

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

FACULDADE DE DIREITO

DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

ANDRESSA MAURENTE DA COSTA GARCIA

TENTATIVA: LIMITES ENTRE ATOS PREPARATÓRIOS E ATOS EXECUTÓRIOS

Porto Alegre

2014

ANDRESSA MAURENTE DA COSTA GARCIA

TENTATIVA: LIMITES ENTRE ATOS PREPARATÓRIOS E ATOS EXECUTÓRIOS

Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharela em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Pablo Rodrigo Alflen da Silva

Porto Alegre

2014

ANDRESSA MAURENTE DA COSTA GARCIA

TENTATIVA: LIMITES ENTRE ATOS PREPARATÓRIOS E ATOS EXECUTÓRIOS

Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharela em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Pablo Rodrigo Alflen da Silva

Aprovada em _____ de _____ de 2014.

Banca Examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Pablo Rodrigo Alflen da Silva

Prof(a). Examinador(a):

Prof(a). Examinador(a):

Porto Alegre

2014

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, aos meus pais, que me deram todas as condições materiais e emocionais para que eu chegasse até aqui.

Agradeço aos meus irmãos, por terem tanto orgulho de mim.

Agradeço ao meu orientador, Professor Pablo, por ter sido tão atencioso quanto aos meus questionamentos desde o início do trabalho.

Agradeço às minhas amigas, por serem tão companheiras, sinceras e compartilharem suas experiências.

Por fim, agradeço ao Marcos, por ter me dado todo o apoio quando eu precisei e quando eu não precisei.

RESUMO

O presente trabalho consiste em uma análise sobre o instituto da tentativa, com ênfase na distinção entre atos preparatórios e atos executórios. Para tanto, analisou-se a história do instituto, a doutrina, a situação atual, a partir da jurisprudência dos tribunais pátrios e as perspectivas para o futuro, com o Anteprojeto de Código Penal. O método de abordagem utilizado é o dedutivo e a técnica procedimental utilizada é a exploratória-documental. A partir da pesquisa realizada, verificou-se que o direito romano não desenvolveu uma teoria geral sobre a tentativa, bem como que o direito revolucionário francês codificou o início de execução como marco da tentativa punível. Constatou-se, ademais, quanto ao fundamento de punição da tentativa, que a doutrina que melhor se coaduna com os princípios do direito penal em um Estado Democrático de Direito é a teoria objetiva, que propõe que a punição da tentativa decorre de um perigo ao bem jurídico protegido pela norma penal. Sobre a distinção entre atos preparatórios e executórios, observou-se como mais coerente o critério objetivo-individual, que dispõe que a tentativa inicia a partir daquela atividade que se põe em relação imediata ao tipo, segundo o plano delitivo do autor. Este é o critério adotado pelo Anteprojeto de Código Penal. Os tribunais brasileiros adotam, em sua maioria, a teoria formal-objetiva de distinção entre atos preparatórios e executórios, mas há várias decisões em direções diversas.

Palavras-chave: Tentativa. Fundamento de punição. Distinção entre atos preparatórios e atos executórios.

ABSTRACT

This coursework consists of an analysis about the institute of the attempted crime, with emphasis on the distinction between preparatory acts and executive acts. To this intention, the history of the institute was analyzed, as well as the doctrine, the current situation, from the jurisprudence of Brazilian's courts and prospects for the future, with the Penal Code Draft. The method of approach used was the deductive and the procedural technique used was exploratory and documentary. From the survey, it was found that Roman law has not developed a general theory of the attempted crime, and that the French revolutionary law codified the beginning of execution as limit for the punishable attempted crime. It was verified, moreover, about the reason of punishment of the attempted crime, that the doctrine that best satisfies the principles of criminal law in a democratic State based on the rule of law is the objective theory, which proposes that the punishment of the attempted crime is due to the risk for the legal interest protected. About the distinction between preparatory and executive acts, it was observed the objective-individual criteria as the most coherent, which states that the attempted crime starts from that activity that stands in immediate relation to the type, according to the author's criminal plan. This is the criteria adopted by the Penal Code Draft. Brazilian courts adopt, mostly, the formal-objective theory for the distinction between preparatory and executive acts, but there are several decisions in different directions.

Keywords: Attempted crime. Reason for the punishment of attempted crimes. Distinction between preparatory acts and executive acts.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 HISTÓRICO	12
2.1 A TENTATIVA NO DIREITO ROMANO E NA EUROPA	12
2.2 DIREITO PORTUGUÊS E DIREITO BRASILEIRO	16
3 DISTINÇÃO ENTRE ATOS PREPARATÓRIOS E ATOS EXECUTÓRIOS	23
3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	23
3.2 FUNDAMENTOS DA PUNIÇÃO DA TENTATIVA	25
3.2.1 Teoria Objetiva	25
3.2.2 Teoria Subjetiva	29
3.2.3 Teoria Perigosista	30
3.2.4 Teorias Mistas ou Dualistas	31
3.2.4.1 <i>Teoria do Autor</i>	31
3.2.4.2 <i>Teoria da Impressão</i>	32
3.2.5 Tentativa como Infração Normativa Manifesta e Próxima ao Tipo (Jakobs)	33
3.3 CRITÉRIOS PARA DISTINGUIR OS ATOS PREPARATÓRIOS DOS ATOS EXECUTÓRIOS	34
3.3.1 Teoria Negativista	35
3.3.2 Teoria da Univocidade ou Inequivocidade dos Atos de Tentativa	36
3.3.3 Teoria Objetiva (Ou Formal-Objetiva)	37
3.3.4 Teoria Material-Objetiva	39
3.3.5 Critério Objetivo Individual	41
3.3.6 Critérios Formulados por Roxin	43
3.4 INÍCIO DA TENTATIVA EM CASOS ESPECIAIS	44
4 SITUAÇÃO ATUAL	46
4.1 ANTEPROJETO DE CÓDIGO PENAL	46
4.2 JURISPRUDÊNCIA	48

4.2.1 Tribunais Superiores.....	48
4.2.2 Tribunais Regionais Federais	49
4.2.3 Tribunais de Justiça dos Estados.....	53
4.2.4 Ponderação Acerca da Posição da Jurisprudência	56
5 CONCLUSÃO	58
REFERÊNCIAS.....	62

1 INTRODUÇÃO

O delito, no processo de seu cometimento, compreende o percurso de uma trajetória, a qual a doutrina convencionou chamar de *iter criminis*. Constitui-se de diversas etapas, entre elas a preparação, o início da execução, a consumação e o exaurimento. Dentro dessa trajetória, é de suma importância o estudo do início de execução, ou seja, da tentativa, que constitui norma penal incompleta que amplia os tipos dolosos, abarcando parte da conduta anterior à consumação.

De acordo com a previsão legal brasileira (art. 14, inciso II do Código Penal Brasileiro), configura-se delito tentado quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente. A previsão assegura que não serão punidos os meros pensamentos ou intenções, mas, conforme se verá, é demasiado estreita e indeterminada. Constitui, conforme é possível perceber, um tipo completo do ponto de vista subjetivo e incompleto sob um viés objetivo, já que o sujeito age com dolo, mas não logra consumir o delito por circunstâncias alheias a sua vontade. Acrescente-se que não é possível punir a tentativa a título de culpa, pois configuraria uma contradição interna. O delito culposo é punido porque apresenta uma violação a deveres de cuidado, enquanto na tentativa o intento do sujeito é cometer o delito, mas esse não se consuma por circunstâncias alheias a sua vontade.

A tentativa, segundo a legislação pátria, é punida com a pena do delito consumado diminuída de um a dois terços. Os atos preparatórios, por outro lado, não são, como tais, punidos. Em virtude de a tentativa representar uma condenação penal e os atos preparatórios uma absolvição por atipicidade, mostra-se de extrema relevância a distinção entre atos preparatórios e atos executórios. Assim, desenvolveram-se diversas teorias que procuram solucionar a questão de quando iniciam os atos executivos, ou seja, a partir de qual momento o sujeito poderá ser punido por um delito tentado. Esse é o problema a ser desenvolvido nesse trabalho.

