuperável, segundo se viu obrigado a confessar Hafter, outro defensor da tese. Com o critério formal deve concorrer um critério substancial para que ambos sirvam para identificar as várias hipóteses de tentativa.¹⁶⁰

No Brasil, encontra-se na doutrina jurídico-penal significativo número de autores que defendem este posicionamento¹⁶¹.

quando o agente realiza o verbo núcleo do tipo como em relação aos atos anteriores, mas vinculados necessariamente com a conduta do verbo do núcleo do tipo. O fundamental é que o bem jurídico entre no raio de ação da conduta perigosa. O critério do risco para o bem jurídico é que o define como ato executório (Frank) (MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal**. *Op. cit.*, p.341).

¹⁵⁹ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**. *Op. cit.*, p.664; MESTIERI, João. **Teoria do Direito Criminal**. *Op. cit.*, p.269; VARGAS, José Cirilo de. **Instituições de Direito Penal**. *Op. cit.*, p.417. Na Itália, defendeu que os atos de execução deveriam representar perigo para o bem jurídico CARNELUTTI, Francesco. **O Delito**. São Paulo: Rideel, 2007, p.169.

¹⁶⁰ SCARANO, Luigi. **La Tentativa**. *Op. cit.*, p.12. Tradução livre. Texto no original: "A tal conclusión llega M. E. Mayer. A su entender, tentativa es la acción que realiza una parte, así sea mínima, del hecho descrito em la norma penal. Pero también el sagaz jurista alemán ha sido obrigado a confessar que especialmente em los delitos materiales este criterio de distinción es insuficiente, y que los actos de tentativa punibles deben ser definidos, a veces, no a través de la referencia a la acción típica prevista por la ley, sino a través de la referencia a um momento precedente a la agresión directa e inmediata del bien. Pannain admite que no basta le iniciación de una conducta típica, sino que es necesario que los actos de la tentativa sean reconocidos 'como actos que agreden la integridade del bien mismo'. De otro modo la dificultad práctica sería insuperable, según se há visto obligado a confesarlo Hafter, outro sostenedor de la tesis. Con el criterio formal debe concurrir um criterio substancial para que ambos sirvan a identificar las varias hipótesis de tentativa."

¹⁶¹ Destacam-se, dentre outros: VARGAS, José Cirilo de. **Instituições de Direito Penal**. *Op. cit.*, p.417; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: a nova parte geral. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p.241; BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. *Op. cit.*, p.155-156; SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida; SALLES, Roberto de

Deve-se enfatizar que a teoria do ataque ao bem jurídico estende o conceito de atos de execução, de maneira a considerar como tais não apenas aqueles que se amoldam ao núcleo do tipo ou a alguma de suas elementares, mas, também, aqueles que sejam imediatamente antecedentes àqueles atos, desde que acarretem perigo (concreto) de dano para o bem jurídico.

No Superior Tribunal de Justiça, a teoria do ataque ao bem jurídico tem sido invocada para afirmar a presença de atos de execução. É o que restou decidido no HC 147729/SP, de relatoria do Min. Jorge Mussi:

A norma de extensão descrita no artigo 14, inciso II, do Código Penal permite a decomposição do *iter criminis* para que, desincumbindo-se o executor de todos os meios eleitos para a prática delituosa, caso o resultado pretendido ou assumido não se verifique por causas alheias à sua vontade, seja responsabilizado pelo perigo que acarretou, com a sua conduta, ao bem jurídico tutelado pela norma penal.¹⁶²

No âmbito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ainda encontram-se acórdãos tratando do tema do início da execução com base no critério do perigo para o bem jurídico.

Por exemplo:

Ocorre que, para a caracterização da tentativa é necessário que o agente pratique atos de execução e que a consumação do delito só não se concretize por circunstâncias alheias à sua vontade. No caso dos autos, considerando a comprovação da existência do elemento volitivo, evidenciado pelos atos preparatórios destinados à prática de furto, o que está em perfeita conformidade com a dinâmica dos fatos apurada, independentemente de não ter havido subtração, a conduta do agente de quebrar o vidro do veículo da vítima, configura sim o início da execução do crime em comento - que não se consumou em razão da interferência de terceiros (por circunstâncias alheias à vontade do agente), restando evidente que o apelante não desistiu voluntariamente de prosseguir com a conduta criminosa. A ação do apelante resultou em perigo real ao bem jurídico tutelado - patrimônio - ultrapassando assim, a fase dos atos meramente preparatórios. Ressalte-se que o fato de não ter tido tempo suficiente para concluir a prática delitiva (pois fora surpreendido pelos transeuntes que "começaram a gritar") não

Almeida. **Direito Penal**: parte geral e parte especial. 10ª ed., ver. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.45-46; MACHADO, Luiz Alberto. **Direito Criminal**: parte geral. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.142-143.

¹⁶² STJ. Quinta Turma. **HC 147729/SP**. Rel. Min. Jorge Mussi. Julg. 05 jun. 2012. Publ. em: 20 jun. 2012. Grifos nossos.

afasta o início da execução; apenas indica que o iter criminis foi interrompido precocemente, conforme, inclusive, reconhecido pelo sentenciante ao aplicar a fração máxima de redução de pena pela tentativa.¹⁶³

Expostas as características fundamentais da teoria do ataque ao bem jurídico, seguem as considerações críticas.

Observe-se, em primeiro lugar, que a teoria do ataque ao bem jurídico tem o mérito de buscar respeitar o princípio da ofensividade em matéria criminal. De fato, é imperioso notar que todo e qualquer delito deve revestir-se de ofensividade (como lesão ou como perigo concreto de lesão para um bem jurídico de terceiro). Considerando-se imprescindível a presença de perigo para um bem jurídico para a caracterização de uma infração penal tentada, verifica-se correta, como ponto de partida, a teoria em comento, inclusive se for levada em conta a discussão acerca do fundamento da punibilidade da tentativa.

Apesar do mérito apontado, a teoria do ataque ao bem jurídico infelizmente padece de graves problemas. Ao mesmo tempo, algumas críticas direcionadas à referida teoria não merecem acolhida, o que será exposto tempestivamente.

Buscou a teoria do ataque ao bem jurídico estabelecer um complemento à teoria objetivo-formal, bastante restritiva, como visto. Assim, a questão da crítica diz respeito à qualidade do complemento: tal complemento necessitaria possibilitar a superação das críticas apontadas na seção relativa à teoria objetivo-formal para que a teoria do ataque ao bem jurídico possa ser adotada. Desde logo, verifica-se que os problemas da teoria objetivo-formal não foram solucionados.

O primeiro obstáculo enfrentado pelos partidários da posição em comento diz respeito ao fato de que esta teoria não definiu quais são as características de um ato de ataque a um bem jurídico, de maneira a possibilitar a verificação de ocorrência de perigo

¹⁶³ TJMG. 7ª Câmara Criminal. **Ap. Crim. 1.0024.11.212528-1/001**. Rel. Des. Cássio Salomé. Julg. 03 Out. 2013. Publ. em 11 Out. 2013. Em sentido similar: TJMG. 7ª Câmara Criminal. **Ap. Crim. 1.0024.10.037682-1/001**. Rel. Des. Cássio Salomé. Julg. 11 Nov. 2010. Publ. em 01 Dez. 2012; TJMG. 4ª Câmara Criminal. **Ap. Crim. 1.0382.09.102440-8/001**. Rel. Des. Júlio César Gutierrez. Julg. 21 Jul. 2010. Publ. em 06 Ago. 2010. Observe-se que a menção ao elemento subjetivo não foi utilizada como critério distintivo para afirmar a existência de atos de execução. Isto faz com que seja possível afirmar que nestes acórdãos não se utilizou uma teoria objetivo-subjetiva, apesar de haver menção a elementos subjetivos.

(concreto) de dano. Quando se estaria diante de perigo (concreto) de dano para o bem jurídico? Sobre este ponto, afirma Becker:

Existindo inevitável gradação no conceito de ofensividade, bem como possibilidade de divergências sobre seu conteúdo, não se pode precisar qual ato acarreta perigo significativo, que o evidencie seguramente como executivo. O critério não consegue precisar em que momento se alcança um grau de risco suficientemente sério e concreto para configurar início de execução. Existem ações que, em bora já sendo típicas, não criam considerável grau de perigo, como a ministração de uma primeira dose de veneno que, isoladamente, seja inofensiva. Neste caso, o agente já iniciou ato de execução, mas não se pode falar na criação de perigo real e efetivo. (...) O perigo é ínsito ao conceito de tentativa e é um dos fundamentos de sua punibilidade. Sua consideração, todavia, não oferece meio de identificação do início de execução. O problema não se resolve através deste critério, que apenas o desloca, remetendo a solução para o arbítrio judicial.¹⁶⁴

De fato: ao não estabelecer o que caracterizaria um ato como causador de perigo para um bem jurídico, a teoria do ataque ao bem jurídico gera imenso arbítrio judicial. Tal afirmação se justifica pelo fato de que este critério tem como finalidade alargar os limites estreitos da teoria objetivo-formal. Ocorre, contudo, que, ainda que teoricamente estreitos os limites da teoria objetivo-formal, o fato de esta não estabelecer quais são as características de um ato que se enquadra em um núcleo típico (ou em sua imediação) faz com que a adoção da teoria do ataque ao bem jurídico amplifique seus problemas, ao invés de reduzi-los¹⁶⁵: ao possibilitar o alargamento de limites desconhecidos (já que não sabemos o que caracteriza a prática de atos que se amoldem ao núcleo do tipo penal, sobretudo em crimes de execução livre), e ao fazê-lo sem estabelecer um critério seguro e preciso, a teoria do ataque ao bem jurídico permite grande dose de arbítrio judicial e insegurança jurídica. Isso porque, em resumo, não se sabe qual é a “(...) medida da perigosidade e da imediação do acto, cuja determinação passa completamente ao lado da teoria em exame”¹⁶⁶.

¹⁶⁴ BECKER, Marina. **Tentativa Criminosa**. *Op. cit.*, p.152-153.

¹⁶⁵ PESSOA, Nelson. **La Tentativa**. *Op. cit.*, p.46-47.

¹⁶⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal**. *Op. cit.*, p.699. Acerca da indeterminação desta teoria, afirma Scarano: “El criterio de agresión al bien jurídico, puesto como apoyo a la teoría del hecho, no elimina los inconvenientes de que se há hablado, porque se puede siempre objetar que contiene una evidente petición de principio. Al interrogante de cuándo comienza la agresión a um bien jurídico, por ejemplo la vida, no se puede responder sino haciendo referencia a cada uno de los tipos legales y determinando el punto em que tiene su comienzo la acción típica” (SCARANO, Luigi. **La Tentativa**. *Op. cit.*, p.14-15). De fato, trata-se de petição de

Além disso, com a adoção da teoria do ataque ao bem jurídico, restam sem solução os demais problemas da teoria objetivo-formal. Frise-se, contudo, ser louvável a busca de respeito ao princípio da ofensividade, conforme exposto. Apesar desta busca, a ausência de concretização dos requisitos necessários para a caracterização da presença de perigo para o bem jurídico fragiliza a teoria.

Por fim, seguem transcritas as críticas de Cirino dos Santos à teoria do ataque ao bem jurídico:

Além de excluir o dolo, essencial para identificar o respectivo tipo doloso tentado ou consumado, o critério do perigo direto para o bem jurídico, criado por atividade imediatamente anterior à ação típica, parece exposto às seguintes objeções: primeiro, antecipa o momento da punibilidade da tentativa, recuando a linha de demarcação entre ações preparatórias e ações executivas, para incluir ações exteriores ao tipo legal, que seriam excluídas pelo critério da teoria objetiva formal; segundo, ações exteriores ou anteriores ao tipo legal não possuem potencialidade lesiva do bem jurídico (...); terceiro, pretender suprir a falta de lesividade concreta da ação pelo perigo direto para o bem jurídico significa incluir na área de punibilidade ações que o legislador excluiu do tipo legal, com lesão do princípio da legalidade.¹⁶⁷

Tem razão Cirino dos Santos ao apontar o problema da ausência de considerações sobre o dolo para a caracterização dos atos de execução. Neste ponto, o complemento oferecido pela teoria do ataque ao bem jurídico não permitiu a superação da questão, já existente na teoria objetivo-formal.

Observa-se, contudo, e com o devido respeito, que referido autor não tem razão ao afirmar que é impróprio o ‘reco’ da ‘linha demarcatória entre atos de preparação e atos de execução’, sob o fundamento de que alguns atos considerados como preparatórios pela teoria objetivo-formal, seriam, para os adeptos da teoria do ataque ao bem jurídico, atos de execução¹⁶⁸. Em primeiro lugar, a teoria em comento pretendeu, de fato, alargar a definição de atos de execução. Em segundo lugar, um conceito adequado de atos de execução deve

princípio: trata-se como esclarecido aquilo que se pretende esclarecer. Trata-se como demonstrado aquilo que se pretende demonstrar.

¹⁶⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juez. **Direito Penal**. *Op. cit.*, p.382.

¹⁶⁸ Scarano também perfilha desta posição: “*La tesis de recurrir a un momento precedente de la actividad ejecutiva, con referencia a la agresión del bien jurídico, introduce em la noción de la tentativa, contrariamente a las premisas aceptadas por esta teoría, no sólo los actos de ejecución, sino también los de preparación*” (SCARANO, Luigi. **La Tentativa**. *Op. cit.*, p.15).

fazer referência aos tipos penais, mas, não necessariamente, deve ser reduzido como o proposto pelos partidários da teoria objetivo-formal. Isso, inclusive tendo em vista a redação do art. 14, II, do Código Penal, que consagra uma norma de extensão da tipicidade (o que permite, por óbvio, estender a tipicidade para além dos atos previstos estritamente nos tipos penais)¹⁶⁹. O que não se permite é a extensão de tal ‘linha demarcatória’ sem referência aos tipos, que continuam tendo função de garantia inclusive nas hipóteses de infrações penais tentadas.

Ainda no que se refere às críticas de Cirino dos Santos, e mais uma vez com respeito pelo pensamento do autor, a afirmação de não terem potencialidade lesiva do bem jurídico as ações exteriores ou anteriores ao tipo somente faz sentido se forem estabelecidas as características de tais ações. A depender do conceito atribuído à expressão ‘potencialidade lesiva’, é perfeitamente cabível existirem ações anteriores ou exteriores aos tipos penais que se revistam de tal potencialidade. Contudo, o que a teoria do ataque ao bem jurídico não fez (e tampouco o fez Cirino dos Santos) foi apontar as características de tais ações, conforme exposto. O fato de tais ações serem anteriores ou exteriores aos tipos, por si só, não gera problemas, em virtude da natureza jurídica de causa de extensão da tipicidade que caracteriza o disposto no art. 14, II, do Código Penal. Este mesmo argumento é válido para refutar a crítica final de Cirino dos Santos.

Em resumo: apesar do mérito de aparentemente buscar respeitar os ditames do princípio da ofensividade, a teoria do ataque ao bem jurídico não merece acolhida. A uma, porque não solucionou o problema da ausência de considerações sobre o dolo da teoria objetivo-formal, que objetivou complementar. A duas, porque não indica critérios que possibilitem ao intérprete/operador do direito conhecer as características de atos causadores de perigo (concreto) para o bem jurídico, o que gera imensa insegurança e grandes possibilidades de arbítrio judicial: o complemento apresentado, ao invés de tornar mais precisos os contornos (já bastante imprecisos) da teoria objetivo-formal, fez com que se a questão ficasse ainda mais nebulosa. Aponte-se que é cabível a extensão daquilo que Cirino dos Santos chamou de ‘linha demarcatória’ entre atos preparatórios e atos de execução para além dos limites estabelecidos nos tipos penais, em virtude da natureza

¹⁶⁹ Referindo-se a uma “função extensiva da punibilidade” da qual se revestiria o conceito de tentativa, veja-se CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal. Op. cit.*, p.229.

jurídica do art. 14, II, do Código Penal, considerado uma causa de extensão da tipicidade. O grande problema desta vertente teórica não é pretender estender a tipicidade para além dos limites do tipo: o problema é que isto foi feito sem a indicação de critérios minimamente seguros. Isto impede que a teoria do ataque ao bem jurídico - assim como a teoria objetivo-formal -, seja aplicada de maneira a possibilitar o controle racional das decisões judiciais¹⁷⁰. Não há pauta a partir da qual é possível analisar o julgamento.