A importância da questão reside, ademais, no fato de que o direito precisa de critérios para a definição de suas categorias. Não é possível que cada magistrado verifique, conforme sua posição pessoal, se o ato constitui tentativa, pois essa é a

diferença entre absolvição por atipicidade e condenação nas mesmas penas do delito consumado diminuídas de um a dois terços. É preciso que se defenda de maneira sólida um critério e este seja aplicado conforme os requisitos que informa, para que as decisões não sejam arbitrárias nem se aplique, para casos semelhantes, interpretações diversas. Esse critério precisa, por fim, ser coerente com o sistema jurídico adotado e com seus princípios.

No Brasil, a teoria adotada pelo Código Penal é a formal-objetiva, segundo a qual se configura o início de execução quando o sujeito penetra no núcleo do tipo, ou seja, inicia a conduta prevista no verbo típico. Tal teoria já era criticada à época do Brasil Império por Tobias Barreto, em virtude da impossibilidade de caracterização exata sobre o que seria princípio de execução, bem como de incongruências que ocorreriam em casos concretos caso fosse utilizado tal critério¹. Ademais, critica-se a teoria em virtude de sua estreiteza.

O Anteprojeto de Código Penal, em tramitação no Congresso Nacional, adota, contudo, o critério enunciado por Hans Welzel e defendido na América Latina por Zaffaroni. Trata-se do critério objetivo-individual, o qual preceitua que se configura a tentativa a partir da conduta pela qual o sujeito se coloca em imediata relação com o tipo, conforme seu plano delitivo². Tal critério parece o mais seguro, coerente e preciso. Primeiro porque, corrigindo a estreiteza da teoria formal-objetiva, abarca as condutas em imediata relação com o tipo delitivo, ou seja, entre a ação praticada pelo sujeito e a atividade delitiva do tipo já não há qualquer conduta que possa acarretar um desvio no curso causal. Assim, o bem jurídico já está em iminente perigo, com o que se está respeitando o princípio da lesividade que guia o direito penal. Segundo porque inclui o plano delitivo do autor para definir qual conduta está em relação com o tipo delitivo, já que é de acordo com tal plano que o delito se dirige a sua consumação.

O objetivo geral do presente trabalho é encontrar, dentre as teorias formuladas sobre o assunto, qual a mais coerente, de acordo com os princípios que regem o direito penal, para a distinção entre atos preparatórios e atos executivos.

¹ BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Campinas: Bookseller, 2000. p. 318-323.

² WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman*. Trad. del alemán por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1970. p. 263.

Para tanto, são objetivos específicos analisar a história da tentativa e, especificamente, o surgimento de critérios que visavam tal distinção. Após, examinando-se a doutrina, verificar quais os fundamentos de punição da tentativa, bem como as teorias que surgiram com o objetivo de determinar quando iniciam os atos executivos do delito. Por fim, averiguar as perspectivas para o futuro no Brasil, com o Anteprojeto de Código Penal, bem como a situação atual, investigando a jurisprudência dos tribunais pátrios.

O método de abordagem utilizado será o dedutivo e como técnica de procedimental utilizar-se-á a exploratória-documental, a partir da análise das obras dos principais autores que tratam sobre o tema. Ademais, ao final, analisar-se-á a jurisprudência dos principais tribunais do Brasil.

Com esse intuito, o primeiro capítulo trará um histórico acerca do tema, tanto no mundo quanto no Brasil. O segundo capítulo, por sua vez, explorará a doutrina em relação aos fundamentos de punição da tentativa, bem como à delimitação entre atos preparatórios e executórios. O terceiro capítulo, por fim, apresentará o que o Anteprojeto de Código Penal traz sobre o tema e o que os tribunais vêm decidindo nesse sentido.

2 HISTÓRICO

Como já referiu o filósofo Edmund Husserl, “sem um conhecimento dado como ponto de partida, tampouco há conhecimento algum como continuação”³. E como nenhum instituto ou categoria dogmática surge a partir de um vazio jurídico, faz-se necessário um exame do seu desenvolvimento histórico. Assim, com o intuito de proceder a uma incursão na história do instituto da tentativa e, principalmente, no surgimento de critérios que diferenciam atos preparatórios de atos executivos, analisar-se-á, primeiramente, a história geral do direito penal, focando-se no Direito Romano e, posteriormente, nas normas que trouxeram a ideia de tentativa. Após, far-se-á um estudo do direito português e brasileiro, este a partir de 1500, no tocante ao tema em questão.

2.1 A TENTATIVA NO DIREITO ROMANO E NA EUROPA

Sobre o direito romano, importante observar, preliminarmente, que o direito penal teve origem sacra, ou seja, era administrado e interpretado por especialistas em teologia e direito, “sendo que o direito mesmo recebia seu modo de validade da origem divina de um direito natural interpretado em termos cristãos”⁴. Contudo, com a Lei das XII Tábuas o direito já é laico e diferenciam-se delitos públicos de delitos privados. Os primeiros são perseguidos por representantes do Estado e os segundos pelos particulares. Nos delitos públicos incluem-se aqueles contra o Estado e também os contra particulares em que há interesse persecutório do Estado. Com o tempo, os delitos privados também passaram a ser perseguidos pelo Estado⁵.

³ HUSSERL, Edmund. *La idea de la fenomenología*. Trad. Miguel García-Baró, México: Fondo de Cultura Económica, 1982. p. 43.

⁴ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen. *Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 2.

⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. Volume 1: parte geral. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 171.

A tentativa, contudo, não existia como tal no Direito Romano⁶. Conforme leciona Nélon Hungria:

O direito penal dos antigos tempos, essencialmente objetivo, não conheceu a teoria geral da tentativa: não se concebia crime sem a efetividade de um dano. A existência deste é que condicionava a punição. O próprio direito romano não chegou à generalização do conceito de tentativa⁷.

Teodoro Mommsen afirma, nesse sentido, que *“las acciones punibles, prohibidas por la ley, se castigaban siempre, como tales, cuando se habían consumado (...)”*⁸. Verificando o inconveniente dessas ideias, no caso do furto, considerava-se consumado o dano quando o ladrão tivesse começado a se apoderar dos objetos, ainda que flagrado e recuperados os bens. Puniam-se também os atos preparatórios ao furto, quando já tivesse o sujeito entrado em domicílio alheio, mas como perturbação da paz doméstica. Isso era aplicado aos delitos privados em geral. Destaca o autor, na sequência, que não foi explanado de maneira geral qual era o mínimo desenvolvimento do fato delitivo que deveria ocorrer para que se considerasse consumado⁹.

Com o passar do tempo, a ideia de tentativa foi absorvida pelo Direito Romano, mas apenas excepcionalmente ou em casos graves era punida, com a mesma pena do delito consumado. A *Lex Cornelia de sicariis*, por sua vez, passou a punir meros atos preparatórios¹⁰.

A Lei Cornelia consagrava a tentativa de homicídio. A afirmação do propósito de matar, consoante Teodoro Mommsen, era suficiente para que ocorresse fato punível, mesmo que não se consumasse o delito. O mesmo se aplicava se fossem utilizados meios inidôneos para o cometimento do crime¹¹. Segue o jurista alemão, afirmando:

⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Da tentativa: doutrina e jurisprudência*. 9^o ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 21.

⁷ HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*. 4^a ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1958. p. 77.

⁸ MOMMSEN, Teodoro. *Derecho penal romano*. Bogotá: Editorial Temis, 1976. p. 66.

⁹ MOMMSEN, 1976, p. 66-67.

¹⁰ HUNGRIA, 1958, p. 77.

¹¹ MOMMSEN, 1976, p. 397-398.

La frustración del intento criminal fue en los tiempos posteriores considerada como causa de aminoración de la pena. Los actos preparatorios fueron frecuentemente considerados como punibles por la ley en los casos de delitos cometidos por sicarios y envenenadores (...)¹².

A citada lei, da mesma maneira, considerava crime punível com pena capital o envenenamento com resultado morte. A pena era aplicada também àqueles que, com o propósito de causar ou permitir que se causasse morte a alguém, davam, preparavam, vendiam ou confeccionavam o veneno. Na época do Principado entrou nesse rol a confecção inocente dessas substâncias¹³. Pode-se verificar que tais atos não constituíam tentativa. Ocorria, dessa maneira, a punição de atos preparatórios.