Impõe-se, neste momento, uma conclusão parcial: tendo em vista que, para que uma determinada conduta seja considerada criminosa, se faz necessária a presença (dentre outras exigências) de tipicidade formal e de tipicidade material, então, é lícito dizer que, ao menos como ponto de partida, deve-se observar, para a definição do que sejam atos de execução na infração penal tentada, a necessidade de referência aos tipos penais e também a necessidade de respeito ao princípio da ofensividade. Além, naturalmente, da apontada obrigatoriedade de observância de elementos subjetivos, sobretudo do dolo do agente. Por fim, cabe frisar que o conceito de atos de execução pode abranger atos que sejam exteriores ou anteriores aos tipos penais, sob o fundamento de que a natureza jurídica do art. 14, II, do Código Penal é de norma de extensão da tipicidade.

Com tais observações, encerra-se a análise da teoria do ataque ao bem jurídico.

5.2.2 A fórmula de Frank

Outra teoria de cunho objetivo-material, cujo escopo é o de complementar a teoria objetivo-formal com critérios substanciais e valorativos, é a que foi disseminada na ciência jurídico-penal com a designação de ‘fórmula de Frank’¹⁷¹.

A ‘fórmula de Frank’ tem como objetivo tornar mais amplo o conceito de atos de execução proposto na teoria objetivo-formal. Para tanto, apela ao uso da linguagem¹⁷², de maneira a considerar como de execução os atos que, “em virtude de uma pertinência

¹⁷⁰ PESSOA, Nelson. *La Tentativa*. *Op. cit.*, p.47.

¹⁷¹ A exposição da ‘fórmula de Frank’ impõe uma ressalva. De fato, referida teoria surgiu para complementar a teoria objetivo-formal. Contudo, posteriormente foi incluída no bojo da teoria objetivo-subjetiva, como se verá. Neste sentido: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*. *Op. cit.*, p. 698.

¹⁷² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Da Tentativa*. *Op. cit.*, p.51.

necessária à ação típica, aparecem, a uma consideração natural, como suas partes componentes”¹⁷³.

Nesta vertente das teorias objetivo-materiais ocorre um processo ou mecanismo de retrocesso¹⁷⁴, de maneira a fazer com que atos imediatamente anteriores à prática do início da realização do núcleo do tipo sejam considerados atos de execução: “(...) a proposição objetivo-material acrescenta ao critério objetivo-formal os atos que, segundo a experiência comum e salvo caso imprevisível, tenham a natureza de fazer esperar que se lhes sigam atos idôneos a produzir o resultado típico ou que preencham um elemento típico”¹⁷⁵.

Sobre a ‘fórmula de Frank’, preleciona Becker:

Complementando a teoria de Beling, Frank apresentou uma fórmula que teve grande acolhida doutrinária: ‘Existe já um princípio de execução em todos os momentos de atividade que, em virtude de sua necessária conexão com a ação típica, aparecem como seus elementos, segundo a concepção natural’. Segundo os defensores desta teoria, para que se possa determinar quando começa a ação típica é necessário recorrer ao significado corrente dos conceitos legais, ou seja, à concepção que flui naturalmente do que von Hippel denomina ‘uso da linguagem’. Esta fórmula, pretendendo quebrar o excessivo formalismo da teoria de Beling, procura um critério valorativo para ampliar o significado do verbo reitor. A expressão ‘concepção natural’, que corresponde ao ‘uso da linguagem’, considera que o legislador redige os tipos legais empregando as formas verbais com um sentido popular, natural, mais amplo do que o formal. Nesse sentido, pode-se considerar que brandir um punhal com intenções homicidas é tentativa de homicídio, pois é uma conduta que se avizinha do ‘núcleo do tipo’ e da realização do verbo reitor ‘matar’. A expressão ‘começar a matar’ não tem sentido, se nos ativermos ao seu significado literal.¹⁷⁶

Na doutrina brasileira esta posição encontra-se em desuso. Atualmente, a ‘fórmula de Frank’ é defendida por Cláudio Brandão, como é possível verificar através da leitura da passagem abaixo transcrita:

Os atos de execução, conforme explicado, são aqueles que começam a realizar o verbo descrito no tipo, como, por exemplo,

¹⁷³ FRANK, citado por FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Direito Penal**. *Op. cit.*, p.698.

¹⁷⁴ PESSOA, Nelson. **La Tentativa**. *Op. cit.*, p.45.

¹⁷⁵ GALVÃO, Fernando. **Direito Penal**: parte geral. 3ª ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.720. Similar: CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal**. *Op. cit.*, p.230.

¹⁷⁶ BECKER, Marina. **Tentativa Criminosa**. *Op. cit.*, p. 150-151.

disparar uma arma, no homicídio; pegar a coisa, no furto, etc. Todavia, a dificuldade deste critério reside nas chamadas situações fronteiriças. Por exemplo, no furto, como o núcleo-tipo é subtrair, o ato de execução começaria quando o agente tem o contato físico com a coisa, entretanto, é inegável a tentativa de furto quando, v.g., o agente é surpreendido num apartamento à noite, sem ainda ter pego a coisa. Para solucionar tais dificuldades Frank elaborou uma fórmula da tentativa, que reconhece o início da execução em todos os atos que, em virtude de sua necessária correspondência à ação típica, aparecem como partes integrantes desta, de modo que, se não houvesse a interrupção da ação, a realização do tipo seria concretizada. Assim o agente surpreendido em um apartamento, antes de ter contato físico com a coisa, responderá por ato de execução de furto e, por conseguinte, por tentativa de furto, pela necessária correspondência entre a sua ação e a realização do tipo.¹⁷⁷

Na jurisprudência do STJ e nos Tribunais com jurisdição no Estado de Minas Gerais, a ‘formula de Frank’ não tem sido expressamente adotada como critério único para a verificação da ocorrência de início de execução. Contudo, indícios de que ela ainda ressoa na prática jurídica são encontrados em alguns julgados. A título de exemplo, veja-se o seguinte aresto do TJMG:

Assim, afastada a hipótese alegada pela defesa, não há que se falar em meros atos preparatórios, sendo a penetração no imóvel da vítima, com a separação da mercadoria, início de execução do crime de furto. Isso porque a invasão é ato imediatamente anterior, dirigido, inequivocamente, à prática da ação constante do verbo núcleo do tipo penal do furto, e, não bastasse a entrada, com efeito, os acusados ainda danificaram uma janela do estabelecimento, conforme constatado no laudo de fls. 119/121, tendo a vítima Celene e a testemunha Márcia Cristina confirmado que houve o arrombamento da janela pelos acusados para entrarem no local (fls. 180/181). Assim, também restou comprovado que o crime de furto foi praticado mediante arrombamento de obstáculo, como dito alhures, porquanto os acusados, para ingressarem no estabelecimento, tiveram que arrombar uma janela, a qual não estava arrombada antes, conforme prova testemunhal colhida, restando isolada as

¹⁷⁷ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.219-220. Grifos nossos. Bitencourt, que mais recentemente adota a teoria objetivo-formal, como apontado, já seguiu a teoria objetivo-material (na vertente proposta por Frank) na obra Lições de Direito Penal, de acordo com SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**. *Op. cit.*, p.382. Observe-se que na primeira obra citada nesta nota também há confusão de teorias do início de execução. Brandão descreve a teoria objetivo-formal e, então, cita Welzel, como se este autor fosse partidário desta posição. Sobre este equívoco, também cometido por diversos outros autores, veja-se a nota 107.

declarações dos acusados, no sentido de que a janela já estava arrombada.¹⁷⁸

Ainda, no âmbito do STJ, veja-se o acórdão referente ao HC nº 112.639/RS, de relatoria do Min. Og Fernandes, no qual se manteve condenação amparada nos postulados da ‘fórmula de Frank’¹⁷⁹. Frise-se que, também neste caso, não foi citada expressamente a referida ‘fórmula’. Aponte-se, ainda, que também houve menção à necessidade de perigo de lesão para o bem jurídico.

Apesar da intenção de seus defensores, a complementação oferecida pela ‘fórmula de Frank’ não logrou solucionar nenhum dos problemas da teoria objetivo-formal. Assim como a teoria do ataque ao bem jurídico, a ‘fórmula de Frank’, ao invés de apresentar critério que oferecesse maior segurança na definição do que sejam atos de execução, acabou gerando mais insegurança e possibilidades de arbítrio judicial. Isto, em virtude do apelo ao uso da linguagem, que tem o inconveniente de ser nebuloso e indefinido¹⁸⁰.

Além de não definir o que significa iniciar a prática de atos contidos no núcleo do tipo ou em outras elementares, permite a ‘fórmula de Frank’ a punição de atos anteriores ou exteriores ao tipo¹⁸¹, assim como a teoria do ataque ao bem jurídico. Isto (permitir a punição de atos exteriores ou anteriores ao tipo), por si só, não implica em problemas, diante da natureza jurídica do art. 14, II, do Código Penal (norma de extensão da tipicidade), como visto. Contudo, as graves consequências advindas da falta de determinação dos critérios propostos por esta teoria (e pela teoria que ela pretende complementar) justificam sua rejeição.

¹⁷⁸ TJMG. 5ª Câmara Criminal. **Ap. Crim. 1.0024.10.029474-3/001**. Rel. Des. Adilson Lamounier. Julg. 15 Mar. 2011. Publ. em 28 Mar. 2011. Grifos nossos. Atente-se para o fato de que, em momento algum, foi indicada a teoria que serviu de parâmetro para a decisão acerca da existência dos atos de execução.

¹⁷⁹ STJ. 6ª Turma. **HC 112.639/RS**. Rel. Min. Og Fernandes. Julg. 25 Ago. 2009. Publ. em 28 Set. 2009.

¹⁸⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Da Tentativa**. *Op. cit.*, p.51.

¹⁸¹ Afirma Scarano sobre a questão da prática de atos exteriores ao tipo na ‘fórmula de Frank’: “(...) *aquí también la petición de principio es evidente, pues a la pregunta de cuándo se inicia la acción típica, se responde afirmando que a veces es necesario recurrir a la acción precedente, lógicamente necesaria para la realización del delito; esto es, que toda la averiguación se concentra en la determinación de la acción lógicamente necesaria, que después resultará... lógicamente necesaria solo cuando se haya determinado por anticipado el comienzo de la ejecución. Si no se determina primero, si se trata de ejecución de violencia privada o de violencia carnal, no se podrá saber si el alzar los vestidos sea o no una acción lógicamente necesaria a la penetración de uno de esos delitos. Esto es, em último análisis, dar por demostrado aquello que se iba a demostrar; y terminar afirmando, a través de la referencia a la acción lógicamente necesaria para la realización del delito que precede a la actividad ejecutiva, que también los actos de preparación son punibles em la tentativa*” (SCARANO, Luigi. **La Tentativa**. *Op. cit.*, p.15-16).

Contudo, há outra razão fortíssima para não se adotar esta vertente teórica. O fato de não levar em consideração o dolo do agente, ou seu plano (questões de cunho subjetivo), faz com que a 'fórmula de Frank' seja absolutamente insatisfatória para o fim de delimitar atos preparatórios e atos de execução.

Em resumo: trata-se de teoria inaceitável por não levar em consideração aspectos subjetivos e por revestir-se de grande indefinição, o que causa insegurança jurídica e imensas possibilidades de arbítrio judicial. Não é possível fundamentar racionalmente uma decisão judicial com base nesta teoria.

5.3 Teoria Objetivo-Social

Por fim, faz-se necessário analisar a teoria objetivo-social, idealizada no Brasil por Fernando Galvão. Afirma o autor:

No contexto do Estado Democrático de Direito, para caracterizar a tipicidade da tentativa, é necessário utilizar critério que identifique os limites da tolerância social, materializada na ocorrência da lesividade relevante ao bem jurídico, em cada situação concreta posta ao exame do juiz. Definir o início da tentativa implica controlar a violência estatal, e o critério utilizado para desenvolver esta tarefa tem substrato normativo. Afinal, o que importa saber é quando se pode reconhecer como legítima a intervenção repressiva, e não quando um fato naturalístico tem início. O início da execução é fragmento do crime consumado e sua definição depende da interpretação que se dá aos dados da realidade naturalística observada.

A construção teórica sobre a tipicidade não pode afastar-se da realidade social, sendo, antes, instrumento de realização das opções políticas do Estado no combate à criminalidade. Assim, a dogmática deve harmonizar-se com as opções de política criminal atuantes em cada Estado, de modo que o instituto da tentativa seja interpretado segundo as premissas políticas aceitas por cada sociedade. Nesse sentido, parece ser mais adequado utilizar um critério objetivo-social, que não esteja vinculado ao verbo-núcleo do tipo nem ao plano delitivo do autor, mas sim à tolerância social à conduta desenvolvida pelo autor. (...) [Por exemplo,] seria o caso de o juiz apurar, considerando o contexto da comunidade em que o fato ocorreu, qual é o grau de tolerância social para o indivíduo que foi detido quando entrava em casa de terceiro. A reação social ao fato poderia ser menos intensa, se fosse

reconhecida a simples violação de domicílio, ou mais intensa, quando reconhecida a tentativa de furto.¹⁸²

Galvão é partidário das denominadas teorias sociais da ação¹⁸³. A elaboração da teoria objetiva-social encontra-se, assim, em perfeita consonância com a concepção de delito esposada por seu idealizador, o que sem dúvida é um mérito: nem todos os doutrinadores brasileiros tratam da questão do início de execução de maneira rigorosamente compatível com suas respectivas concepções de delito, como visto.

A seguir, serão expostas as críticas a esta teoria.

5.3.1 Crítica

As críticas da teoria objetivo-social são diretamente decorrentes da adoção do modelo social de ação, do qual partiu Fernando Galvão para sua elaboração. Assim, faz-se necessário apontar as características básicas e os problemas fundamentais do modelo social de ação para que seja possível criticar a teoria objetivo-social.

A teoria social da ação foi fundada por Eberhard Schmidt e desenvolvida por Engisch, Maihofer, Wessels e Jescheck¹⁸⁴, dentre outros autores, e apresenta inúmeras variantes. Alguns autores consideram ser a teoria social da ação a vertente teórica dominante no

¹⁸² GALVÃO, Fernando. **Direito Penal**. *Op. cit.*, p.721-722.

¹⁸³ GALVÃO, Fernando. **Direito Penal**. *Op. cit.*, p.143-149. Afirma o autor: “(...) é correto afirmar que o ordenamento jurídico nacional é perfeitamente compatível com os postulados da teoria social da ação, já que esse sistema também trabalha com os elementos subjetivos do tipo e uma culpabilidade normativa. Não é necessário empreender qualquer mudança em nosso direito positivo para viabilizar uma intervenção qualificada (valorativa) do poder punitivo. A teoria do delito não pode ser compreendida como construção formal, desvinculada do sentido social da conduta delitiva. Em essência, o finalismo conserva índole naturalista que não permite o exercício da atividade valorativa tão necessária à aplicação do direito repressivo nos dias atuais. A elaboração social, por sua vez, é muito mais enriquecida do que a teoria finalista, exigindo encontrar sempre um conteúdo material para os conceitos da teoria do delito” (p.149).

¹⁸⁴ Neste sentido: CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**. *Op. cit.*, p.89; VARGAS, José Cirilo de. **Instituições de Direito Penal**. *Op. cit.*, p.167; JAKOBS, Günther. **Tratado de Direito Penal**: teoria do injusto penal e culpabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.204, nota 67; JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. 2ª ed., rev. Madrid: Marcial Pons, 1997, p.170-171, nota 63; GALVÃO, Fernando. **Direito Penal**. *Op. cit.*, p.143; MARQUES, Daniela de Freitas. **Elementos Subjetivos do Injusto**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.63-64.

debate alemão¹⁸⁵. Para os fins deste trabalho importa conhecer apenas a vertente defendida por Galvão. Segue a literalidade do posicionamento adotado pelo autor:

A teoria social pretende fazer que a ação seja entendida como conduta socialmente relevante, dominada ou dominável pela vontade humana. A relevância social da ação é verificada à medida que a conduta produz efeitos danosos na relação do indivíduo com o seu ambiente social. Tal posicionamento, sem dúvida, pressupõe a incidência de juízo de valor sobre a conduta em relação a seu ambiente social.(...) Importa perceber que a ação humana é o foco central das atenções de todo o ordenamento jurídico, e sobre esse referencial devem incidir as qualidades da tipicidade, da ilicitude e da culpabilidade. Delinear a amplitude desse conceito, que possui a função de estabelecer os limites do atuar humano proibido, constitui tormento para os estudiosos, na medida em que necessitam reunir sob mesma categoria as manifestações dolosas, culposas e omissivas dos indivíduos. A teorização social, nesse prisma, consegue alcançar tal meta reunindo todas essas formas de manifestação humana sob um único ponto comum: a relevância jurídico-penal da conduta no ambiente social em que se verifica.¹⁸⁶

É possível perceber facilmente que a teoria social da ação (e a vertente adotada por Fernando Galvão não foge a esta regra) é um modelo teórico com grandes problemas de definição de conceitos¹⁸⁷. Afirma Juarez Tavares:

A dificuldade maior dessa concepção reside, a nosso ver, em dois pontos fundamentais: a) na impossibilidade, até agora, de se fornecer um conceito preciso para a aventada relevância social da conduta e b) na imprestabilidade prática de um conceito de ação que implique um juízo de valor de tal ordem, que já diga respeito, no fundo, ao conteúdo social do fato, isto é, de conformidade ou desconformidade com a estruturação dos mandamentos coletivos (que, em seu conteúdo, não são coletivos).¹⁸⁸

¹⁸⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *et al.* **Direito Penal Brasileiro**. V. II, I. *Op. cit.*, p.34; CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**. *Op. cit.*, p.89; TAVARES, Juarez. **Teorias do Delito**. *Op. cit.*, p.92.

¹⁸⁶ GALVÃO, Fernando. **Direito Penal**. *Op. cit.*, p.143-144.

¹⁸⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**. *Op. cit.*, p.89-90.

¹⁸⁸ TAVARES, Juarez. **Teorias do Delito: variações e tendências**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p.92-93. Sobre o conceito de relevância social, afirma Daniela de Freitas Marques: "(...) não há um conceito específico para *relevância social*, como também não há um conceito específico para a *dignidade da pessoa humana*. Sabe-se que em razão de determinados padrões axiológicos vigorantes na sociedade, alguns deles são previamente selecionados e assumem especial significação jurídica" (MARQUES, Daniela de Freitas. **Elementos Subjetivos do Injusto**. *Op. cit.*, p.67, nota 56).

Tais questões ainda não foram respondidas de maneira satisfatória pelos defensores da teoria social da ação. A adoção dessa teoria pode gerar grande insegurança jurídica e também possibilidades de arbítrio. Veja-se: determinadas condutas podem ser relevantes para alguns membros de determinado meio social e não o serem para outros; e a própria diferença entre meios sociais em um mesmo Estado pode implicar diferenças nas concepções do que seja relevante, sobretudo em casos como o brasileiro, em que há enorme extensão territorial e diferenças culturais marcantes entre suas diversas regiões. Ainda: o magistrado apreciaria a relevância social de uma determinada conduta com base em quais critérios ou padrões? Abre-se imensa possibilidade de que as sentenças sejam evitadas de moralismo.

Especificamente em relação ao critério objetivo-social do início de execução, em primeiro lugar é necessário fazer os seguintes questionamentos: se o que importa é o grau de tolerância social da conduta praticada pelo autor, admite-se que o limite da tipicidade é diferente de acordo com o meio social no qual a conduta é praticada? Se sim, por quê? Qual é a metodologia a ser empregada pelo julgador para avaliar a relevância social da conduta? Quais são os parâmetros? Como justificar o fato de que entre diferentes regiões e meios sociais do país haverá diferentes limites entre atos preparatórios e atos de execução? Tratando-se de critério valorativo, quais são as balizas racionais a serem empregadas pelo magistrado no momento da valoração? A valoração está direcionada a qual finalidade? Havendo divergência no meio social acerca da relevância da conduta, como deve proceder o magistrado? Nenhuma dessas perguntas encontra resposta satisfatória, se é que são respondidas.

Ainda, deve-se frisar que a adoção da teoria objetivo-social também implica no problema de não haver menção a elementos de cunho subjetivo. As questões levantadas quanto à ausência de consideração acerca de elementos subjetivos na seção relativa à teoria objetivo-formal permanecem para a teoria objetivo-social. Anote-se, porém, que, ao contrário das teorias objetivo-materiais, a teoria objetivo-social não pretende ser uma teoria que complementa a teoria objetivo-formal.

Em último lugar, deve-se verificar que a teoria objetivo-social afasta o Direito Penal de sua função de garantia. Não se trata de teoria que busca respeitar a necessidade de

taxatividade¹⁸⁹ imposta pelo princípio da legalidade. Isto, em virtude do fato de não partir tal teoria de considerações relativas aos tipos penais. Não há dúvida quanto ao fato de que esta vertente teórica não está vinculada aos tipos penais. Cite-se Galvão: “Nesse sentido, parece ser mais adequado utilizar um critério *objetivo-social*, que não esteja vinculado ao verbo-núcleo do tipo nem ao plano delitivo do autor, mas sim à tolerância social à conduta desenvolvida pelo autor”¹⁹⁰. Claro está que, ao desconsiderar o conteúdo dos tipos penais e de seus núcleos para o fim de estabelecer o limite da tipicidade, desrespeita-se o princípio da legalidade. A passagem citada deixa bastante claro também o abandono de questões de cunho subjetivo.

Em síntese: a teoria objetivo-social não deve ser adotada em virtude de revestir-se de imensa imprecisão conceitual, de não respeitar a função de garantia do Direito Penal e o princípio da legalidade, além de não levar em consideração aspectos subjetivos para o fim de delimitar atos preparatórios e atos de execução.

5.4 Teorias Objetivas na Jurisprudência do STJ e do TJMG

As teorias de cunho objetivo ainda estão presentes em grande número de julgados dos Tribunais pesquisados, conforme exposto nesta seção.

No STJ, a discussão relativa às teorias objetivas encontra-se entre a adoção do critério objetivo-material e do critério objetivo-formal.

No TJMG, observa-se na atualidade o emprego das teorias objetivo-formal e objetivo-material (na vertente que exige perigo para o bem jurídico). Também é empregada pelo Tribunal, de maneira crescente, é necessário dizer, a teoria objetivo-subjetiva, como será exposto na próxima seção.

Assim, no âmbito do STJ e do TJMG, não há jurisprudência consolidada consagrando uma determinada teoria de cunho objetivo ou uma teoria objetivo-subjetiva.

¹⁸⁹ Sobre a taxatividade na doutrina jurídico-penal, enquanto corolário do princípio da legalidade, vejam-se, dentre outros: BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. *Op. cit.*, p.77-83; LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. *Op. cit.*, p.24-26.

¹⁹⁰ GALVÃO, Fernando. **Direito Penal**. *Op. cit.*, p.722.

5.5 Síntese Conclusiva Relativa às Teorias Objetivas

Como conclusão desta seção, verificou-se que nenhuma das teorias objetivas analisadas é adequada para a solução do problema da definição conceitual dos atos de execução.

Em primeiro lugar, ficou demonstrada a indispensabilidade de referência a questões de cunho subjetivo (seja ao dolo, seja ao plano do agente, seja a sua finalidade etc) para que se possa delimitar corretamente atos preparatórios e atos de execução. Naturalmente, não se prescinde de balizas de cunho objetivo, que são absolutamente obrigatórias. Em outras palavras: o critério a ser empregado deve, necessariamente, conjugar critérios objetivos e subjetivos.

Em segundo lugar, verificou-se que, em virtude da necessidade de obediência ao princípio da legalidade (e seu corolário, a taxatividade), é imprescindível que o critério a ser seguido pelo operador do Direito nos casos concretos faça referência, no plano objetivo, aos tipos penais previstos no Direito Penal Especial. Assim deve ser em razão da função de garantia exercida pelos tipos penais e da necessidade de segurança jurídica somente possibilitada quando houver referência às condutas descritas abstratamente na Lei.

Em terceiro lugar, verificou-se que, se um dos fundamentos da punição do crime tentado é a exposição a perigo do bem jurídico que o agente pretendia atingir, então se faz necessário incluir, no critério objetivo, referência a esse ponto, de maneira a respeitar o princípio da ofensividade em matéria criminal.

Em quarto lugar, restou claro que é possível estender o conceito de atos de execução para além dos atos de prática do núcleo do tipo ou de elementares. Isto ocorre em virtude da natureza jurídica do art. 14, II, do Código Penal, que é a de norma de extensão da tipicidade. Assim, se a norma estende a tipicidade das infrações penais descritas na forma consumada na Parte Especial do Direito Penal, é possível afirmar que a tipicidade pode abranger atos exteriores ou anteriores ao núcleo do tipo. Contudo, para que tal situação ocorra, duas exigências devem ser atendidas. A primeira diz respeito à necessidade de se

definir o que sejam atos de início da prática dos núcleos típicos. A segunda diz respeito à necessidade de se justificar racionalmente a necessidade de abrangência de atos exteriores ou anteriores ao núcleo ou outras elementares típicas, além de ser absolutamente imprescindível que o critério seja preciso e claro.

Conclusão: a teoria deve conjugar critérios objetivos e subjetivos; deve basear o critério objetivo nos tipos penais e na necessidade de ocorrência de perigo para o bem jurídico que se pretendeu atingir; pode estender a tipicidade para além do núcleo do tipo, desde que esclareça o que significa praticar atos que se amoldem a ele ou a outras elementares típicas e, também, justifique a extensão de maneira racional.

6 TEORIAS OBJETIVO-SUBJETIVAS E SUA CRÍTICA

As teorias objetivo-subjetivas foram defendidas por Engisch¹⁹¹ e, posteriormente, foram desenvolvidas por Hans Welzel, que se tornou um dos seus maiores expoentes. A partir da obra de Welzel (e do finalismo penal, diga-se de passagem) as teorias objetivo-subjetivas ganharam projeção e adeptos. É seguro afirmar que as mais atuais concepções objetivo-subjetivas decorrem do sistema finalista do delito¹⁹² e, em alguns casos, são adotadas por autores ligados à teoria social da ação¹⁹³ (como é o caso do próprio Engisch) e ao funcionalismo penal¹⁹⁴.

O ponto comum entre as três principais e mais recentes vertentes das teorias objetivo-subjetivas diz respeito ao fato de que em todas elas há a conjugação de critérios objetivos (referência ao núcleo do tipo penal) e de critérios subjetivos (por exemplo, referência ao plano traçado pelo autor para a execução do fato delituoso)¹⁹⁵ para estabelecer conceitualmente o que são atos de execução.

Este grupo de teorias vem sendo cada vez mais adotado na doutrina brasileira e no âmbito do TJMG, como se evidenciará a seguir.

6.1 Teorias Objetivo-Individuais ou do Plano Concreto do Autor

As teorias objetivo-individuais¹⁹⁶ (ou do plano concreto do autor¹⁹⁷) tem sua origem no pensamento de Welzel. Afirma o supramencionado autor:

¹⁹¹ Juarez Cirino dos Santos cita como teoria objetivo-subjetiva a chamada 'teoria do autor', defendida por Engisch na obra *Der Unrechtstatbestand im Strafrecht*, DJT-Festschrift, 1960, p.435 (SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal**. *Op. cit.*, p.383, nota 11).

¹⁹² GRECO, Luís. **Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.16-17; CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal**. V. II. Coimbra: Almedina, 2008, p.231.

¹⁹³ Por exemplo: JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**. *Op. cit.*, p.469. Observe-se que este autor considera correta a utilização, em alguns casos, da teoria do ataque ao bem jurídico.

¹⁹⁴ Por exemplo: ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *et al.* **Derecho Penal**. *Op. cit.*, p.824-829 (conjugando a vertente majoritária da teoria objetivo-individual com a teoria do ataque ao bem jurídico); JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**. *Op. cit.*, p.880.

¹⁹⁵ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**. *Op. cit.*, p.665.

¹⁹⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Manual de Direito Penal**. *Op. cit.*, p.212; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. *Op. cit.*, p.603.

A tentativa começa com aquela atividade com a qual o autor, segundo seu plano delitivo, se coloca em relação imediata com a realização do tipo delitivo. [...] Sempre se deve partir da ação típica do tipo delitivo em particular (subtrair, roubar, matar, etc.); [...] a isso se acrescenta a comprovação individual de se o autor, de acordo com a disposição do seu plano delitivo, colocou em atividade imediata a realização típica.¹⁹⁸

Há controvérsias no âmbito das teorias objetivo-individuais. Basicamente, o ponto em comum entre elas diz respeito ao critério subjetivo a ser utilizado pelo intérprete (constituído pelo que se denomina ‘representação do fato’ ou ‘plano concreto do autor’, como elemento intelectual do dolo), enquanto que o ponto controvertido diz respeito ao critério objetivo encampado pela teoria (que se refere às características do ato a ser praticado pelo agente para que se possa falar em início de execução)¹⁹⁹. Em outras palavras, a dúvida reside em saber “(...) qual é o aspecto objetivo que define o início da execução do referido plano, dando ensejo a duas posições”²⁰⁰.

A questão da referência ao plano concreto do agente para fins de delimitação do ato de execução é simples: deve-se, necessariamente, conhecer o plano do autor, para saber se um ato é de execução ou é preparatório, pois, “os mesmos actos (*sic*) podem ser preparatórios, quando a intenção é dirigida a determinado crime, e deverão já constituir actos (*sic*) executivos, quando a intenção seja dirigida a outro crime”²⁰¹.

¹⁹⁷ PESSOA, Nelson. **La Tentativa**. *Op. cit.*, p.48.

¹⁹⁸ WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. 4ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 224, citado (e traduzido) por BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**. *Op. cit.*, p.665.

¹⁹⁹ SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal**. *Op. cit.*, p.384.

²⁰⁰ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**. *Op. cit.*, p.666.

²⁰¹ CAVALEIRO DE FERREIRA, citado por FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Direito Penal**. *Op. cit.*, p.701., p.701. Figueredo Dias aponta o seguinte exemplo: “Se C, que tenciona envenenar o marido, D, confecciona um bolo ao qual adiciona uma substância venenosa, o acto (*sic*) será de execução se ela espera que o marido se servirá a si mesmo; mas constitui simples acto (*sic*) preparatório se guarda o bolo para à sobremesa da refeição seguinte o servir ao marido. Se este, chegando a casa, descobre por si mesmo o bolo e se serve, o facto (*sic*) só poderá ser imputado à mulher a título de negligência. Isto revela como, em definitivo, o recurso ao plano concreto do agente constitui afinal um momento relevante para a distinção. Igualmente interessante para o ponto em apreço é o caso (julgado recentemente nos tribunais alemães), de um homem, E, que queria penetrar na casa de uma mulher, F, por um postigo no telhado, propondo-se violá-la sexualmente – como já havia feito anteriormente – e em seguida subtrair-lhe dinheiro. Não conseguiu todavia arrombar o postigo porque este havia sido reforçado com varas metálicas e veio a ser detido. Só o recurso ao plano do agente permite qualificar o seu acto (*sic*) como preparatório ou de execução relativamente aos crimes de furto qualificado e (ou) de violação sexual”.