Pode-se perceber, portanto, que não foi desenvolvida, no direito romano, uma teoria geral da tentativa. Todavia, a ideia do delito tentado surgiu com o tempo, especificamente para alguns delitos, punindo-se, também, por vezes, meros atos preparatórios.

Somente com os práticos italianos, todavia, ampliou-se a tentativa para os crimes em geral. Deciano, a seu turno, fixou o critério do início de execução como marco para o reconhecimento da tentativa punível¹⁴.

A ideia clara de que a tentativa se configura a partir do início de execução encontra-se nas Partidas, durante a Idade Média¹⁵. O Código das Sete Partidas ou dos Sete Livros, conforme Lydio Machado Bandeira de Mello, foi uma das primeiras armas legais para a implantação do absolutismo político, “*planejado por Fernando III, o Santo, em 1250, e realizado no reinado de seu filho Afonso X, o Sábio, que o decretou em 1260*”¹⁶.

O critério em questão veio a ser adotado pelo direito revolucionário francês, na lei do 22 *Prairial* do ano IV, em 10 de junho de 1796, que dispunha:

¹² MOMMSEN, 1976, p. 397-398.

¹³ MOMMSEN, 1976, p. 402-403.

¹⁴ HUNGRIA, 1958, p. 77.

¹⁵ ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010, p. 21.

¹⁶ MELLO, Lydio Machado Bandeira de. *O direito penal hispano lusitano medieval*. Belo Horizonte: 1960. p. 47.

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 prévenu¹⁷.

A caracterização da tentativa pelo início de execução foi definitivamente oficializada pelo Código Napoleônico de 1810, ao qual costuma-se atribuir a sua codificação. Previa em seu art. 2^o¹⁸, quase da mesma forma como a lei acima referida:

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.¹⁹

Consoante se verifica, o direito francês previu à época penas iguais para os crimes tentados e consumados. O mais importante nos dispositivos transcritos, todavia, é a adoção oficial de um parâmetro para a distinção entre os atos preparatórios e os atos executivos, configurando estes já uma tentativa de crime.

Percebe-se, portanto, que no Direito Romano não havia uma teoria geral da tentativa, tampouco esta se estendia aos delitos em geral. A ideia de crime tentado foi se desenvolvendo com o tempo e, no direito revolucionário francês, adotou-se definitivamente o critério de início de execução para distinguir atos preparatórios de atos executivos, o que é utilizado até hoje pela legislação brasileira.

¹⁷ DOUCET, Jean-Paul (Org.) *Quelques Lois Marquantes Du Droit De La Révolution Française* - (Dit droit intermédiaire : an 1791 – an VII) - (Troisième partie) [conteúdo online]. Disponível em:

<http://ledroitcriminel.free.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/lois_penales_revolution_francaise/lois_penales_revolution_francaise_3.htm>. Acessado em: 05 mai. 2014.

¹⁸ FRANÇA. *Code Pénal de 1810*. 1810. Disponível em:

<http://ledroitcriminel.free.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_penal_1810/code_penal_1810_1.htm>. Acessado em: 05 mai. 2014.

¹⁹ Toda tentativa de crime que tiver sido manifestada por atos externos e for seguida por um início de execução, se não tiver sido suspensa ou falhado em seu efeito seja por circunstâncias fortuitas ou independentes da vontade do autor é considerada como o próprio crime. (tradução livre)

2.2 DIREITO PORTUGUÊS E DIREITO BRASILEIRO

As práticas criminais dos povos pré-romanos da Península Ibérica são quase desconhecidas, face à falta de documentos históricos do período. O que se tem notícia é que as penas empregadas eram corporais e cruéis, na maior parte das vezes implicando a retirada da vida do culpado. Em 137 a.C., contudo, inicia-se a romanização de Portugal, continuando até ser completa²⁰.

No período final da Idade Média, a ebulição de um sentimento de nacionalidade e independência no País acarretou a reivindicação por uma legislação puramente portuguesa para substituir a Lei das Sete Partidas. Dessa maneira, surgem as Ordenações Afonsinas, com assento, principalmente, no Direito Romano de Justiniano e no Direito Canônico²¹. Essas ordenações não tiveram aplicação no Brasil, pois foram revogadas em 1521, ocasião em que ainda nenhum núcleo colonizador havia se instalado²². Menos de sessenta anos depois de sua promulgação, D. Manuel manda que se proceda a sua revisão, do que resultam as Ordenações Manuelinas, tendo estas, formalmente, vigor no Brasil à época das capitanias hereditárias, em que pese sua diminuta importância prática. Com a unificação entre Portugal e Espanha sob o domínio do mesmo rei, surgem as Ordenações Filipinas²³, primeiro código a vigor de fato no Brasil²⁴.

Nessas ordenações não há dispositivo geral sobre a tentativa, estendendo-a a todos os delitos previstos, visto que são estruturadas, nos livros que tratam de direito penal, de forma a prever em cada título delitos, não contendo propriamente uma parte geral. Nas Ordenações Filipinas, afirma Augusto Thompson que, no título XLV do Livro 5º, se pune a tentativa e alguns atos preparatórios do delito ali previsto²⁵. Veja-se o que prescrevia o dispositivo:

²⁰ THOMPSON, Augusto F. G. *Escorço histórico do direito criminal luso-brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1976. p. 5-8.

²¹ THOMPSON, 1976, p. 67-70.

²² PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 61.

²³ THOMPSON, 1976, p. 73-76.

²⁴ THOMPSON, 1976, p. 100.

²⁵ THOMPSON, 1976, p. 82.

Qualquer pessoa, que com ajuntamento de gente, além dos que em sua caza tiver, entrar em caza de alguém para lhe fazer mal, e o ferir a elle, ou a outrem, que na dita caza tiver, morra morte natural. E postoque não fira, se fôr peão, seja publicamente açoulado pela Villa com barazo e pregão, e degradado dez annos para o Brazil.

E se fôr Scudeiro, ou Cavalleiro, ou dahi para cima, será degradado dez annos com pregão na audiencia para Africa²⁶.

Em que pese a afirmação do autor, é possível perceber da leitura do trecho transcrito que não há no caso claramente tentativa como a compreendemos hoje, ou seja, falta de consumação por circunstâncias alheias à vontade do agente. Isso porque não é especificado se a falta do ferimento à vítima decorre de circunstâncias alheias à vontade do sujeito.

Nos Títulos XXXV a XLII, por outro lado, há a tipificação dos delitos de homicídio e lesões corporais, bem como de delitos autônomos de atos que configuram tentativa ou atos preparatórios dos primeiros crimes²⁷. Veja-se a previsão constante no título XXXV: “*E toda pessoa, que a outra der peçonha para a matar, ou lha mandar dar, postoque de tomar a peçonha se não siga a morte, morra morte natural*”²⁸. Nesse dispositivo é possível identificar os elementos da tentativa, quais sejam, tipo subjetivo completo (“para a matar”) e defeito no tipo objetivo (“postoque de tomar a peçonha se não siga a morte”).

De qualquer forma, essas são previsões de tal punição em dispositivos para crimes específicos, não havendo o que pudesse ser considerado um dispositivo geral para a tentativa.

Após Portugal retomar sua independência, no reinado de D. Maria, intentou-se a elaboração de códigos que substituíssem as Ordenações. Melo Freire aprontou o Código Criminal, que foi, contudo, abandonado e não transformado em lei²⁹. Dispunha tal Código sobre a tentativa no Título I (dos delictos), § 4º, conforme segue: “*o que intenta fazer hum delicto, não o consummando, não será punido por ele; mas pelos excessos e factos illicitos que obrou; porque o conato não he o*

²⁶ SALGUEIRO, Ângela dos Anjos Aguiar et al (Orgs.). *Ordenações Filipinas*. Quinto Livro das Ordenações. 1998. p. 1194. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5ind.htm>>. Acessado em: 07 mai. 2014.

²⁷ THOMPSON, 1976, p. 94.

²⁸ SALGUEIRO, 1998, p. 1185.

²⁹ THOMPSON, 1976, p. 104-105.

mesmo delicto”. Tal disposição é muito diferente da que temos hoje, mas já denota uma preocupação com os delitos tentados, em que pese o Código não tenha sido colocado em vigor. Claramente, não se estabeleceu critério na legislação para diferenciar os atos preparatórios dos executivos.

Em 7 de setembro de 1822 tem-se a declaração de independência do Brasil, instituindo-se o Império. A partir daí é possível analisar a história de um direito propriamente brasileiro. Em 1824, o Brasil passa a ter sua primeira Constituição. Nela se prevê a criação de um Código Criminal (art. 179, inciso XVIII³⁰), o que se concretiza em 16 de dezembro de 1830, quando surge o Código Criminal do Império. A citada Constituição possuía uma concepção liberal, espírito que dominou, também, a formulação do Código Criminal que lhe seguiu³¹.

O Código Criminal de 1830 vem conformado com ideias liberais e iluministas, tendo como principais influências os Projetos Melo Freire e de Livingston, o primeiro conforme anteriormente referido, e o segundo destinado à Louisiana³². Alguns autores apontam, ainda, para a influência sofrida por esse diploma do Código francês de 1810 e do Código Napolitano de 1819, embora, segundo Pierangeli, seja mais provável que a influência verificada seja do Projeto de Melo Freire, que trazia ideias iluministas, as quais também foram refletidas na referida legislação francesa³³.

No tocante à tentativa, contudo, o Código em questão seguiu de forma mais próxima o que previa o Código Francês de 1810 se comparado com o Projeto Melo Freire. Veja-se o que previa o diploma legal brasileiro:

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

³⁰ Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

(...)

XVIII. Organizar-se-ha quanto antes um Codigo Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade.

BRASIL. *Constituição Política Do Imperio Do Brazil*. 25 de março de 1824. Fls. 17 do Liv. 4º de Leis, Alvarás e Cartas Imperiaes. Rio de Janeiro: Secretaria de Estado dos Negocios do Imperio do Brazil, 1824.

³¹ PIERANGELI, 2001, p. 65-66.

³² PIERANGELI, 2001, p. 68.

³³ PIERANGELI, 2001, p. 70.

2º A tentativa do crime, quando fôr manifestada por actos exteriores, e principio de execução, que não teve effeito por circumstancias 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 Comarca³⁴.

Da leitura do dispositivo, então, é possível perceber que se assemelha ao critério adotado pelo Código Napoleônico de 1810. Em primeiro lugar, porque pune a tentativa de crime, diferente do Projeto Melo Freire, em que a tentativa não era punida, mas apenas os excessos e fatos ilícitos que perpetrou o agente. Depois, porque estabelece um critério de diferenciação entre atos preparatórios e atos executivos, qual seja, o início de execução, consagrado pelo diploma francês de 1810. Difere deste, contudo, na cominação da pena, pois impõe à tentativa penas menores que a do crime consumado, conforme se observa da previsão do art. 34³⁵:

Art. 34. A tentativa, á que não estiver imposta pena especial, será punida com as mesmas penas do crime, menos a terça parte em cada um dos grãos.

Se a pena fôr de morte, impôr-se-ha ao culpado de tentativa no mesmo gráo a de galés perpetuas. Se fôr de galés perpetuas, ou de prisão perpetua com trabalho, ou sem elle, impor-se-ha a de galés por vinte annos, ou de prisão com trabalho, ou sem elle por vinte annos. Se fôr de banimento, impôr-se-ha a de desterro para fóra do Imperio por vinte annos. Se fôr de degredo, ou de desterro perpetuo, impôr-se-ha a de degredo, ou desterro por vinte annos.

Diante dessas observações, é possível perceber que a primeira legislação penal a vigor no Brasil que possuía dispositivo geral sobre a tentativa já consagrava um critério para diferenciar atos preparatórios de atos executivos, qual seja, o princípio de execução, de maneira semelhante ao que previa o Código Napoleônico de 1810. O critério adotado, contudo, não escapou às críticas de Tobias Barreto, que podemos considerar um dos maiores penalistas da época imperial brasileira, conforme será verificado no próximo capítulo ao tratar da teoria em questão (teoria formal objetiva).

³⁴ BRASIL. *Codigo Criminal*. Lei de 16 de dezembro de 1830. Registrada a fl. 39 do liv. 1º de Leis. Rio de Janeiro: Secretaria de Estado dos Negocios da Justiça, 1830.

³⁵ BRASIL, 1830.

É abolida a escravidão em 13 de maio de 1888, com a Lei Áurea. Diante disso, surge a necessidade de adaptação da lei penal em vigor. Por essa razão, é encarregado Batista Pereira de organizar um projeto de reforma. Em 15 de novembro de 1889, contudo, é proclamada a República, inaugurando-se uma nova ordem jurídico-política, com o que são interrompidos os trabalhos de Batista Pereira. Campos Salles, Ministro da Justiça do Governo Provisório, todavia, renova sua missão. O projeto resultante foi aprovado com poucas modificações. Esse diploma legal foi alvo de muitas críticas³⁶.

Sobre a tentativa, assim dispunha o Código Penal de 1890:

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 punível, constituam começo de execução, e esta não tiver logar por circunstancias independentes da vontade do criminoso.

O conceito legal empregado avança em relação à legislação anterior. Isso porque complementa o critério do início de execução, criticável em virtude, principalmente, de sua estreiteza e indeterminação, conforme se verá no capítulo que segue. Essa complementação se dá com a relação direta dos atos com o fato punível, o que constitui uma limitação ao conceito demasiado indeterminado do início de execução. Esse critério volta a ser utilizado depois de quase 90 anos, nos Códigos alemão e austríaco, de 1975³⁷, o que deve ser exaltado nesse dispositivo do Código Penal de 1890.

Dessa maneira, em que pese as críticas feitas pela doutrina ao diploma legal em questão, no que diz respeito à tentativa e, especialmente, à distinção entre atos preparatórios e atos executivos, avançou-se nessa legislação. Enquanto no Código Criminal do Império se adotava o critério do início de execução, o Código Penal de 1890 traz uma complementação a este, qual seja, a relação direta dos atos com o fato punível.

Em 1937, o então presidente, Getúlio Vargas, com o alegado intuito de aplacar a ameaça comunista, instala um regime ditatorial no Brasil. Assentado o regime, outorga-se a Constituição de 1937, chamada Polaca, por ter se inspirado na

³⁶ PIERANGELI, 2001, p. 74.

³⁷ ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010, p. 23.

carta da Polônia. Essa nova ordem, de orientação totalitária, rompe com a tradição liberal das cartas constitucionais que lhe antecederam³⁸. Em 1940, sob a égide desse regime, é aprovado novo Código Penal, pelo Decreto nº 2.848 de 1940, entrando em vigor em 1º de janeiro de 1942. Esse diploma legal traz em seu teor ideias neoclássicas e da Escola Positivista³⁹.

Esse Código tratava da tentativa em seu art. 12, inciso II, da seguinte forma:

Art. 12. Diz-se o crime:

(...)

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

Parágrafo único. Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços⁴⁰.

Nota-se do dispositivo supratranscrito que, para diferenciar atos preparatórios de atos executivos, volta-se a adotar o critério do início de execução, da mesma forma que no Código Criminal do Império. Assim, as mesmas críticas dirigidas a este no que toca à tentativa podem ser feitas ao Código Penal de 1940. Observe-se que ambos adotam a teoria formal-objetiva, já criticada por Tobias Barreto ao tempo do Império brasileiro.

Em 1969 foi aprovado novo Código Penal, com anteprojeto de autoria do penalista Nélson Hungria. O Código, contudo, sofreu diversos adiamentos para sua entrada em vigor e foi, por fim, ab-rogado em 1978, não tendo em nenhum momento vigência⁴¹. Em seu art. 14, trazia a mesma definição de crime tentado que o art. 12 do Código Penal de 1940. Foi criticado, contudo, por estabelecer que o crime tentado, em casos de excepcional gravidade, poderia ter pena igual à do crime consumado (art. 14, parágrafo único). A disposição foi, então, modificada para ter a mesma redação do art. 12, parágrafo único, do Código Penal de 1940, pela Lei nº

³⁸ PIERANGELI, 2001, p. 77.