6.1.1 Vertente majoritária

A vertente dominante da teoria objetivo-individual é defendida pelos juristas que entendem ser atos de execução da infração penal aqueles ligados diretamente ao núcleo do tipo ou de suas elementares (o que aparentemente conjuga a teoria subjetiva com a teoria objetivo-material²⁰²), segundo o plano do autor. Isso significa, inclusive, que há possibilidade de punição como infração penal tentada quando ocorre a prática de atos anteriores aos descritos no núcleo do tipo penal: na verdade, os atos de execução estariam situados imediatamente antes daqueles que representariam o início da prática do verbo típico²⁰³, nos mesmos moldes já visto durante a análise das teorias objetivo-materiais.

No Brasil, a corrente majoritária da teoria objetivo-individual tem sido cada vez mais adotada na doutrina²⁰⁴, sobretudo por autores vinculados às teorias finalistas e funcionalistas do delito, e também tem influência no TJMG. No âmbito deste Tribunal, encontram-se arestos em que foi adotada explicitamente a teoria objetivo-individual (ainda que conjugada com outras teorias – no caso, a teoria objetivo-material). Neste sentido, veja-se:

A correta delimitação entre atos preparatórios e início de execução tem sido apontada pela doutrina como um dos maiores problemas da dogmática penal, maximizado pela circunstância de que tal diferenciação consiste também na linha limítrofe entre a punição e a irrelevância para o Direito Penal. O sistema funcionalista jurídico-penal, apresentado por Claus Roxin nos idos de 1970, ao preencher as interrogações dogmáticas do finalismo, através de valorações político-criminais atua, v.g., sobre a teoria objetiva adotada para definição da tentativa punível, ou seja, do início de realização da ação típica, valorando-a de acordo com a função do Direito Penal e tornando-a mais cristalina e

²⁰² SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal**. *Op. cit.*, p.384.

²⁰³ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**. *Op. cit.*, p.470.

²⁰⁴ Adotam a vertente majoritária da teoria objetivo-individual, dentre outros: BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**. *Op. cit.*, p. 665; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Da Tentativa**. *Op. cit.*, p.57; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. *Op. cit.*, p.603; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal**: parte geral. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.341-342; MARINHO, Alexandre Araripe; FREITAS, André Guilherme Tavares de. **Manual de Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.220; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, *et al.* **Direito Penal Brasileiro**. *Op. cit.*, p.581; NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 6ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.322-323; QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal**: parte geral. V. I. 8ª ed., rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2012, p.297-300; ESTEFAM, André. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2010, p.235.

individualizada. Na diferenciação entre atos preparatórios e executórios, para fins de delimitação da tentativa, deve o intérprete partir de uma concepção funcionalista, conjugando-a com a teoria objetivo-material e sua variante objetivo-individual que impõe, além de um juízo valorativo sobre a ameaça ao bem jurídico tutelado, a observação do plano concreto do autor, aferindo se o ato investigado guarda relação de imediatidade com o começo de execução, segundo o planejamento delituoso. Configura tentativa de furto a ação do réu que invade a residência da vítima, pelo telhado, para fins de subtração patrimonial e é surpreendido por terceiros quando escolhia os objetos a serem subtraídos, estando claro o pleno funcionamento do plano concreto de execução delituosa do agente.²⁰⁵

Há, ainda, no âmbito do referido Tribunal, acórdãos em que se adota única e exclusivamente a teoria objetivo-individual majoritária. É o que se verifica abaixo:

A distinção entre atos preparatórios e início da execução é tênue. Os mestres Eugênio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli lecionam sobre o tema: "O chamado critério objetivo-individual é o que permite maior grau de aproximação entre todos os enunciados formulados até o momento. De acordo com esse critério, para estabelecer a diferença leva-se em conta o plano concreto do autor (daí a razão do 'individual'), não se podendo distinguir entre ato executivo e preparatório sem a consideração do plano concreto do autor, o que nos parece acertado. Conforme este critério 'a tentativa começa com a atividade com que o autor, segundo seu plano delitivo, imediatamente aproxima-se da realização do plano delitivo' [Welzel] ou, também, 'há tentativa em toda atividade que, julgada sobre a base do plano concreto do autor, mostra-se, de acordo a uma concepção natural, como parte integrante de uma ação executiva típica' [Stratenwerth]" [Manual de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral. 5ª ed. São Paulo: RT, 2003, p. 668/669]. O apelado e o corréu pretendiam subtrair o dinheiro de posse dos frentistas do posto de gasolina. O primeiro passo para atingir o seu objetivo portanto era abordá-los e anunciar o roubo. O anúncio do roubo assim é o ato imediatamente anterior à subtração da coisa alheia móvel, razão pela qual entendo que a execução se iniciou.²⁰⁶

²⁰⁵ TJMG. Ap. Crim. 1.0686.04.098455-7/001. Rel. Des. Alexandre Victor de Carvalho. Julg. 29 Nov. 2005. Publ. em 21 jan. 2006. Grifos nossos.

²⁰⁶ TJMG. 5ª Câmara Criminal. Ap. Crim. 1.0183.06.111230-0/001. Rel. Des. Pedro Vergara. Julg. 07 Mai. 2013. Publ. em 13 Mai. 2013. Grifos nossos. No mesmo sentido, adotando explicitamente a teoria objetivo-individual majoritária: TJMG, 5ª Câmara Criminal, Ap. Crim. 1.0251.04.01260-2/001. Rel. Des. Julg. 03 Out. 2006, Publ. em. 10 Nov. 2006; TJMG, 4ª Câmara Criminal. Ap. Crim. 1.0024.10.221492-1/001. Rel. Des. Feital Leite (Juiz de Direito convocado). Julg. 03 Abr. 2013, Publ. em 18 Abr. 2013; TJMG. 7ª Câmara Criminal. Ap. Crim. 1.0024.11.176557-4/001. Rel. Des. Agostinho Gomes Azevedo. Julg. .

Na Alemanha a teoria em comento domina o debate atual²⁰⁷. A razão de sua preponderância na Alemanha ocorre em virtude de sua previsão expressa no §22 do Código Penal Alemão, cuja literalidade é a seguinte: “Tenta um fato punível quem, segundo sua representação do fato, se posiciona imediatamente para a realização do tipo”²⁰⁸. A redação do referido §22 é bastante próxima da definição de ato de execução proposta por Welzel: “A tentativa começa com aquela atividade com a qual o autor, segundo seu plano delitivo, se coloca em relação imediata com a realização do tipo delitivo”²⁰⁹.

Com a crescente adesão de juristas brasileiros à vertente dominante da teoria objetivo-individual, torna-se necessário analisar pormenorizadamente seus pontos fortes e seus problemas.

A teoria objetivo-individual, em sua vertente majoritária, apresenta significativa vantagem em relação às teorias de cunho exclusivamente objetivo.

Em primeiro lugar, e obviamente, a conjugação de aspectos subjetivos e objetivos é absolutamente salutar. Trata-se de grande evolução teórica, tendo em vista as deficiências dos critérios subjetivos e objetivos. Neste sentido, precisa é a lição de Nelson Pessoa:

A doutrina que estamos estudando tem, em nossa opinião, um mérito fundamental, que é o de ter apontado que a presença da tentativa deve determinar-se em função do plano concreto que o autor esboça para levar a cabo seu propósito delitivo. Isso significa que não existem ações abstratas de matar, danificar, etc., mas que estas assumem rostos carregados de particularidades que são as circunstâncias que se levam a cabo. Não se pode determinar a presença da tentativa de forma abstrata, mas, sim, sua presença ou ausência se estabelece sobre o plano concreto, em função do grau de desenvolvimento alcançado dentro do programa do autor.²¹⁰

²⁰⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**. *Op. cit.*, p.384. Frise-se haver pequenas diferenças entre as posições de cada um dos autores que participam do debate na Alemanha. O cerne da teoria, contudo, permanece inalterado. Destacam-se, nesse sentido, além da posição de Welzel, as posições de Stratenwerth e Rudolphi (PESSOA, Nelson. **La Tentativa**. *Op. cit.*, p.49).

²⁰⁸ A tradução foi obtida em CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**. *Op. cit.*, p.384.

²⁰⁹ WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. 4ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 224, citado (e traduzido) por BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**. *Op. cit.*, p.665.

²¹⁰ PESSOA, Nelson. **La Tentativa**. *Op. cit.*, p.49. Tradução livre. Texto no original: “*La doctrina que estamos estudiando tiene, en nuestra opinión, un mérito fundamental, que es el haber señalado que la presencia de la tentativa debe determinarse en función del plano concreto que el autor esboza para llevar a cabo su propósito delictivo. Ello significa que éstas asumen rostros cargados de particularidades, que son las circunstancias em que se llevan a cabo. No se puede determinar la existencia de tentativa en forma abstracta, sino que la*

De fato, tal característica positiva tem cada vez mais influenciado a adoção desta vertente teórica no Brasil. Em geral, a doutrina brasileira paralisa sua análise e crítica das teorias do início de execução neste ponto, com raras exceções²¹¹. Contudo, os problemas que esta posição apresenta não recomendam sua adoção na prática jurídica.

Determinado setor da doutrina brasileira afirma que o art. 14, II, do Código Penal consagrou a teoria objetivo-formal, o que tornaria inaplicável a teoria objetivo-individual no Brasil. Veja-se, por exemplo, o que afirma Bitencourt: “O Código adotou a teoria objetivo-formal, exigindo o início de execução de um fato típico, ou seja, exige a existência de uma ação que penetre na fase executória do crime. Uma atividade que se dirija no sentido da realização de um tipo penal”²¹². Contudo, em resposta a essa posição, afirmam Ferré Olivé, *et al*:

O art. 14, II, do CP – contrariamente ao §22 do CP alemão – não alude ao plano do autor para delimitar o início da execução na tentativa. Mas isso não deve impedir que se considere dito plano ou representação, já que o início da execução não seria possível, como já assinalamos, sem se considerar a vontade do autor. Não se pode prescindir dela pois, sem conhecer dito plano do autor, não se pode conhecer nem qual o tipo que seria realizado, tampouco o perigo que correria o bem jurídico. Somos, portanto, contra a opinião de que o art. 14, II tenha que ser interpretado essencialmente de maneira objetiva, isto é, valorando-se externamente o fato, para evitar autoritárias veleidades subjetivas.²¹³

Com razão Ferré Olivé, *et al*. Não há óbice normativo à adoção da teoria objetivo-individual no Brasil. Trata-se de teoria muito superior àquelas analisadas anteriormente neste trabalho. Porém, esta vertente teórica ainda não é suficiente para assegurar, na análise de casos concretos, a necessária precisão e a imprescindível segurança jurídica que devem ser buscadas em se tratando de questões como a dos limites da tipicidade penal.

Neste sentido, o primeiro ponto negativo da teoria em comento está relacionado ao fato de que foi mantido o recorrente e grave problema da indeterminação conceitual. É

presencia o ausencia de la misma se establece sobre el plan concreto, en función del grado de desarrollo alcanzado dentro del programa del autor”.

²¹¹ São exceções, por exemplo: CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**. *Op. cit.*; BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**. *Op. cit.*

²¹² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. *Op. cit.*, p.526.

²¹³ FERRÉ OLIVÉ, *et al*. **Direito Penal Brasileiro**. *Op. cit.*, p. 581.

possível verificar que seus partidários não esclarecem de maneira precisa quando, dentro do plano concreto traçado pelo agente, começa a execução. O que significa “se colocar em relação imediata com a realização do tipo delitivo”, como afirmou Welzel?²¹⁴ Este autor não esclarece a questão de maneira adequada, tampouco seus seguidores e demais partidários desta vertente. Isso faz com que as possibilidades de arbítrio judicial e insegurança jurídica permaneçam, ainda que o critério proposto apresente maiores recursos para possibilitar, no caso concreto, investigar quais são os primeiros atos de execução da infração penal.

Na verdade, o problema acima apontado se desdobra em dois. Pergunta-se, em primeiro lugar, o que significa “realizar o tipo delitivo”? Em segundo lugar, o que seria “se colocar em relação imediata” com tal realização? Não há maiores esclarecimentos acerca do que signifiquem tais expressões. Quais são as características dos atos para que eles possam ser considerados como de “realização do tipo delitivo” ou como estando em “relação imediata com tal realização”? Assim, mesmo reconhecendo-se que “(...) tal teoria represente um indiscutível aperfeiçoamento dos outros critérios, admite-se que a mesma não estabelece uma regra precisa para assinalar o limite entre atos preparatórios e executivos, comportando ainda considerável margem de imprecisão”²¹⁵.

A segunda crítica negativa diz respeito ao fato de que nem todas as diferentes variantes desta vertente majoritária da teoria objetivo-individual preocupam-se com a menção à questão da necessidade de perigo para o bem jurídico cuja lesão era pretendida

²¹⁴ PESSOA, Nelson. **La Tentativa**. *Op. cit.*, p.51. Afirma o autor: “*Cuando leemos as definiciones de Welzel (en especial por ser el padre de la construcción), Stratenwerth, Rudolphi y, en general, las nociones propuestas por los sostenedores de esta línea conceptual, nos queda la sensación final de que existen conceptos vagos, no ajustados, que nos permiten enfrentarnos a los casos concretos, con la solvencia que deseamos. Véase esto, se afirma que en el plan concreto trazado pelo autor, éste se debe haber aproximado a la realización típica, ya que cuando se llegó a un determinado ‘grado’ o ‘punto’ del plan habrá tentativa. Así, Welzel, por ejemplo, nos habla de lacto o actividad que ‘nos pone en relación inmediata con el tipo delictivo’; Stratenwerth, por su parte, nos disse de lacto que de acuerdo al plan concreto ‘se muestra, conforme a una natural concepción, como parte integrante de una acción ejecutiva típica’, o Rudolphi de la actividad que ‘aparece conforme a la natural concepción, como componente de la acción típica’. Pero las dudas se nos presentan cuando tenemos que resolver este o aquel caso. Tomemos por ejemplo la definición de Welzel y pensemos en el ‘acto que nos pone en relación inmediata con el tipo delictivo’, ¿como determinamos cuál es ese acto?, o ¿como establecemos dentro del plan concreto cuál es e lacto que reviste tal carácter?, y así nos preguntamos, ¿preparar la comida con veneno que se va a servir dentro de unos minutos a los invitados, es un acto que nos pone en relación inmediata con el tipo delictivo? – el lector puede reemplazar el ejemplo, pero mantenga a pregunta -, y cualquiera sea la respuesta que se de a tales interrogantes en uno o outro sentido, a su ve volvemos a preguntar ¿por qué? (p.50-51).*”

²¹⁵ BECKER, Marina. **Tentativa Criminosa**. *Op. cit.*, p.161. Em sentido similar, dentre outros: ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *et al.* **Derecho Penal**. *Op. cit.*, p. 828-829 (estes autores defendem a aplicação da teoria objetivo-individual, mas reconhecem sua imprecisão diante dos casos concretos).

pelo autor do fato²¹⁶. Assim, mais adequadas as variantes que incluem no critério de definição dos atos de execução menção à necessidade de perigo para o bem jurídico²¹⁷.

Assim, apesar de não haver óbice de cunho normativo para a adoção da vertente majoritária da teoria objetivo-individual no ordenamento jurídico brasileiro, não se recomenda sua utilização. A uma, porque tal teoria reveste de grande imprecisão em seus conceitos, de maneira que também permite ao julgador que decida com grande margem de discricionariedade e subjetivismo. A duas, porque nem todas as suas variantes contemplam a necessidade de exposição do bem jurídico a perigo concreto de dano, o que é imposição do princípio da ofensividade.