³⁹ PIERANGELI, 2001, p. 81.

⁴⁰ BRASIL. *Código Penal*. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Diário Oficial da União: Rio de Janeiro, 1940.

⁴¹ PIERANGELI, 2001, p. 83.

6.016, de 1973. O Código em questão não teve, todavia, conforme se observou, vigência no Brasil.

Houve uma reforma do Código Penal em 1977, pela Lei nº 6.416, mas nada foi modificado acerca do instituto da tentativa.

Em 1984, por outro lado, a Lei nº 7.209, reformou a Parte Geral do Código Penal, que vige até hoje. Diversas foram as mudanças introduzidas, tais como a adoção do princípio da culpabilidade, sem mais restrições e reservas, bem como a abolição das medidas de segurança para os imputáveis⁴². No que toca à tentativa, contudo, não houve alterações. O artigo 12 da Parte Geral do Código Penal de 1940 foi inteiramente reproduzido no artigo 14 da Parte Geral do Código Penal resultante da reforma de 1984.

Verifica-se, portanto, que o instituto da tentativa sofreu poucas modificações ao longo da história do direito penal brasileiro. Somente foi adotado critério distintivo entre atos preparatórios e executivos diverso do que defende a teoria formal-objetiva no Código Penal de 1890. No Código Penal de 1940, contudo, retorna-se àquele critério, que permanece até hoje. Assinala-se, contudo, uma mudança para o futuro, com o Anteprojeto de Código Penal que tramita no Congresso Nacional, conforme se analisará no último capítulo deste trabalho.

⁴² PIERANGELI, 2001, p. 87.

3 DISTINÇÃO ENTRE ATOS PREPARATÓRIOS E ATOS EXECUTÓRIOS

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O delito, no processo de seu cometimento, compreende o percurso de uma trajetória, a qual a doutrina convencionou chamar de *iter criminis*. Compõem suas etapas, principalmente, a preparação, o início da execução, a consumação e o exaurimento. Dentro desse desenvolvimento fático, é de extrema importância o estudo da tentativa, ou seja, o início da execução, uma vez que consiste em cláusula geral que amplia os tipos dolosos, para abarcar parte da conduta anterior à consumação⁴³.

A tentativa ocorre, segundo a lei pátria, quando, iniciada a execução, o delito não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente. Pode-se dizer, assim, que a tentativa consiste em um tipo subjetivo completo, ou seja, o dolo está presente, mas há uma falha no tipo objetivo, razão pela qual não está consumado o crime. O dolo é o mesmo do delito consumado, podendo ser, por conseguinte, eventual, quando também puder ser eventual o dolo do crime que preencheu todos os requisitos do tipo. Nesse sentido:

Subjetivamente, a tentativa requer que o sujeito queira os atos que objetivamente realiza com ânimo de consumir o fato ou, ao menos, aceite (com segurança ou com probabilidade) que podem dar lugar à consumação.⁴⁴

Nessa direção, há uma ampliação do tipo penal para momento anterior à consumação.

A norma que prevê a tentativa, por outro lado, se caracteriza por ser uma norma penal incompleta. A norma penal, como aquelas dos demais ramos do direito, tem em sua estrutura um pressuposto de fato e uma consequência jurídica. Diferencia-se, contudo, por trazer, no pressuposto fático, um delito, e como

⁴³ ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010, p. 31.

⁴⁴ SANTIAGO, Mir Puig. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*. Trad. Cláudia Viana Garcia, José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 312.

consequência uma pena e/ou uma medida de segurança⁴⁵. Essa configuração completa, entretanto, não é sempre encontrada. É o que se verifica nas normas penais incompletas ou dependentes e nas normas penais em branco. Estas são normas cuja previsão de fato remete a outra norma, de caráter não penal⁴⁶. Aquelas são preceitos que só adquirem sentido completo ao complementarem ou esclarecerem o pressuposto fático ou a consequência jurídica de norma penal completa⁴⁷. A partir dessas observações, é possível perceber que a tentativa se enquadra como norma penal incompleta, pois só tem sentido para completar as normas previstas na parte especial do Código Penal.

O ponto central do debate relativo à caracterização da tentativa consiste em analisar quando efetivamente ela inicia, sobretudo, porque o legislador brasileiro optou por delimitar o marco inicial da tentativa com o “início da execução”. Nesse sentido, faz-se imprescindível diferenciar os atos executórios dos atos preparatórios, visto que estes, em regra, não merecem qualquer punição na esfera penal, enquanto aqueles acarretam a mesma pena do delito consumado, diminuída de um a dois terços. É importante observar, contudo, que os atos preparatórios não são punidos como tais, mas o legislador por vezes tipifica condutas que são atos comumente preparatórios para outros delitos. Esses crimes serão autônomos. Há, ainda, a possibilidade de o legislador “*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 função de dispositivo ampliador da tipicidade*”⁴⁸. Estes delitos são mais amplos que a tentativa. Aqueles são autônomos e completos e, portanto, admitem também tentativa⁴⁹. Ademais, o legislador pode excepcionar a regra geral sobre a pena da tentativa, equiparando-a à do crime consumado, como no crime de evasão mediante violência contra pessoa, que dispõe (art. 352 do Código Penal): “*evadir-se ou tentar evadir-se o preso ou o indivíduo submetido a medida de segurança detentiva, usando de violência contra a pessoa*”. A disposição inclui a tentativa como elemento do próprio tipo.

⁴⁵ CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. *Derecho penal parte general*. 2ª Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 29-33.

⁴⁶ CONDE, 1996, p. 36.

⁴⁷ CONDE, 1996, p. 33.

⁴⁸ ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010, p. 18-19.

⁴⁹ ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010, p. 19.

Logo, partindo-se da ideia de que normas penais incompletas são aquelas que completam ou esclarecem a situação fática ou a consequência jurídica prevista em outros dispositivos de lei⁵⁰, tem-se que tentativa é uma norma penal incompleta, uma vez que enseja punição mais branda que o crime consumado (previsto em outro dispositivo de lei penal). É importante identificar, assim, a linha que separa os atos preparatórios, não puníveis, dos atos executórios, ou seja, de tentativa, puníveis.

3.2 FUNDAMENTOS DA PUNIÇÃO DA TENTATIVA

Antes de adentrar na questão da distinção entre atos preparatórios e executivos e a consequente delimitação do começo da tentativa, importante analisar as teorias que procuram explicar o porquê da punição de um delito sem que tenha ocorrido o preenchimento total dos elementos previstos no tipo penal.

3.2.1 Teoria Objetiva

De acordo com a teoria objetiva, a punição da tentativa decorre de um perigo ao bem jurídico protegido pela norma penal. É a teoria adotada pela lei positiva brasileira.

A teoria em questão era amplamente difundida entre os autores antigos, tais como Feuerbach, Berner, Hippel e Liszt/Schmidt, e ainda é defendida por autores contemporâneos⁵¹.

Em sentido semelhante referia Liszt que

“A razão da punibilidade da tentativa está pois no carácter perigoso do acto: com quanto não se produzisse o resultado que a lei não quer, o acto suscitou a possibilidade de que ele se produzisse.”⁵²

⁵⁰ Cf. CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción al derecho penal*. 2ª. ed., Buenos Aires: Editorial B de f, 2001. p.45 e s.

⁵¹ ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010, p. 31.

Impõe-se destacar passagem de Eduardo Correia que denota sua concordância com os preceitos da teoria, conforme se observa⁵³:

A ilicitude é constituída, na tentativa, simplesmente pelo perigo que a acção cria para bens protegidos pelo direito criminal e o dolo ou intenção é, unicamente, uma condição exterior da sua punibilidade (sem prejuízo, evidentemente, do papel que desempenha como elemento da culpa) (...).

A teoria em apreço observa estritamente o princípio da lesividade no direito penal, segundo o qual não é possível a criminalização de condutas que causem lesões irrelevantes a bens jurídicos protegidos na norma penal⁵⁴. Ademais, relaciona-se com o fim último do direito penal, que é a proteção dos bens jurídicos, e sua principal limitação, que é a defesa dos bens mais caros à sociedade, quando eles forem atingidos de forma mais acentuada. É o caráter de *ultima ratio* que possui o direito penal. Nesse sentido, Mir Puig Santiago afirma que “o direito penal deve se limitar a oferecer o último recurso – *ultima ratio* -, quando os demais meios de controle social, jurídicos ou não, resultarem insuficientes”⁵⁵.

O mesmo autor ressalta sua concordância com a teoria em questão, já que esta resulta conforme a punição do delito tentado no direito penal espanhol. Isso porque a adoção da teoria traria, como consequências jurídico-penais a impunidade dos atos preparatórios, a punição da tentativa com penas menores que o delito consumado e a impunidade da tentativa absolutamente inidônea, já que esta não é objetivamente perigosa⁵⁶. Destaca:

Tudo isso resulta coerente, ademais, com os postulados que devem ser respeitados pelo Direito penal de um Estado Social e Democrático de Direito (art. 1.º da Const. espanhola de 1978). Tal Direito penal deve cumprir a função político-social de prevenção de comportamentos externos (não de vontades nem de atitudes

⁵² LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Vol. I. Trad. de José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006a. p. 322.

⁵³ CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*. Coimbra: Livraria Almedina, 1968. p. 231.

⁵⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal – Parte Geral*. 5ª Ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 26.

⁵⁵ SANTIAGO, 2007. p. 34.

⁵⁶ SANTIAGO, 2007. p. 302-305.

internas) na medida de sua *periculosidade objetiva* para bens jurídicos.⁵⁷

Hans Welzel, inclusive, ao discorrer sobre a função ético-social do direito penal, afirma que o direito penal quer proteger bens vitais da comunidade, os chamados bens jurídicos. Explica⁵⁸:

Estos valores del actuar conforme a derecho, arraigados en la permanente conciencia jurídica (es decir, legal, no necesariamente moral) constituyen el transfondo ético-social positivo de las normas jurídico-penales. El Derecho Penal asegura su real acatamiento, en cuanto castiga la inobservancia manifestada a través de acciones desleales, de rebeldía, indignas, fraudulentas. La misión central del Derecho Penal reside, pues, en asegurar la vigencia inquebrantable de estos valores de acto, mediante la conminación penal y el castigo de la inobservancia de los valores fundamentales del actuar jurídico manifestada efectivamente.

Sobre a finalidade e as limitações do direito penal, afirma Claus Roxin⁵⁹:

Na Alemanha, a finalidade do direito penal aqui exposta, da qual já derivam na maior parte dos casos os seus limites, é caracterizada como 'proteção subsidiária de bens jurídicos'. São chamados bens jurídicos todos os dados que são pressupostos de um convívio pacífico entre os homens, fundado na liberdade e na igualdade; e subsidiariedade significa a preferência a medidas sócio-políticas menos gravosas.

Vários são os autores⁶⁰ que defendem essa teoria. Com base em suas ideias, é possível fazer uma subdivisão da teoria objetiva. Vejamos.

As teorias mais antigas, defendidas por Feuerbach e Berner, apreciam o perigo *ex post*. Assim, não consideram perigosa ao bem jurídico protegido pela norma penal a tentativa absolutamente inidônea e consideram perigosa a tentativa relativamente inidônea⁶⁰. Assim, partindo de uma ótica estritamente causal, Feuerbach referia que:

“uma determinada infração só é consumada se foi realizado e ocorreu tudo aquilo que pertence ao conceito de crime. Porém, uma

⁵⁷ SANTIAGO, 2007. p. 305.

⁵⁸ WELZEL, 1970, p. 12.

⁵⁹ ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 35.

⁶⁰ JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª edición. Trad. Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Ed. Marcial Pons: Madrid, 1997. p. 860.

conduta exterior intencionalmente dirigida à produção do crime já é por si mesma uma infração e será punida: I quando a consumação for obstada tão só em razão de circunstâncias exteriores e não pela livre modificação da vontade; II. quando a conduta mesma for objetivamente perigosa – de acordo com a sua condição exterior (direta ou indireta, pouco ou muito) estiver em uma relação causal com o crime pretendido”.⁶¹

Outra é a formulação procedida por Hippel, que propõe a observação do fato *ex ante*. Reputa, dessa forma, perigosa a tentativa quando uma pessoa prudente, com o conhecimento do autor somados ao de um observador objetivo, no momento do fato, consideraria adequada a consumação⁶².

Spendel, da mesma forma, propõe proceder um juízo *ex ante*, mas apenas da ação, não das circunstâncias independentes do autor⁶³. Jakobs aponta para a falha nesse pensamento pela impossibilidade de se delimitar essa diferenciação, bem como pela inclinação a conceituar a tentativa como delito de perigo abstrato⁶⁴.

Há ainda, a distinção entre tentativa e falta de tipo em sentido estrito, defendida por Dohna. De acordo com esse entendimento, quando falta à ação delituosa uma característica que a qualificaria como delito, não há consumação nem tentativa, mas falta de tipo em sentido estrito. Nesse caso, a ação é idônea, mas lhe falta a adequação típica e, por isso, não há que se falar em tentativa. Por outro lado, nem sempre que falta consumação é caso de tentativa, mas apenas quando a falta corresponde à ação propriamente dita⁶⁵.

⁶¹ FEUERBACH, Paul Johann Anselm. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. Trad. Pablo Alfien [não publicada]. Giessen: Georg Friedrich Heyer's Verlag, 1847. p. 71.

⁶² HIPPEL, Strafrecht, § 30 apud JAKOBS, 1997, p. 860.

⁶³ SPENDEL. Stock-Festschrift, p. 89 e ss. apud JAKOBS, 1997, p. 860.

⁶⁴ JAKOBS, 1997, p. 860.

⁶⁵ DOHNA, Alexander Graf Zu. *La estructura de la teoría del delito*. Trad. Carlos Fontán Balestra con la colaboración de Eduardo Friker. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958. p. 89-90.

Zaffaroni e Pierangeli, no entanto, criticam tal teoria, sob o argumento de que⁶⁶:

Não obstante, é insuficiente para fundamentar a punição da tentativa inidônea, razão pela qual é de ser repudiada, como um critério insatisfatório para fundamentar a punição da tentativa, tal como o fazia a lei penal anterior.

Conforme se verifica da passagem acima, criticam-na porque deixaria impune a tentativa inidônea. Contudo, o Código Penal brasileiro afirma, expressamente, no artigo 17, que “*não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime*”. É certo que no Código Penal de 1940, antes da reforma de 1984, apenava-se com medida de segurança o crime impossível, o que era previsto no art. 76, § único, que dispunha que a medida de segurança também era aplicável nos casos dos arts. 14 (crime impossível) e 27, havendo periculosidade do agente. Dessa maneira, não pode subsistir a crítica, pois não é punível a tentativa inidônea, nem suscetível de medida de segurança, o que foi, de maneira acertada, consagrado pela reforma de 1984 do Código Penal.

Essa será a concepção adotada neste trabalho, pois parece a mais adequada aos princípios e à realidade do direito penal, conforme verificado.

3.2.2 Teoria Subjetiva

Em sentido contrário à teoria objetiva, a teoria subjetiva funda a punição da tentativa na vontade do autor contrária ao direito, ou seja, de acordo com esta concepção, importante é que, por meio de um fazer objetivo, o autor manifestou sua vontade de cometer o crime. Nesse sentido, pouco importa se a conduta de tentativa é “adequada ou inadequada”, suficiente ou não para produzir o resultado. É defendida, entre outros autores, por Baumann e Schröder⁶⁷.

⁶⁶ ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010, p. 32.

⁶⁷ Nas obras: BAUMANN, Jürgen. *Strafrecht-Algemeiner Teil*. Bielefeld, 1975, p. 500 *et seq.* e SCHÖNKE, Adolf; Horst Schröder. *Strafgesetzbuch Kommentar*. Munique, 1970, p. 299. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010, p. 33-34).

Jakobs critica a teoria em questão, pois ela não explica por que não se pune toda preparação posta em prática⁶⁸.