Por fim, aponte-se que Zaffaroni, *et al*, são partidários desta vertente teórica. A posição dos referidos autores fica explícita na seguinte passagem:

Em conclusão, pode-se afirmar que (a) o começo de execução do delito não é estritamente o começo de execução da ação designada objetivamente pelo verbo típico, (b) mas também abarca os atos que, conforme o plano do autor (o modo de realização concreto da ação típica escolhido pelo autor), são imediatamente anteriores ao começo de execução da ação típica e importam objetivamente um perigo para o bem jurídico, bem entendido que (c) um ato parcial será imediatamente precedente à realização da ação típica quando entre este e aquela não exista outro ato parcial no plano concreto do autor.²¹⁸

A posição acima descrita incorre nos mesmos problemas apontados para as demais concepções objetivo-individuais da corrente majoritária. Além disso, deve-se apontar, desde logo, que Zaffaroni, *et al*, não indicaram qual é a função que deve ser conferida à fórmula do início da execução. Inclusive, desde logo deve ser frisado que os defensores de sistemas

²¹⁶ Por exemplo, veja-se a posição do próprio Welzel, acima citada.

²¹⁷ Mencionando a questão da ofensividade, afirmam Molina e Gomes: “A teoria objetivo-individual (que atende o plano concreto do autor) é a mais aceitável porque não descuida da parte objetiva (conduta que revela concreto perigo para o bem jurídico pretendido) e ainda exprime com maior precisão o momento próximo anterior (ao verbo núcleo do tipo) que já exterioriza esse perigo concreto penalmente relevante” (MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal. Op. cit.**, p.342).

²¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho Penal. Op. cit.**, p.829. Tradução livre. Texto original: “*Em conclusión, puede afirmarse que (a) el comienzo de ejecución del delito no es estrictamente el comienzo de ejecución de la acción señalada objetivamente por el verbo típico, (b) sino que también abarca los actos que, conforme al plano del autor (el modo de realización concreto de la acción típica escogido por el autor), son inmediatamente anteriores al comienzo de la ejecución de la acción típica e importan objetivamente un peligro para el bien jurídico, bien entendido que (c) un acto parcial será inmediatamente precedente a la realización de la acción típica cuando entre este y aquella no haya outro acto parcial en el plan concreto del autor*”.

funcionalistas do delito deveriam, antes de se posicionarem relativamente ao conteúdo da fórmula do início de execução, verificar qual é a função por ela ocupada no sistema jurídico-penal. Assim, antes de adotar uma ou outra corrente teórica, deve-se verificar se tal teoria permite à fórmula do início da execução atingir a função para ela estabelecida, conforme apontado no Capítulo 8 deste trabalho.

6.1.2 Vertente minoritária

Há uma vertente da teoria objetivo-individual cunhada por Vogler na Alemanha e defendida por Cirino dos Santos no Brasil. Afirma o último autor:

A formulação moderna da teoria objetivo-subjetiva da tentativa, conhecida como teoria objetiva individual, possui uma dimensão subjetiva consensual e uma dimensão objetiva controvertida. Por um lado, a dimensão subjetiva da estrutura do conceito de tentativa, constituída pela representação do fato (ou plano do autor), como elemento intelectual do dolo, é o aspecto incontestado da teoria objetiva individual. Por outro lado, a dimensão objetiva dessa estrutura, constituída pela ação que define o começo da tentativa, contém uma controvérsia que engendra duas variantes da teoria objetiva individual: (a) a variante dominante exige posição de imediata realização do tipo (...), manifestada em atividade atípica ligada diretamente à ação do tipo, segundo o plano do autor – um critério que parece conjugar a teoria subjetiva com a teoria objetiva material; (b) a variante minoritária exige comportamento típico manifestado em ação de execução específica do tipo (...), segundo o plano do autor – um critério que acopla a teoria subjetiva com a teoria objetiva formal. A variante dominante da teoria objetiva individual admite as mesmas críticas da teoria objetiva material: antecipa a punibilidade da tentativa pelo recuo da delimitação entre preparação e execução, incluindo ações exteriores ou anteriores ao tipo legal, com lesão do princípio da legalidade; além disso, ações exteriores ou anteriores ao tipo legal não têm potencialidade lesiva do bem jurídico, cuja colocação em perigo depende de ação típica específica do autor: se o resultado típico depende, ainda, da vontade do autor (...), então a ausência do resultado não decorre de circunstâncias alheias àquela vontade etc. Ao contrário, a variante minoritária da teoria objetiva individual retoma o direito penal do tipo, que limita a punibilidade pela legalidade e oferece um critério que permite definir tentativa como início de execução do tipo objetivo, segundo o plano do autor, ou seja, como início de execução do

programa típico manifestado em ação de execução específica do tipo, como propõe VOGLER.²¹⁹

Em suma, é possível verificar que a diferença entre a vertente dominante e esta vertente minoritária diz respeito à impossibilidade, na segunda, de serem considerados como atos de início de execução aqueles ligados imediatamente à ação do tipo. Para esta posição, somente serão considerados atos de execução aqueles que, em conformidade com o plano do autor, consistam em ação de execução específica do tipo penal.

Apesar da tentativa de tornar o critério objetivo-individual mais restritivo e respeitoso do princípio da legalidade e da função de garantia dos tipos penais, verifica-se que os problemas da teoria permanecem, à exceção da questão relacionada à definição do que seja “se colocar em relação imediata com a realização do tipo delitivo”. Por isso, - mas reconhecendo o mérito de que os partidários desta teoria buscaram restringir as imprecisões da vertente majoritária -, não se deve adotar a posição minoritária da teoria objetivo-individual. Permanece sem resposta a pergunta: o que é uma “ação de execução específica do tipo”? Quais são as características de um ato para que este seja considerado como de “execução específica do tipo”, de maneira a configurar o início de execução?

Além disso, uma questão deve ser mais uma vez frisada: permitir que atos exteriores ou anteriores à prática do verbo típico ou de elementares típicas configurem início de execução é algo que somente é lícito se houver vinculação dessas ações com o conteúdo dos tipos penais da parte especial. E, nesse ponto, a vertente majoritária parece cumprir tal requisito. O problema desta teoria é a imprecisão que reveste seus conceitos. Assim, diante de teorias imprecisas (como a teoria objetivo-individual e todas as demais estudadas anteriormente neste trabalho), deve-se preferir teorias mais restritivas, de maneira a minimizar o subjetivismo judicial. Neste caso, entre a vertente majoritária e a vertente minoritária, é preferível a minoritária, por mais restritiva, apesar de ser também insatisfatória, como apontado.

²¹⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juez. **Direito Penal**. *Op cit.*, p.384-385.

6.2 Posições Ecléticas

Encontra-se na doutrina posicionamentos no sentido de que deve haver uma composição de critérios para apontar, nos casos concretos, quais seriam os atos de execução de uma infração penal.

É a posição, por exemplo, de Regis Prado. Veja-se:

Do exposto ressaí a necessidade de uma conjugação de critérios. O problema da delimitação entre ato preparatório e executivo consiste fundamentalmente na fixação dos limites da ação típica. O ponto de arranque, portanto, deve ser a teoria formal-objetiva, estreitamente vinculada ao princípio da reserva legal. Todavia, para evitar o inconveniente de seu caráter excessivamente restritivo, faz-se indispensável a adoção de critérios materiais-subjetivos (unidade natural da ação/início do ataque ao bem jurídico e a resolução para o fato), conforme a peculiar estrutura do tipo legal. Em princípio, os atos executivos são os abarcados pelo núcleo típico, incluindo sua zona periférica.²²⁰

Também posiciona-se no sentido da adoção de um critério compositivo Silva Franco, que preleciona, após abordar as diversas teorias e, em especial, a teoria objetivo-formal e a teoria objetivo-individual:

Daí a necessidade de composição dos dois critérios – o da correspondência formal com o tipo e o do plano do autor – para efeito de estabelecer, com nitidez, a linha demarcatória entre a preparação e a execução. Uma fórmula de compromisso que parte de um critério reitor objetivo, enriquecido no entanto por uma atenta observação do plano do autor.²²¹

A seguir, vejam-se as críticas às quais os critérios compositivos devem buscar responder.

6.2.1 Críticas

²²⁰ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro. Op. cit.*, p.464.

²²¹ FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coords.). *Código Penal e sua Interpretação. Op. cit.*, p.131-132.

A utilização de diversas teorias para o fim de solucionar o problema do início de execução implica uma série de problemas.

Em primeiro lugar, a conjugação de teorias não soluciona os problemas individualizados das diversas teorias utilizadas. A soma das teorias não faz desaparecer seus defeitos. Pelo contrário. Ocorre uma amplificação dos problemas. Potencializa-se a possibilidade de arbítrio e o desrespeito aos princípios da legalidade e ofensividade. Ao invés de solucionar os problemas relacionados às indeterminações conceituais de cada uma das teorias, prefere-se a soma de todas as indeterminações, gerando uma indeterminação conceitual ainda maior.

Em segundo lugar, não há qualquer indicação de critério geral que balize a escolha e a utilização das teorias conjugadamente nos casos concretos. Em outras palavras: deve haver a indicação de uma teoria do delito que justifique a adoção de critérios compositivos. No caso de Regis Prado, por exemplo, não houve justificativa vinculada à teoria finalista do delito (marco teórico adotado pelo referido autor) para que fossem conjugados os critérios por ele indicados.

Por isso, e sobretudo pela amplificação dos problemas relacionados às indeterminações conceituais, não se deve adotar a conjugação de critérios da maneira proposta pelos autores acima indicados.

6.3 A Teoria do Ato Produtor da Finalidade de Nelson Pessoa

A teoria do ato produtor da finalidade foi criada pelo jurista argentino Nelson Pessoa, e foi enunciada pela primeira vez na primeira edição da obra *La Tentativa*, publicada em 1987. Atualmente, a obra está na 2ª edição, publicada no ano de 1998.

Referida teoria nada mais é que uma tentativa de concretização das teorias objetivo-individuais. Trata-se, portanto, de teoria objetivo-subjetiva, criada a partir da concepção

minoritária da teoria objetivo-individual²²². Seu maior mérito reside no fato de ser uma primeira busca de maior caracterização dos atos de execução no âmbito do plano do autor.

Pessoa afirma que, apesar de ter cunhado a teoria do ato produtor da finalidade a partir das ideias de Welzel (especificamente, da teoria do finalismo penal e da teoria objetivo-individual da tentativa), atualmente já não mais se filia às vertentes finalistas do Direito Penal. Contudo, para o fim de delimitar conceitualmente os atos de execução, ainda considera correta sua teoria do ato produtor da finalidade, ainda que ela esteja amparada em bases finalistas^{223 224}.

Pessoa pretendeu, ao desenvolver a teoria do ato produtor da finalidade, construí-la sobre a base dos tipos penais. Isto, em virtude de considerar que, se a tentativa é uma conduta típica, o começo de execução deve ser vinculado à ação descrita nos tipos penais. Contudo, Pessoa considera que ampliar o âmbito do início de execução para atos anteriores ou exteriores à prática da ação típica implicaria violação dos princípios da legalidade e da ofensividade. Verifica-se nítida influência da teoria objetivo-formal de Beling, neste sentido.²²⁵

A teoria do ato produtor da finalidade tem como pressuposto o conceito de conduta cunhado no âmbito do finalismo penal. Do conceito finalista de conduta, Pessoa ressalta três aspectos: a finalidade, a absoluta individualidade da conduta e o processo de seleção de meio para atingir a finalidade.²²⁶

A referência à finalidade que deve estar presente em toda atividade humana para esta seja considerada conduta em sentido jurídico-penal é devida em virtude do fato de que o critério de Nelson Pessoa é voltado, como seu próprio nome diz, para a definição da qualidade que um ato deve ter para ser considerado como produtor da finalidade, no âmbito do plano traçado pelo agente.

²²² PESSOA, Nelson. **La Tentativa**. *Op. cit.*, p.61.

²²³ PESSOA, Nelson. **La Tentativa**. *Op. cit.*, p.61, nota 1.

²²⁴ Causa perplexidade o fato de que, apesar dos grandes problemas de todas as demais teorias abordadas até aqui, somente há uma obra no Brasil (notadamente, a monografia de Marina Becker sobre a tentativa criminosa), que analisa a teoria do ato produtor da finalidade - justamente a teoria que tem o grande mérito de buscar uma concretização de critérios e precisar o conteúdo dos conceitos. Também gera perplexidade o fato de tal teoria não ser sequer mencionada por Zaffaroni em suas obras mais atuais, considerando que este autor foi responsável pela redação do prólogo da 2ª edição de *La Tentativa*.

²²⁵ PESSOA, Nelson. **La Tentativa**. *Op. cit.*, p.62-63.

²²⁶ PESSOA, Nelson. **La Tentativa**. *Op. cit.*, p.64.

No que se refere à questão da individualidade da ação, Pessoa aponta que cada conduta humana é um fato dotado de absoluta singularidade ou individualidade, enquanto dado concreto que se produz no mundo. Cada conduta praticada pelo homem no mundo encontra-se caracterizada por irrepetíveis e inigualáveis circunstâncias que as tornam únicas. Não há que se falar em condutas abstratas. Na realidade, sustenta Pessoa, cada conduta está inserida em cenários históricos reais e concretos.²²⁷

Por fim, a questão da seleção dos meios para a obtenção da finalidade é, para Nelson Pessoa, o cerne do problema da definição do início de execução na tentativa. A partir do momento em que o sujeito ativo se propõe atingir uma finalidade determinada, escolhe mentalmente o meio através do qual buscará atingir tal finalidade. A partir da finalidade, o agente realiza um processo mental de ‘retrocesso’, definindo qual meio empregará para produzir o fim desejado.²²⁸

Entra-se, assim, no núcleo do problema, de acordo com Nelson Pessoa. Para o autor, deve-se investigar pormenorizadamente a estrutura do plano concreto que o autor traça para atingir a finalidade. Assim, o sujeito ativo se propõe atingir determinado fim e, para tanto, escolhe um meio, o que se reveste de absoluta individualidade (tanto o fim, quanto o meio selecionado para atingi-lo são absolutamente singulares). Esta particularização de fins e de meios é, para Nelson Pessoa, o que se denomina ‘plano concreto do autor’. Um possível

²²⁷ PESSOA, Nelson. **La Tentativa**. *Op. cit.*, p.65-66. Veja-se o que afirma o autor: “*Las acciones de ‘matar’ realizadas por los hombres no se producen como fenómenos indeterminados, sino que son la acción de Juan, Pedro o Luis, etc., que matan a Diego, Carlos o Antonio, em determinado lugar, momento, usando tal medio o de determinada forma; em resumen, em el plano de lo óntico, nos encontramos con que Juan mató a Carlos, el día lunes, em horas de la tarde, que lo invitó a tomar un café em su casa, y encontrándose em ella, le sirvió el café envenenado. Estas afirmaciones que acabamos de hacer, y de insistir em su importância, pueden aparecer como verdades de perogrullo, como ratificaciones de lo obvio, pero he ahí la paradoja, por ser demasiado óbvio lo óntico, creemos que fue dejado de lado o no mirado con suficiente atención. Nuestra propuesta asienta sus raíces em ello, esa es la razón de la insistencia como se verá oportunamente. No debemos olvidar de separar los planos intimamente relacionados pero diferentes, el plano de lo conceptual u ontológico y el plano de lo real u óntico. En el plano de lo conceptual u ontológico, ‘matar’ se nos presenta como um concepto, como una idea ‘platónica’, como una abstracción, donde se reúnen determinadas notas ‘esenciales’ que permiten definir a un determinado tipo de acción y a la vez permite distinguir a esta acción de otras – bailar, fumar, leer, etc. –; ‘matar’ em el plano de lo conceptual es una abstracción que significa e lacto de un hombre de quitar la vida a outro, más allá de todas la particularidades con que el mismo se manifiesta em la realidad. En el plano de lo real u óntico, ya sabemos, que la acción humana, em nuestro caso ‘matar’, es um fenómeno de absoluta singularidad” (p.66).*

²²⁸ PESSOA, Nelson. **La Tentativa**. *Op. cit.*, p.67. Veja-se um exemplo: “*Miremos un ejemplo sencillo, um niño quiere romper el vidrio de una ventana (fin), luego piensa el medio, escoge o selecciona ‘arrojar una piedra’, piensa también dónde buscará la piedra, resuelto el programa de médios, lo que acontece em el plano del pensamiento, el niño pone em movimiento esa causalidad programada, ya opera em el mundo, busca la piedra, la toma y la arroja contra el vidrio rompiéndolo y obteniendo así su fin” (p.68).*

conceito de ‘plano concreto do autor’ seria o seguinte: o ‘plano concreto do autor’ é a manifestação absolutamente singular da conduta humana determinada pela individualidade dos fins e dos meios da mesma, em função das reais circunstâncias em que se encontra o homem que a realiza.²²⁹

Verifica-se que, no interior do ‘plano concreto do autor’, encontra-se uma série de atos unidos pela finalidade. Tal cadeia de atos pode ser mais ou menos ampla. A estrutura do plano concreto do autor e do processo de seleção de meios integra-se, portanto, de uma série de atos. Tais atos podem cumprir uma dentre duas possíveis funções nesta estrutura. Alguns atos apenas possibilitam atingir a finalidade. Outros são considerados produtores da finalidade. Os primeiros são atos preparatórios, eis que não produzem a finalidade, apenas a possibilitam. Os segundos são atos de execução: materializam a ocorrência da finalidade pretendida, que somente não vem a ocorrer por circunstâncias alheias à vontade do agente.²³⁰

Assim, para Pessoa, somente o ato produtor da finalidade é ato de tentativa. Atos que meramente possibilitem atingir a finalidade são atos preparatórios, impuníveis (a não ser que previstos autonomamente como infrações penais, o que possibilita a punição do agente pela prática de infração penal consumada).²³¹

Os atos produtores da finalidade podem ser conceituados como aqueles que, de acordo com o plano do agente, foram escolhidos especificamente para fazer efetivo o fim por ele almejado. Todos os demais atos, anteriores aos atos produtores da finalidade, seriam atos destinados a apenas possibilitar atingir a finalidade desejada através do ato produtor da finalidade.²³²

Pessoa frisa que é necessário esclarecer que pode haver um ou mais atos produtores da finalidade em um mesmo ‘plano concreto do autor’. Nos casos em que, dentro do plano do agente, a finalidade somente é atingida através de vários atos produtores, a prática do primeiro deles já configura início de execução da infração penal.²³³

²²⁹ PESSOA, Nelson. **La Tentativa**. *Op. cit.*, p.68-69.

²³⁰ PESSOA, Nelson. **La Tentativa**. *Op. cit.*, p.70-73.

²³¹ PESSOA, Nelson. **La Tentativa**. *Op. cit.*, p.73.

²³² PESSOA, Nelson. **La Tentativa**. *Op. cit.*, p.73-74.

²³³ PESSOA, Nelson. **La Tentativa**. *Op. cit.*, p.75-76.

Aponte-se também que o que determina a extensão do ato produtor da finalidade é o tipo penal. Entende Pessoa que os atos produtores da finalidade podem ser aqueles que materializam um componente típico (por exemplo, a prática de violência, no crime de roubo, ainda que não se tenha tomado a coisa alheia).²³⁴ Em outras palavras: a noção de ato produtor da finalidade engloba tanto os atos que efetivamente são voltados para a materialização do resultado pretendido, quanto os atos de prática de alguma elementar típica. Quando uma infração penal requer um meio específico (por exemplo, a violência), seu emprego ou sua prática já configuram ato produtor da finalidade e são atos de execução.²³⁵

Há de ser considerado também que, em virtude da singularidade de cada plano concreto do autor, a determinação do ato produtor da finalidade deverá ser feita de maneira individualizada, pois o ato poderá variar mesmo em planos razoavelmente semelhantes.²³⁶

Como concretização da teoria objetivo-individual, é perfeitamente possível a adoção da teoria do ato produtor da finalidade no Direito Penal brasileiro. Não há óbice normativo para tanto.

Uma curiosidade: o art. 16, parágrafo 1 do Código Penal espanhol tem redação que permite a adoção direta da teoria do ato produtor da finalidade. Veja-se:

Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.²³⁷

Assim colocadas as principais características da teoria do ato produtor da finalidade, seguem as críticas.

6.3.1 Crítica

²³⁴ PESSOA, Nelson. **La Tentativa**. *Op. cit.*, p.78-79.

²³⁵ PESSOA, Nelson. **La Tentativa**. *Op. cit.*, p.80.

²³⁶ PESSOA, Nelson. **La Tentativa**. *Op. cit.*, p.81.

²³⁷ ESPANHA. Código Penal.

A teoria do ato produtor da finalidade representa grande avanço diante das teorias do início de execução analisadas anteriormente, pois apresenta um critério de concretização a partir do qual as teorias objetivo-subjetivas (especificamente, as teorias objetivo-individuais) podem ser aplicadas com maior segurança.

É de se observar, ainda, que a teoria do ato produtor da finalidade encontra-se fortemente vinculada ao princípio da legalidade e ao conteúdo dos tipos penais, permitindo que os tipos penais cumpram com sua função de garantia.

Da mesma forma que as demais teorias objetivo-subjetivas, a teoria do ato produtor da finalidade, ao considerar aspectos subjetivos para delimitar atos preparatórios e atos de execução, permite muito maior precisão que as teorias de cunho meramente objetivo. Além disso, ao buscar definir os principais conceitos e critérios que emprega, de fato concretiza uma forma de definição de atos de execução.

Ocorre, contudo, que a teoria do ato produtor da finalidade não está isenta de problemas.

Becker aponta que esta teoria “(...) ressent-se de um formalismo excessivo, compatível com a teoria formal-objetiva”²³⁸. Não tem razão de ser tal crítica, contudo. Na verdade, a vinculação da teoria do ato produtor da finalidade com o conteúdo dos tipos penais apenas reforça a função de garantia dos tipos penais e respeita o princípio da legalidade. Reconhece-se que seria possível abranger, no âmbito da teoria em comento, atos anteriores ou exteriores aos atos produtores da finalidade (em virtude da natureza jurídica do art. 14, II, como já frisado), mas isto não se fez necessário. Além disso, apesar desta possibilidade de abrangências de atos anteriores ou exteriores, tal somente poderia ocorrer através de fundamentação adequada, não bastando afirmar que a teoria é restritiva. E esta fundamentação não seria possível no âmbito do finalismo penal: como seria possível afirmar que as estruturas lógico-reais demandariam que se considerassem como atos execução aqueles anteriores aos atos produtores da finalidade? Observe-se que, caso a teoria do ato produtor da finalidade seja adotada em um sistema funcionalista, seria possível a fundamentação: seria cabível estender a noção de início de execução para atos anteriores

²³⁸ BECKER, Marina. **Tentativa Criminosa**. *Op. cit.*, p.161.

aos produtores da finalidade quando somente desta maneira se pudesse fazer com que o instituto em comento viesse a cumprir sua função.

Como a teoria do ato produtor da finalidade encontra-se vinculada à teoria finalista, verifica-se, assim, incorreta a crítica de Becker.

Outra crítica há, contudo. Em primeiro lugar, aponte-se que a teoria do ato produtor da finalidade encontra-se vinculada à teoria finalista do delito. Como exposto no capítulo 3 deste trabalho, a teoria finalista do delito não é metodologicamente adequada para a solução do problema proposto. Torna-se a perguntar: como as estruturas lógico-reais podem contribuir para solucionar o problema do início de execução? Não podem. Assim, verifica-se que, apesar dos pontos fortes desta teoria, já indicados, esta somente seria plenamente adequada no âmbito de uma concepção funcionalista do Direito Penal. Isto em virtude do fato de que a teoria poderia ser adequada para atingir a função proposta para o conceito de 'início de execução'.

Conclui-se, assim, que a teoria do ato produtor da finalidade tem o grande mérito de ter concretizado a teoria objetivo-individual, precisando conceitos e apresentando verdadeiro critério de delimitação de atos preparatórios e atos de execução. Além disso, referida teoria tem o mérito de vincular-se ao conteúdo dos tipos penais, assegurando, assim, a função de garantia dos tipos. Ocorre, contudo, que a teoria em comento encontra-se vinculada a uma concepção finalista de Direito Penal. Assim, torna-se necessário adaptá-la ao funcionalismo penal (especificamente, ao funcionalismo redutor, que norteia este trabalho).

6.4 Teorias Objetivo-Subjetivas no âmbito do TJMG

No STJ, não se encontram decisões esposando teorias objetivo-subjetivas.

No âmbito do TJMG, contudo, há acórdãos em que foi adotada expressamente a teoria objetivo-individual. Veja-se:

VALORAÇÃO POLÍTICO-CRIMINAL DO CONCEITO JURÍDICO DE CRIME TENTADO - TEORIA OBJETIVO-MATERIAL E TEORIA OBJETIVO INDIVIDUAL - CONFORMIDADE COM A CONCEPÇÃO FUNCIONALISTA - APLICAÇÃO - RÉU QUE INVADE A RESIDÊNCIA DA VÍTIMA PARA SUBTRAÇÃO PATRIMONIAL - CORRESPONDÊNCIA AO PLANO CONCRETO DE EXECUÇÃO DO AUTOR - TENTATIVA CONFIGURADA - CONDENAÇÃO MANTIDA. A correta delimitação entre atos preparatórios e início de execução tem sido apontada pela doutrina como um dos maiores problemas da dogmática penal, maximizado pela circunstância de que tal diferenciação consiste também na linha limítrofe entre a punição e a irrelevância para o Direito Penal. O sistema funcionalista jurídico-penal, apresentado por Claus Roxin nos idos de 1970, ao preencher as interrogações dogmáticas do finalismo, através de valorações político-criminais atua, v.g., sobre a teoria objetiva adotada para definição da tentativa punível, ou seja, do início de realização da ação típica, valorando-a de acordo com a função do Direito Penal e tornando-a mais cristalina e individualizada. Na diferenciação entre atos preparatórios e executórios, para fins de delimitação da tentativa, deve o intérprete partir de uma concepção funcionalista, conjugando-a com a teoria objetivo-material e sua variante objetivo-individual que impõe, além de um juízo valorativo sobre a ameaça ao bem jurídico tutelado, a observação do plano concreto do autor, aferindo se o ato investigado guarda relação de imediatidade com o começo de execução, segundo o planejamento delituoso. Configura tentativa de furto a ação do réu que invade a residência da vítima, pelo telhado, para fins de subtração patrimonial e é surpreendido por terceiros quando escolhia os objetos a serem subtraídos, estando claro o pleno funcionamento do plano concreto de execução delituosa do agente.²³⁹

É notável que neste aresto foi encampada a teoria objetivo-individual, mas não no bojo de uma concepção finalista do delito. Observa-se que a teoria objetivo-individual foi adotada e aplicada pelo Tribunal no âmbito de uma concepção funcionalista (moderada) do delito. Em princípio, correta a posição do Tribunal, ao não se vincular à teoria finalista.

Verifica-se que, no âmbito do TJMG, não há jurisprudência consolidada quanto à questão do início de execução.

²³⁹ TJMG. **Ap. Crim. 1.0686.04.098455-7/001**. Rel. Des. Alexandre Victor de Carvalho. Julg. 29 Nov. 2005. Publ. em 21 Jan. 2006. Também adotando a teoria objetivo-individual: TJMG. **Ap. Crim. 1.0145.06.331071-1/001**. Rel. Des. Hélcio Valentim. Julg. 08 Mai. 2007. Publ. em 19 Mai. 2007; TJMG. **Ap. Crim. 1.0430.06.000624-3/001**. Rel. Des. Hélcio Valentim. Julg. 29 Jan. 2008. Publ. em 01 Mar. 2008.

8 A TEORIA DO ATO PRODUTOR DA FINALIDADE EM UMA PERSPECTIVA FUNCIONAL-REDUTORA

Após exame e crítica das principais teorias que visam solucionar o problema do início de execução, é possível verificar que, dentre todas aquelas que foram analisadas, a menos problemática é a do ato produtor da finalidade.

Ocorre, contudo, que esta teoria não está livre de problemas pontuais, já indicados na seção 6. Na presente seção, tem-se como objetivo oferecer uma proposta de complemento à teoria do ato produtor da finalidade, de maneira a torna-la mais adequada a uma perspectiva funcional-redutora do Direito Penal.

Para tanto, deve-se recordar a lição de Zaffaroni, *et al*:

A dogmática não pode prescindir jamais de uma decisão extralegal prévia que lhe confira sentido e unifique a construção. Uma dogmática do gênero ‘arte pela arte’ transforma o operador judicial num perigoso autômato, que manobra um programa cuja função ignora – mas que se exercerá inexoravelmente, apesar de manobrado por um néscio que julga indispensável saber para que e a quem serve aquilo que ele mesmo faz. Sistemáticas teleológicas são aquelas que se constroem atendendo a uma decisão prévia que tenha por referência fins atribuídos à pena ou sua própria função perante o poder punitivo, ao contrário das sistemáticas classificatórias. Toda sistemática responde a certa ideologia: as teleológicas exibem suas ideologias e submetem a debate seus fundamentos, enquanto as classificatórias escondem suas opções ideológicas e interditam o debate simulando aspirar a um grau de assepsia científica que o dispensaria.²⁴⁰

Para complementar a afirmação de Zaffaroni, *et al*, veja-se a lição de Galvão:

Importa notar que a escolha da teoria que será utilizada para a identificação do ato preparatório é essencialmente política. Conforme a teoria adotada, pode-se antecipar ou retardar o reconhecimento do ato executório que autoriza a intervenção repressiva. O objetivo de oferecer maior proteção ao acusado é satisfeito com a vinculação da tentativa aos estreitos limites da descrição típica, em respeito absoluto ao princípio da reserva legal. Já o interesse de aumentar a proteção ao bem jurídico indica a necessidade de interpretar o sentido do comportamento humano. A adequação típica é produto de atividade axiológica

²⁴⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *et al*. **Direito Penal Brasileiro**. V. II, I. *Op. cit.*, p.25-26.

que interpreta a realidade, conforme a necessidade da intervenção repressiva.²⁴¹

As lições acima apontadas são evidentes: tanto o Direito Penal, quanto a própria fórmula do 'início de execução' devem servir a alguma finalidade, devem cumprir alguma função. No funcionalismo redutor a função que o Direito Penal deve perseguir é clara: conter e reduzir a irracionalidade do poder punitivo. Afirmam Zaffaroni, *et al*:

É na interpretação das leis penais que o direito penal pode realizar sua mais importante função de conter e reduzir o poder punitivo. Como já exposto, o saber (ou ciência) do direito penal deve operar como dique de contenção das sujas e turbulentas águas do estado de polícia, para impedir a submersão do estado de direito. Situadas em nível superior ao do estado de direito, tais águas represadas ameaçam ininterruptamente vazar por sobre o dique. Entre a abertura total das comportas, que afogaria o estado de direito, e a plena acumulação do volume das águas, que levaria ao mesmo resultado pela ruptura do dique ou pela ultrapassagem de seu nível, cabe uma operação seletiva, que deixe escoarem-se as águas menos sujas e procure abrandar as mais turbulentas. A metáfora do dique nos permite constatar que, se o poder punitivo distribui sua violência seletivamente, a contenção redutora que lhe opõe o direito penal também se exercer seletivamente.²⁴²

Se o Direito Penal, enquanto saber, deve ser voltado para cumprir a função de conter e reduzir a irracionalidade do poder punitivo, pergunta-se: há alguma função específica que deve ser atribuída à fórmula do 'início de execução', para que, de fato, o Direito Penal cumpra seu papel diante de casos concretos envolvendo atos preparatórios e atos de execução?