A teoria é inaceitável, uma vez que fundamenta a tentativa na vontade, configurando um direito penal do autor e não do fato. Consoante afirmam Zaffaroni e Pierangeli, “*todo direito penal de periculosidade é direito penal de autor, enquanto o direito penal de culpabilidade pode ser de autor ou ‘de ato’ (que é o seu oposto)*”⁶⁹. Seguem em crítica a essa concepção de direito penal, defendendo que um direito que reconheça e respeite a autonomia moral da pessoa não pode puni-la em virtude de quem ela é, mas apenas por suas atitudes, de forma a preservar a autodeterminação⁷⁰. Ademais, a teoria em questão não se coaduna com a legislação pátria, visto que os preceitos enunciados obrigariam a adoção de penas idênticas para delitos tentados e consumados, já que a vontade contrária ao direito em ambos é igual.

3.2.3 Teoria Perigosista

A teoria perigosista fundamenta o apenamento da tentativa na periculosidade do autor, mesclando tal critério com a teoria objetiva, como Sauer, ou baseando-se apenas nesse fundamento, como Harro Otto, que renuncia a qualquer posição objetiva⁷¹.

Sauer justifica a tentativa idônea na periculosidade da conduta em relação ao bem jurídico, enquanto fundamenta a tentativa inidônea na periculosidade do autor⁷². Observa o autor que a tentativa em sentido próprio é o perigo concreto a bens jurídicos. Contudo, sugere uma complementação subjetiva para a concepção quando a representação do autor não corresponde à realidade, ou seja, na tentativa

⁶⁸ JAKOBS, 1997, p. 862.

⁶⁹ ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 111.

⁷⁰ ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 111.

⁷¹ OTTO, Harro. Grundkurs Strafrecht-Allgemeiner Teil. Berlim, 1976, p. 223 apud ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010, p. 34-35.

⁷² SAUER, Wilhelm. Allgemeine Strafrechtslehre, 1955, p. 109 apud ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010, p. 34.

inidônea, em que os fatos nunca poderão conduzir ao resultado. Em que pese a inidoneidade dos atos praticados, considera que:

“(...) su actitud psíquica ha de ser considerada como objetivamente peligrosa y la manifestación de voluntad corresponde también al principio de ejecución. Por eso debe ser castigado con la pena de la tentativa”⁷³.

Ao incluir a periculosidade do sujeito como elemento fundamental da tentativa, mesclada ou não com o perigo concreto a bens jurídicos, a teoria em questão se direciona à punição de atos que não possuem qualquer dano ou perigo ao bem jurídico protegido⁷⁴. Ademais, ao se punir com base na periculosidade do autor, há uma inclinação para um direito penal do autor e não do fato, o que, conforme se verificou no ponto anterior, é contrário ao moderno direito penal.

Assim, o fundamento esposado não deve ser utilizado em matéria penal, seja porque tende à punição de atos que não apresentam perigo ao bem jurídico tutelado, seja porque se demonstra uma inclinação para um inaceitável direito penal do autor.

3.2.4 Teorias Mistas ou Dualistas

Para esse grupo de teorias, na tentativa intencional deve-se observar o perigo para a validade da norma, que supõe o dolo do agente. Nos demais casos, o fundamento para a punição da tentativa é a periculosidade da conduta⁷⁵.

3.2.4.1 Teoria do Autor

⁷³ SAUER, Guillermo. *Derecho penal (parte general)*. Trad. Juan del Rosal y José Cerezo. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1956. p. 161.

⁷⁴ ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010, p. 35-36.

⁷⁵ JAKOBS, 1997, p. 862.

De acordo com essa teoria, a tentativa é punível porque com ela já se tomou a decisão sobre a conduta a ser realizada, como na consumação e diferente da preparação. Pune-se, portanto, o dolo provado⁷⁶.

3.2.4.2 Teoria da Impressão

Tentando limitar a teoria subjetiva, a teoria da impressão fundamenta a punição dos atos de tentativa na manifestação da vontade criminosa que produza uma impressão na coletividade que leve ao abalo da confiança na vigência da ordem jurídica⁷⁷.

Defendida por Johannes Wessels, nos seguintes termos⁷⁸:

O fundamento da pena da tentativa é a manifestação da vontade criminosa, cuja impressão na coletividade pode conduzir a um abalo da consciência jurídica e à periclitção da paz jurídica. (Grifos do autor)

A punição em virtude do abalo à confiança na vigência da ordem jurídica denota a relação da teoria ora discutida com o entendimento de que o objetivo da legislação penal é a prevenção geral. Explicando, a prevenção geral é aquela que considera que o direito penal tem por finalidade a segurança jurídica, atuando, assim, sobre aqueles que não delinquiram, com caráter retributivo. Para a prevenção especial, por outro lado, o escopo seria a proteção da sociedade, dirigidas as penas aos que delinquiram, com conteúdo ressocializador⁷⁹. Ao calcar a punição da tentativa apenas em um dos aspectos da pena, a teoria se evidencia incompleta.

Outra crítica, apresentada por Zaffaroni e Pierangeli, é que:

Esta teoria tende a conduzir a uma punição independente da tentativa, posto que o bem jurídico que com ela se ofende não seria

⁷⁶ JAKOBS, 1997, p. 862.

⁷⁷ ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010, p. 36.

⁷⁸ WESSELS, Johannes. *Direito penal (aspectos fundamentais)*. Trad. do original alemão e notas por Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976. p. 133.

⁷⁹ ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011.

aquele que o agente pretendia lesar, mas tão só o sentimento de segurança jurídica e a confiança no Direito⁸⁰.

Essa teoria, assim, não deve ser adotada, principalmente em razão da possibilidade de conduzir a uma punição independente da tentativa, bem como por se considerar apenas o aspecto de prevenção geral da pena.

Zaffaroni e Pierangeli, por outro lado, sustentam que a punição da tentativa não ocorre em virtude dessa impressão na comunidade, mas sim da impressão na ordem jurídica⁸¹. Explicitam os doutrinadores⁸²:

Este é o caráter ameaçador que o Direito descobre na tentativa quando a valora *ex ante*: é o temor da ordem jurídica pelo sujeito passivo. Vimos que todos os bens jurídicos são tutelados, porque o Direito considera necessário protegê-los, em razão de que a disponibilidade desses entes é necessária para a autorrealização individual. Por conseguinte, o Direito Penal tipifica condutas porque *teme* pelos homens, porque *teme* que essas condutas os privem das possibilidades de realização em coexistência, e pune essas ações mesmo quando, de fato e no caso concreto, estas possibilidades não sejam sentidas pelo sujeito passivo.

Consoante se verifica da descrição dos fundamentos da teoria, pune-se a tentativa em virtude da impressão que produz no direito, que protege bens jurídicos em virtude de serem necessários para a autorrealização individual, do que não se discorda, pois essa impressão poderia ser o próprio perigo a esses bens. Contudo, ao afirmar que a punição ocorre ainda que o perigo não seja sentido pelo sujeito passivo pode levar à ofensa ao princípio da lesividade, o qual dispõe que só é possível a criminalização de condutas que acarretem um perigo ao bem jurídico protegido.

3.2.5 Tentativa como Infração Normativa Manifesta e Próxima ao Tipo (Jakobs)

Günther Jakobs, por sua vez, propõe como fundamento de punição da tentativa a infração normativa manifesta e próxima ao tipo.

⁸⁰ ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010, p. 38.

⁸¹ ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010, p. 41-42.

⁸² ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010, p. 42.

Esclarece o autor que a tentativa, como o delito consumado, supõem ataques à validade da norma. Dessa maneira, para que o ato seja punido, deve se colocar manifestamente contrário à norma. Esse é o fundamento de punição da tentativa. Acrescenta que essa infração manifesta deve corresponder a uma norma verdadeiramente existente, não unicamente na imaginação do autor. Essa seria a razão da não punição de tentativas inidôneas, já que estas não se dirigem contra qualquer norma verdadeiramente existente. Por fim, aponta que a norma deve seguir, até certo ponto, a perspectiva do autor, pois a partir daí se verifica quando se produz a situação descrita da norma, mas desde que esse juízo do autor seja racional⁸³.