A resposta é positiva. Uma teoria do 'início de execução' que pretenda fazer com que o operador/intérprete do Direito (sobretudo os juízes) de fato exerça seu papel de contenção e redução da irracionalidade do poder punitivo deve perseguir uma função redutora específica. E tal função redutora seria a de não permitir a incriminação de atos que não representem uma exposição a perigo concreto de dano a bens jurídicos de terceiro e, ao mesmo tempo, não permitir a incriminação de atos que não estejam diretamente vinculados ao conteúdo dos tipos penais. Admitir a punição de atos que não estejam vinculados a um

²⁴¹ GALVÃO, Fernando. **Direito Penal**. *Op. cit.*, p.721.

²⁴² ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *et al*. **Direito Penal Brasileiro**. V. II,I. *Op. cit.*, p.20. Grifos nossos.

tipo penal, e que não gerem exposição a perigo para um bem jurídico de terceiro é permitir a aplicação de pena para conduta que não se reveste de tipicidade (sequer formalmente). Além disso, deve-se ter em mente que teorias revestidas de imprecisão conceitual dos atos preparatórios e dos atos de execução podem, em casos concretos, dar azo a manifestações práticas de um direito penal de autor²⁴³. Por fim, a teoria adotada deve permitir uma fundamentação racional, com balizas sólidas, das decisões judiciais acerca do início da execução.

Adotar qualquer das teorias de cunho objetivo, ou adotar as teorias objetivo-individuais, implica admitir a possibilidade de tratar uma questão tão grave quanto a do limite da tipicidade utilizando conceitos vagos e indeterminados. E, justamente no que se refere à questão da indeterminação conceitual, reside o mérito da teoria do ato produtor da finalidade: trata-se de vertente teórica vinculada à necessidade de observância dos princípios da legalidade e da ofensividade, e que busca fazê-lo através de proposta concreta de diferenciação de atos preparatórios e atos de execução, indicando critérios sólidos e que permitem ao operador/intérprete do Direito Penal verificar, no caso concreto, quando um determinado ato se reveste de tipicidade, configurando o início de execução.

Note-se que não é cabível afirmar que a adoção das teorias objetivas, ou objetivo-individuais, permitiria à fórmula do 'início de execução' cumprir com sua função redutora. Tais teorias não possibilitam que se cumpra a função proposta em virtude do fato de que não estabelecem critérios concretos para tanto. São meras pautas genéricas, são meros 'princípios' que não se revestem de precisão para a solução dos casos concretos.

Um ponto a se destacar é o de que Pessoa adota, como visto, o conceito finalista de ação, sendo que a teoria do ato produtor da finalidade foi construída com fundamento no referido conceito. Isto implica a seguinte pergunta: diante do conceito de conduta esposado por Zaffaroni²⁴⁴, a teoria do ato produtor da finalidade poderia ser adotada?

A resposta é positiva. Vejam-se as palavras de Zaffaroni, *et al*:

²⁴³ Lembrando que o que importa é a característica do ato em questão, e não características pessoais do agente.

²⁴⁴ A conduta é, para Zaffaroni, "*um comportamiento humano (por ende, conforme a sentido) que se exterioriza con efectos en certo contexto mundano*" (ZAFFARONI, *et al. Derecho Penal. Op. cit.*, p.421).

(...) os princípios *nullum crimen sine conducta* e *cogitationis poenam nemo patitur* têm raízes constitucionais, o que viabiliza a construção de um conceito jurídico-penal de ação que possa prevalecer sobre os tipos que o violem e seja capaz de cumprir a tarefa constitucional de balizar o legislador. Perante a teleologia que atravessa nosso empreendimento sistemático, o conceito de ação será tanto mais funcional quanto mais redutor. Historicamente, o conceito que mais açambarcou dados da realidade da conduta foi o finalista, criticado precisamente por sua suposta inaptidão para fornecer a base de todas as formas típicas. Isto indicaria que a consideração da finalidade, na linha do modelo welzeliano de ação, é útil para demarcar seu conceito jurídico e garantir mais adequadamente o *nullum crimen sine conducta*. Entre qualquer conceito mais dúbil de ação e o conceito finalista, tomados todos como conceitos jurídicos (isto é, abandonando toda pretensão ontologista), o finalista é política e tecnicamente preferível.²⁴⁵

É importante notar que o conceito de ação esposado por Zaffaroni trata a finalidade como elemento redutor²⁴⁶:

(...) cabe reafirmar que o componente final integra qualquer conduta humana, e as condutas tipificadas em estruturas dolosas ou culposas, ativas ou omissivas, são sempre finais, até por exigência sistemática, já que sem o dado da finalidade concreta complica-se extraordinariamente, e às vezes se torna impossível, o reconhecimento da tipicidade.²⁴⁷

Por fim, no que se refere ao conceito por Zaffaroni, é necessário destacar que a “(...) ação seja um conceito jurídico e não um simples dado da realidade”²⁴⁸. Em outras palavras, o conceito zaffaroniano de ação (ou, diríamos, de conduta) não é estruturado em bases ôntico-ontológicas, mas, sim, em bases jurídicas. Ocorre apenas a limitação deste conceito por tais estruturas, no sentido de que este não pode desrespeitá-las.

Conclui-se, assim, que a teoria do ato produtor da finalidade é plenamente compatível com a teoria do funcionalismo redutor, e possibilita que a fórmula do ‘início de execução’ cumpra com sua função redutora. Isto, porque o ato produtor da finalidade está intimamente ligado aos tipos penais previstos na parte especial (o que assegura a tipicidade formal), e também pelo fato de que apenas um ato cuja finalidade direta é produzir o resultado almejado pode expor a perigo concreto de dano o bem jurídico visado pelo

²⁴⁵ ZAFFARONI, *et al.* **Direito Penal Brasileiro**. V. II, I. *Op. cit.*, p.103.

²⁴⁶ BRODT, Luís Augusto Sanzo. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. *Op. cit.*, p.106.

²⁴⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *et al.* **Direito Penal Brasileiro**. V II, I. *Op. cit.*, p.103-104.

²⁴⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *et al.* **Direito Penal Brasileiro**. V II, I. *Op. cit.*, p.100.

agente. Assim, verifica-se que a posição adotada neste trabalho é diferente daquela esposada por Zaffaroni, *et al* (que adotam a teoria objetivo-individual welzeliana), inclusive no que se refere à necessidade de funcionalização da fórmula.

Feitas tais colocações, proceder-se-á à testagem da teoria do ato produtor da finalidade relativamente a estruturas típicas peculiares e a casos controversos.

9 TESTE TEÓRICO: A DEFINIÇÃO DOS ATOS DE EXECUÇÃO EM CASOS PARTICULARES

Nesta seção, a teoria do ato produtor da finalidade será testada diante de casos particulares.

9.1 Caso 1: Autoria Mediata

O caso: um médico decide matar um paciente. Para tanto, pretende valer-se de um enfermeiro, a quem solicita que injete na vítima determinado medicamento. Ocorre, contudo, que o medicamento recomendado é altamente prejudicial para o paciente em questão, o que é desconhecido pelo enfermeiro (que também não tem razões para desconfiar da conduta do médico). O médico receita dose suficiente para matar a vítima. Após preparar a seringa com o medicamento, o médico a entrega ao enfermeiro e solicita que esta proceda com a injeção. Pergunta-se: houve início de execução do crime de homicídio?

Trata-se de questão controversa. A doutrina apresenta, no mínimo, duas posições. A primeira é a daqueles que sustentam que somente haverá início de execução se o 'instrumento' (o enfermeiro) iniciar a aplicação do medicamento²⁴⁹. A segunda é a daqueles que sustentam que o início de execução ocorreu, pois o que determina o início de execução é o fato do 'instrumento' ter sido acionado²⁵⁰.

Ao contrário do sustentado por Pessoa, e com o devido respeito, a segunda posição se reveste de maior correção. Isto, porque o início de execução de um crime não pode estar vinculada a ato de terceiro, mas, sim, a ato do próprio agente. O que interessa, neste sentido, é a análise do ato do agente em relação ao emprego do meio escolhido para atingir a finalidade. No caso em questão, o ato produtor da finalidade ocorreu, em virtude de ter sido acionado o 'meio' apto a produzir o resultado pretendido.²⁵¹ A partir do momento em

²⁴⁹ PESSOA, Nelson. *La Tentativa. Op. cit.*, p.90 e ss.

²⁵⁰ ZAFFARONI compartilha desta posição, de acordo com PESSOA, Nelson. *La Tentativa. Op. cit.*, p.90 e ss.

²⁵¹ Assim parece entender, a depender do caso, ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal. Op. cit.*, p.326 e ss.

que a seringa foi entregue ao enfermeiro com a ordem para a aplicação do medicamento, houve início de execução.

Os partidários da primeira posição – que sustenta haver início de execução apenas se o ‘instrumento’ atuar – parecem incorrer em um erro simples. Observe-se: alguém pretende matar a outrem mediante disparo de arma de fogo. O agente aponta a arma para a vítima e aperta o gatilho. A arma, porém, em virtude de um defeito de fabricação da arma (que a torna apenas relativamente ineficaz para produzir o resultado), não dispara. Houve início de execução e tentativa criminosa? A resposta é positiva. No caso do exemplo, o enfermeiro é mero instrumento, assim como a arma de fogo. Ele pode e deve cumprir a ordem do médico. Normalmente, ele cumpriria a ordem. A arma de fogo do caso descrito neste parágrafo também cumpriria normalmente seu papel, se não houvesse o defeito de fabricação que a tornou relativamente ineficaz. Assim, chega-se à seguinte conclusão: o que importa, enquanto ato produtor da finalidade, é o acionamento do meio para a produção do resultado. Se a ocorrência do resultado (e a caracterização do ato produtor da finalidade) dependesse de fatores relacionados ao meio, no caso da arma de fogo acima descrito, não haveria tentativa.

9.2 Caso 2: Crime Omissivo Impróprio

O caso: “uns pais abandonam o filho recém-nascido sem qualquer proteção, indo para casa, a fim de que este morra”²⁵². Ou, ainda: uma mãe deixa de amamentar seu filho recém-nascido, com a intenção de que ele morra de inanição. Houve início de execução do crime de homicídio?

Trata-se também de tema controverso. Roxin, por exemplo, entende ter havido início de execução e, conseqüentemente, tentativa, desde que tenha sido comprovada, no caso concreto, uma colocação direta da vida da criança em perigo²⁵³.

²⁵² ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. *Op. cit.*, p.330.

²⁵³ ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. *Op. cit.*, p.330.

Ocorre, contudo, que em crimes omissivos impróprios não há, propriamente, início de execução e, portanto, tentativa. É o que afirma Cirino dos Santos:

O argumento de que a tentativa de omissão de ação, segundo Welzel e Armin Kaufmann, só pode ser concebida como omissão da tentativa de realizar a ação mandada, parece incontestável; contudo, a opinião dominante afirma o seguinte: na omissão de ação própria a tentativa é, sempre, inidônea; na omissão de ação imprópria, o problema é caracterizar o começo da tentativa, porque o critério legal refere-se à ação – e não à omissão de ação. A moderna dogmática alemã identifica a tentativa de omissão de ação imprópria na criação ou ampliação de perigo para o objeto protegido, consistente na perda da primeira possibilidade para realizar a ação mandada, ou na perda do último momento para excluir o resultado, que marca a independência do processo causal em relação ao autor. Ao contrário, a desistência da tentativa de omitir a ação mandada somente se configura mediante uma atividade positiva: o motorista retorna da fuga do local do acidente e conduz o ferido para o hospital. Na legislação brasileira, o critério objetivo do início de execução da definição legal de tentativa (art. 14, II, CP) tem por objeto, exclusivamente, os crimes de ação: o início de execução somente poderia existir na realização da ação mandada – e, portanto, no cumprimento do dever jurídico de agir -, nunca na omissão de ação, caracterizada pela ausência de qualquer processo executivo. Assim, do ponto de vista do princípio da legalidade, a punição da tentativa de omissão da ação, própria ou imprópria, é inconstitucional – e qualquer solução diferente passa, necessariamente, pela mudança da definição legal.²⁵⁴

Com razão Cirino dos Santos. Observe-se que a doutrina que compartilha do entendimento de ser possível a existência da tentativa nos crimes omissivos impróprios se baseia, para tanto, no critério da exposição a perigo do bem jurídico que se pretende ofender. Ocorre que, ao afirmar que o início da execução ocorre quando o bem jurídico que se pretende ofender está exposto a perigo, voltamos a trabalhar com um critério vago, impreciso. Pessoa, por exemplo, defende tal posição²⁵⁵, e incorre em contradição com a própria teoria por ele concebida. Assim, em resumo, não há se falar em início de execução em crimes omissivos impróprios. Este conceito somente é válido, como afirmou Cirino dos Santos, para crimes comissivos. Afinal, como admitir início de execução de um ‘não fazer o que a norma determina’? Como executar um não fazer?

²⁵⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**. *Op. cit.*, p. 215-216.

²⁵⁵ PESSOA, Nelson. **La Tentativa**. *Op. cit.*, p.93-101.

9.3 Caso 3: Crime que Exige Atos Múltiplos de Execução

O caso: uma mulher deseja matar seu marido através de envenenamento. Para tanto, pretende utilizar doses diárias de veneno. Tais doses, isoladamente, não seriam capazes de causar a morte. Somente a soma de todas as doses ministradas diariamente seria capaz de causar a morte. Assim, pergunta-se: o ato de ministrar a primeira dose de veneno já configura início de execução?

A resposta é positiva. Apesar de não ser capaz de produzir isoladamente o resultado pretendido, a partir do momento em que é ministrada a primeira dose de veneno já há atuação no sentido de produzir o resultado (isso, porque o meio escolhido para a prática do crime é o veneno – o início de execução independe da forma como o veneno é ministrado, ou seja, tanto faz se for ministrada uma dose única, capaz de matar, quanto se a quantidade letal for dividida em várias doses, a serem ministradas aos poucos).

9.4. Caso 4: Crimes Qualificados

O caso: um indivíduo pretende matar seu desafeto mediante disparo de arma de fogo. Para tanto, pretende emboscar a vítima. Assim, após estudar o itinerário percorrido pela vítima em seus dias a dia, resolve emboscá-la em local ermo próximo a sua residência. Em um dia da semana, o agente desloca-se até o local da emboscada, portando arma de fogo, e aguarda o agente. Uma vez no local, o agente prepara sua arma de fogo, deixando-a pronta para uso, e aponta-a para a direção do caminho geralmente tomado por seu desafeto. Duas horas depois, a pretendida vítima passa pelo local previsto, e o agente dispara, errando o alvo. Pergunta-se: quando se iniciou a execução?

Em regra, quando se constata a prática de uma circunstância qualificadora, é cabível afirmar a presença de um início de execução, em virtude da presença de um ato produtor da finalidade.

No caso em tela, contudo, o momento da prática do primeiro ato de execução não é o do posicionar-se para a emboscada. Na verdade, o ato produtor da finalidade (o ato que, caso exitoso, produziria o resultado morte) é o do disparo (entendido de maneira ampla, que envolve inclusive fazer pontaria – disparar arma de fogo é atividade complexa que envolve fazer pontaria e pressionar o gatilho). Assim, somente haveria crime tentado a partir do momento em que o agente fizesse pontaria com a intenção de pressionar o gatilho. O posicionar-se no local da emboscada apenas possibilita a prática do ato produtor da finalidade (o ato de disparar, entendido da maneira acima explicitada). Atente-se, ainda, que o fato somente se torna possível quando a vítima está ao alcance do meio (no caso, ao alcance do disparo).

Em outras palavras, deve-se observar a regra: no caso do homicídio qualificado, somente configuraria (a depender do plano do agente) início de execução, por ser ato produtor da finalidade, o emprego de um dos meios que qualificam o crime.

CONCLUSÃO

Após a realização da pesquisa, diversas conclusões foram atingidas.

Verificou-se, inicialmente, que a definição de ‘início de execução’ importa não somente para os crimes tentados, mas também para analisar a ocorrência de consumação em alguns casos, em virtude da existência dos chamados crimes de atentado (que são aqueles que preveem a tentativa de atingir determinada finalidade como crime consumado).

Constatou-se, ainda, que o responsável pela criação da fórmula do ‘início de execução’ foi Tibério Deciani. A primeira vez em que o ‘início de execução’ foi expressamente previsto como critério reitor da tentativa ocorreu com a edição da Lei do 22 Pradial do ano IV (1796), na França. O Código Penal francês de 1810 foi o primeiro código a consagrar a fórmula do ‘início de execução’, tendo sido, ainda, a principal fonte de inspiração das legislações penais da Europa ocidental e da América Latina, que atualmente adotam, em sua maioria, a fórmula do ‘início de execução’.

Quanto à natureza jurídica do art. 14, II, do Código Penal, trata-se de norma de extensão da tipicidade. Essa conclusão permite afirmar que, como norma de extensão da tipicidade, o art. 14, II, do Código Penal possibilita uma definição de atos de execução inclusive de maneira externa ou anterior à prática do verbo típico. Contudo, deve-se observar que, caso exista extensão dessa magnitude, o critério necessariamente deve fazer referência aos tipos penais, com o fito de preservar a função de garantia destes (os tipos penais) e o princípio da legalidade.

Observou-se, ainda, que o fundamento da punição dos crimes tentados é o mesmo dos crimes consumados: pune-se em virtude da prática de uma conduta típica, ilícita e culpável. A diferença entre o crime consumado e o crime tentado reside no fato de que, nos primeiros, exige-se lesão ao bem jurídico, enquanto que nos últimos exige-se apenas perigo de lesão para o bem jurídico.

Após tais conclusões preliminares, foram analisadas as diversas teorias relativas ao conceito de início de execução. Atualmente, a discussão doutrinária gira em torno dos critérios objetivos e objetivo-subjetivos do início de execução.

As teorias de cunho subjetivo encontram-se praticamente abandonadas pela doutrina jurídico-penal brasileira. Isto ocorre em virtude do fato de que, nestas teorias, não

há balizas de cunho objetivo que delimitem a tipicidade no crime tentado, o que possibilita arbítrio judiciário e manifestações de um direito penal de autor.

No que se refere às teorias de cunho exclusivamente objetivo, apesar de serem ainda encampadas por inúmeros doutrinadores e em alguns julgados nos Tribunais pesquisados, concluiu-se que nenhuma delas deve ser adotada. Uma razão geral diz respeito ao fato de que é necessária a inclusão de critérios de cunho subjetivo para possibilitar a distinção entre atos preparatórios e atos de execução (inclusive porque somente com referência a critérios de cunho subjetivo é possível saber qual é a infração penal que o agente pretendeu praticar).

No que se refere à teoria objetivo-formal, tem-se como aspecto positivo a vinculação aos tipos penais (o que assegura a função de garantia dos tipos e o respeito ao princípio da legalidade). No entanto, a teoria não deve ser adotada em virtude de não levar em consideração a necessidade de ofensividade (perigo para o bem jurídico), e também pelo fato de se revestir de grande imprecisão conceitual (não se definiu o que é iniciar a prática do verbo típico).

Quanto às teorias objetivo-materiais (teoria do ataque ao bem jurídico e 'fórmula de Frank'), apesar do mérito de buscar respeitar o princípio da ofensividade, permanece o problema da indeterminação conceitual, além de haver grande possibilidade de arbítrio judicial e insegurança jurídica.

A teoria objetivo-social, por sua vez, não deve ser acolhida por se revestir de grande imprecisão, capaz de gerar insegurança jurídica e possibilitar o arbítrio judicial.

As teorias objetivo-subjetivas são, em princípio, as mais adequadas para a delimitação de atos preparatórios e atos de execução, pela conjugação de critérios de cunho objetivo e subjetivo.

Dentre as teorias objetivo-subjetivas, as teorias objetivo-individuais, apesar de terem o mérito de incluírem como critério de delimitação considerações sobre o plano do autor, continuam com os mesmos problemas de indefinição conceitual das demais teorias expostas.

Ainda quanto às teorias objetivo-subjetivas, a mixagem de teorias para a definição dos atos de execução deve ser evitada, sobretudo se não houver razões advindas da teoria do delito adotada pelo operador/intérprete. A conjugação de teorias sem um critério reitor, como tem ocorrido, não soluciona os problemas de cada uma das teorias. Ao contrário,

ocorre uma amplificação dos problemas, o que possibilita ainda mais arbítrio judicial e insegurança jurídica.

Por fim, verificou-se que, dentre as teorias objetivo-subjetivas, a teoria do ato produtor da finalidade é, em princípio, a mais adequada (ou a menos imprecisa e problemática) para a conceituação de atos preparatórios e atos de execução. Seu maior problema reside, contudo, no fato de estar fundamentada na teoria do finalismo penal.

Diante deste problema, constatou-se ser possível realizar uma releitura da teoria do ato produtor da finalidade em bases funcionalistas. Além disso, não há óbice normativo para a adoção de tal teoria no Direito Brasileiro. No funcionalismo redutor, toda conduta tem uma finalidade definida, e a finalidade tem função redutora no sistema.

A fórmula do 'início de execução' tem uma função redutora no contexto do funcionalismo redutor: tal fórmula deve ser interpretada de maneira a impedir a punição de fatos sem vinculação com a conduta descrita em tipos penais e/ou que não tenham gerado perigo para o bem jurídico que o agente pretendeu atingir. A partir da fixação do início de execução como ato produtor da finalidade, e dos atos preparatórios como atos que meramente possibilitam atingir a finalidade, fixa-se um critério a partir do qual os atos praticados pelo agente são analisados, reduzindo as chances de arbítrio e elevando os níveis de segurança jurídica.

A teoria foi aplicada a 4 casos. Em situações envolvendo autoria mediata, o início de execução (ato produtor da finalidade) ocorre quando o agente 'aciona' a pessoa impunível ('instrumento'), que serve de meio para atingir o fim. O ato produtor da finalidade necessariamente é um ato do agente, não de terceiros.

Nas situações envolvendo múltiplos atos para atingir o resultado (por exemplo, em que são ministradas doses diárias de veneno, cada uma delas isoladamente incapaz de matar), o início de execução ocorre quando o agente pratica o primeiro ato. Isto, em virtude do fato de que, uma vez escolhido o meio, pouco importa se seu emprego ocorre de uma vez ou de maneira fracionada (todos os atos de emprego do meio são atos produtores da finalidade).

No caso de prática de atos que configurem qualificadoras do crime de homicídio, somente haverá ato de execução se tais qualificadoras disserem respeito aos meios para a prática do crime, em regra.

Por fim, no caso da prática de crimes patrimoniais, configura ato produtor da finalidade (e início de execução) qualquer ato atentatório à segurança do bem visado. Assim, por exemplo, iniciar a escalada de um muro de residência dentro da qual está o objeto a ser furtado configuraria início de execução. Isto, em virtude do fato de que o bem jurídico encontra-se protegido por uma série de barreiras à subtração e o ato praticado pelo agente já é de violação a tais barreiras.

Diante do exposto, ainda que se admita que a teoria do ato produtor da finalidade traga em seu bojo imprecisões e eventualmente outros problemas, não se pode olvidar ser esta a mais precisa das teorias analisadas.

REFERÊNCIAS

BACIGALUPO, Enrique. **Manual de Derecho Penal**: parte general. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1996.

BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito**. V.II. Rio de Janeiro: Record, 1991.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

BATTAGLINI, Giulio. **Direito Penal**. V. II. São Paulo: Saraiva, Editora da Universidade de São Paulo, 1973.

BECKER, Marina. **Tentativa Criminosa**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004.

BELING, Ernst von. **Esquema de Direito Penal**: a doutrina do delito-tipo. Campinas: Servanda, 2010.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**. V. II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971.

BIERRENBACH, Sheila. **Teoria do Crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BIRNBAUM, Johan Michael Franz. **Sobre la Necesidad de Una Lesión de Derechos Para el Concepto de Delito**. Buenos Aires; Montevideo: B de F, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. v. I. 17ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klaus. **Direito Penal**: parte geral. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BRASIL. **Código Criminal do Império (Lei de 16 de Dezembro de 1830)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 20 Out. 2012.

BRASIL. **Código Penal de 1890 (Decreto nº 847, de 11 de Outubro de 1890)**. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=847&tipo_norma=DEC&data=18901011&link=s>. Acesso em: 20 Out. 2012.

BRASIL. **Código Penal de 1940 (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 20 Out. 2012.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 17/09/2013.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Voto do Ministro Humberto Gomes de Barros no Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 279.889/AL (2001/0154059-3). Data do julgamento: 03/04/2001. **Diário da Justiça**. Publicação: 11/06/2001, STJ.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. O Direito penal sob a Perspectiva Funcional Redutora de Eugenio Raúl Zaffaroni. **Revista Brasileira de Estudos Políticos (RBEP)**. Belo Horizonte, v. 101, p. 97-136, Julho a Dezembro de 2010.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: parte geral: fato punível. T.II. 5ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2013.

CALLEGARI, André Luís. **Teoria Geral do Delito e da Imputação Objetiva**. 2ª ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

CAMARGO, Joaquim Augusto de. **Direito Penal Brasileiro**. 2ª ed., rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

CAMPOS PIRES, Ariosvaldo. **Compêndio de Direito Penal**: parte geral. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CARRARA, Francesco. **Programma del Corso di Diritto Criminale**. V. I. Firenze: Fratelli Cammelli, 1907.

CARRARA, Francesco. **Teoría de la Tentativa y de la Complicidad, o del Grado em la Fuerza Física del Delito**. Madrid: Góngora, 1926.

CARBASSE, Jean-Marie; DEPAMBOUR-TARRIDE, Laurence (orgs.). **A Consciência do Juiz na Tradição Jurídica Europeia**. Belo Horizonte: Livraria Tempus, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. **O Delito**. São Paulo: Rideel, 2007.

CHAMON JR., Lúcio Antônio. **Responsabilidade Penal e Embriaguez**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

CHAMON JR., Lúcio Antônio. **Do Giro Finalista ao Funcionalismo Penal**: embates de perspectivas dogmáticas decadentes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**: parte geral. 2ª ed., rev. e ampl. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Manual de Direito Penal**: parte geral. São Paulo: ICPC; Conceito Editorial, 2011.

CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal**. v. II. Coimbra: Edições Almedina, 2008.

COSTA E SILVA, Antonio José da. **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. V.I. Brasília: Senado Federal; Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2004.

ESTEFAM, André. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERRACINI, Luiz Alberto. **Da Tentativa**: doutrina, prática, jurisprudência. São Paulo: Editora de Direito, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 3ª ed., rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, *et al.* **Direito Penal Brasileiro**: parte geral: princípios fundamentais e sistema. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal**: o criminoso e o crime. 1ª ed. Campinas: Russell, 2003.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Direito Penal**: parte geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. T. I. 1ª ed. brasileira. 2ª ed. portuguesa. Coimbra: Coimbra Editora; São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FOLCHI, Mario O. **La Importancia de la Tipicidad em Derecho Penal**. Buenos Aires: Depalma, 1960.

FONTÁN BALESTRA, Carlos. **Derecho Penal**: introducción y parte general. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: a nova parte geral. 4ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

FRANÇA. **Código Penal de 1810**.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coords.). **Código Penal e sua Interpretação**: doutrina e jurisprudência. 8ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FRÍAS CABALLERO, Jorge. **El Proceso Ejecutivo del Delito**: ensayo de dogmatica juridica sobre el art. 42 del c. penal. 2ª ed., rev. e atual. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1956.

GALVÃO, Fernando. **Direito Penal**: parte geral. 3ª ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GARÓFALO, Raffaele. **La Criminologia**: estudio sobre el delito y la teoria de la represión. Buenos Aires; Montevideo: Editorial B de F, 2005.

GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Thereza Fonseca. **(Re)Pensando a Pesquisa Jurídica**. 2ª ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. v. I, t. II. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**: parte general: fundamentos y teoría de la imputación. 2ª ed., cor. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, Günther. **Tratado de Direito Penal**: teoria do injusto penal e culpabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**: parte general. 4ª ed., cor. e ampl. Granada: Comares, 1993.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**: parte geral. V.I. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KALIL, José Arthur di Spirito. **Do Crime Impossível**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. v. I. Brasília: Senado Federal; Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012

LUIZI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2ª ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MACHADO, Luiz Alberto. **Direito Criminal**: parte geral. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Penal**: primeira parte: teorías generales. T. II. V. II. Buenos Aires: Ediar, 1948.

MARINHO, Alexandre Araripe; FREITAS, André Guilherme Tavares de. **Manual de Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MARQUES, Daniela de Freitas. **Elementos Subjetivos do Injusto**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MESTIERI, João. **Teoria Elementar do Direito Criminal**: parte geral. Rio de Janeiro: Edição do Autor, 1990.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 27ª ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2011.

MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal**: fundamentos e teoria do delito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal**: parte geral. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César O. G. **Comentários ao Código Penal**: à luz da doutrina e da jurisprudência. Doutrina comparada. Leme: J. H. Mizuno, 2012, p.107.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria Geral do Delito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito Penal**. v. I. 36ª ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2001.

PAGANELLA BOSCHI, José Antônio. **Das Penas e Seus Critérios de Aplicação**. 4ª ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

PAVON VASCONCELOS, Francisco. **Breve Ensayo Sobre la Tentativa**. México, D.F.: Editorial Porrúa, 1964.

PEREIRA, Vítor de Jesus Ribas. **Da Punibilidade da Tentativa**. Dissertação de mestrado. Universidade de Coimbra. 2009. QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**: legitimação versus deslegitimação do sistema penal. 3ª ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008

PESSOA, Nelson. **La Tentativa**: distinción entre actos preparatorios y actos de ejecución de delitos. 2ª ed., atual. Buenos Aires: Editorial Hammurabi S. R. L., 1998.

- PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**. 4ª ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. v. I. 7ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal**: parte geral. v. I. 8ª ed., rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2012.
- QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**: legitimação versus deslegitimação do sistema penal. 3ª ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008
- ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: parte general. T. I. Madrid: Civitas, 1997.
- ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. 2ª ed., rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. 3ª ed. Lisboa: Vega, 1998.
- SALES, Sheila Jorge Selim de. **Escritos de Direito Penal**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 2ª ed., rev. e ampl. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **Manual de Direito Penal**: parte geral. São Paulo: ICPC; Conceito Editorial, 2011.
- SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O Método do Direito Penal sob uma Perspectiva Interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- STRECK, Lenio Luiz. **O Que É Isto - Decido Conforme Minha Consciência?** 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- SOLER, Sebastián. **Derecho Penal Argentino**. t. II. 5ª ed., 10ª reimp. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1992
- VARGAS, José Cirilo de. **Do Tipo Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- VARGAS, José Cirilo de. **Instituições de Direito Penal**: parte geral. T. I. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- VIANNA, Túlio. **As Falácias do Discurso Homofóbico na Câmara**. 2009. Disponível em: <<http://tuliovianna.org/2009/08/29/as-falacias-do-discurso-homofobico-na-camara/>>. Acesso em: 22 Nov. 2011.
- WELZEL, Hans. **Direito Penal**. 1ª ed. Campinas: Romana, 2003
- WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. 3ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal**: parte general. 2ª ed. Buenos Aires: EDIAR, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Manual de Derecho Penal**: parte general. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; *et al.* **Direito Penal Brasileiro**. v.II. T.I. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Da Tentativa**: doutrina e jurisprudência. 8ª ed., rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. V.1. 7ª ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.