É possível perceber, da análise dos fundamentos adotados por Jakobs, que essa é uma perspectiva formal do direito penal, uma vez que o fundamento de punição é a contrariedade à norma. Contudo, ainda parece mais adequado considerar como fundamento de punição de delitos a lesão ou perigo de lesão a bens jurídicos, sob pena de se possibilitar a formulação e aplicação de normas arbitrárias, por serem estas o fundamento de punição adotado.

Verificadas as teorias de fundamento para a punição da tentativa, e adotando a primeira como pressuposto, passa-se à distinção entre atos preparatórios e atos executórios.

3.3 CRITÉRIOS PARA DISTINGUIR OS ATOS PREPARATÓRIOS DOS ATOS EXECUTÓRIOS

Conforme anteriormente observado, uma das questões mais problemáticas no tocante ao desenvolvimento do crime é a diferenciação entre aqueles atos que são preparatórios e os executórios. A razão disso é que os primeiros não ensejam, para a doutrina majoritária e a definição legal brasileira, punição penal. Os segundos, ao contrário, são abarcados na pretensão punitiva estatal, embora, consoante entendimento considerado mais correto e a previsão do

⁸³ JAKOBS, 1997, p. 863-865.

Código Penal Brasileiro, estejam sujeitos a penas reduzidas em relação ao delito consumado.

A partir dessa problemática, muitas são as teorias que tentam estabelecer critérios para distinguir os atos preparatórios dos atos executivos, enquanto outras negam que seja possível tal distinção.

3.3.1 Teoria Negativista

Os problemas encontrados nas teorias tradicionais para explicar o ponto em que terminam os atos preparatórios e iniciam os atos executivos do delito levou alguns autores, como Luigi Scarano, a negarem a possibilidade de tal distinção no mundo do direito⁸⁴.

Observa o citado autor que nenhuma teoria conseguiu distinguir de maneira satisfatória atos executivos de atos preparatórios, tendo sido necessário entregar a solução dos conflitos jurídicos ao prudente arbítrio do magistrado. Afirma que quando os teóricos, por exemplo, propõem que constitui ato de tentativa a ação que precede a atividade executiva, logicamente necessária à realização do delito, estão colocando, dentro da noção de tentativa, atos preparatórios⁸⁵. Defende ser demasiado estreito o critério diferenciador de início de execução do tipo e afirma que *“(...) la distinción entre actos de preparación y de ejecución ha sido abandonada, porque no responde a las exigencias de la práctica”*⁸⁶. Por fim, nesse sentido, não haveria óbice dogmático à punição dos atos preparatórios.

A teoria negativista pode ser considerada uma teoria subjetiva pura⁸⁷, já que nega a distinção baseada em critérios objetivos. A ideia leva à inaceitável punição de atos preparatórios e, em última análise, conduz à punição de todo ato que, de qualquer forma, demonstre a intenção do autor de praticar o fato. Levada a extremo, chegaria próxima da punição aos meros pensamentos ou a condutas que sequer ameaçassem o bem jurídico protegido, o que fere, de maneira direta, o

⁸⁴ SCARANO, Luigi. *La tentativa*. Bogotá: Editorial Temis, 1960. p. 50.

⁸⁵ SCARANO, 1960, p. 44-47.

⁸⁶ SCARANO, 1960, p. 56.

⁸⁷ ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010, p. 51.

princípio da lesividade no direito penal. Devido a esses e outros problemas, é posicionamento que hoje se considera abandonado⁸⁸.

Consiste a teoria, portanto, em negar a viabilidade da distinção entre atos preparatórios e executivos, o que é inaceitável, mormente em nosso Estado de Direito, uma vez que conduz à punição de qualquer ato que possa demonstrar a intenção do agente contrária ao direito, ainda que o ato não demonstre qualquer lesividade ao bem jurídico protegido pela norma penal.

3.3.2 Teoria da Univocidade ou Inequivocidade dos Atos de Tentativa

A teoria da univocidade ou inequivocidade dos atos de tentativa é uma limitação à teoria subjetiva e propõe que os atos preparatórios são aqueles que, para um terceiro observador, não se mostram necessariamente visando ao cometimento do crime. Os atos de tentativa, por outro lado, são aqueles que inequivocamente demonstram a finalidade delitiva. Esse critério foi formulado por Carmignani e seguido algumas vezes por Carrara, sendo adotado pelo atual Código Penal Italiano (artigo 56)⁸⁹.

Zaffaroni e Pierangeli apontam como uma das falhas dessa teoria a indicação de uma determinação processual e não penal na diferenciação⁹⁰. Néilson Hungria, por sua vez, ao criticar a teoria, afirma:

O critério da inequivocidade, por si só, é precaríssimo: faz de um projeto uma realidade, de uma sombra um corpo sólido. Revelar a vontade de cometer um crime, ainda que por atos inequívocos, mas sem que se apresente uma situação de hostilidade imediata ou direta contra o bem jurídico penalmente protegido, será uma tentativa conjectural ou hipotética, jamais uma tentativa real ou que ponha em sério e efetivo perigo a indenidade dêsse bem⁹¹.

⁸⁸ ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010, p. 51.

⁸⁹ CARMIGNANI, Giovanni Alessandro Francesco. *Elementa Juris Criminalis*. Pisa, 1823, § 231; CARRARA, Francesco. *Programma del Corso di Diritto Criminale*. Florença, 1924, § 337 apud ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010, p. 52.

⁹⁰ ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010, p. 52.

⁹¹ HUNGRIA, 1958, p. 80.

É perceptível, no enunciado da teoria, que sua aplicação incluiria, na tentativa, atos que sequer ameaçam o bem jurídico protegido pela norma penal, o que é inadmissível em nosso sistema, haja vista o princípio da lesividade que o orienta. De acordo com o princípio, não é possível a criminalização de condutas que causem lesões irrelevantes para o bem jurídico. Assim, se uma pessoa briga com outra e vai até sua casa buscar a arma que lá guarda, poder-se-ia considerar tal ato como inequívoco, demonstrando de maneira clara a intenção de usá-la contra o inimigo, ainda que não conseguisse encontrar a suposta vítima ao voltar ao local por esta ter fugido. A punição da conduta seria, contudo, claramente despropositada, já que não houve qualquer lesão ou perigo ao bem jurídico.

Dessa maneira, a teoria apresentada também não satisfaz as exigências do nosso Estado Democrático de Direito, mormente em virtude da adoção, por nosso sistema penal, do princípio da lesividade. Além disso, não é compatível a utilização de um critério processual para a solução do problema em questão.

3.3.3 Teoria Objetiva (Ou Formal-Objetiva)

Em virtude das exigências, principalmente, do princípio da legalidade, da segurança jurídica e da proteção contra o arbítrio do Estado, desenvolveu-se a chamada teoria formal-objetiva. Enuncia a teoria que haverá início de execução quando o sujeito penetrar no núcleo do tipo, ou seja, iniciar a conduta prevista no verbo típico. Assim, haveria tentativa de homicídio quando o agente começasse a matar. São muitas as vantagens desse critério em relação aos anteriormente verificados. Senão, vejamos.

O princípio da legalidade ou *nulla poena sine lege* foi imposto na época do Iluminismo, na luta contra a arbitrariedade estatal⁹². Esse princípio determina as seguintes características à lei penal: *lex praevia*, *lex scripta*, *lex stricta* e *lex certa*. O critério em questão atende melhor, especialmente, à exigência da *lex certa*, ou seja, da determinação da lei penal⁹³. Normas demasiadamente indefinidas, como

⁹² WELZEL, 1970, p. 37.

⁹³ SANTOS, 2012, p. 20-23.

pretenderia a teoria negativista, que permitiria uma punição de atos preparatórios sem relação direta com o fato típico, fugiriam a essa imposição e seriam inadmissíveis em direito penal. Ademais, em termos de teoria geral do direito, exige-se segurança jurídica, o que seria melhor atendido por esse critério, visto que o sujeito só poderia ser punido por uma ação que já adentra no tipo definido na norma escrita.

É possível perceber, pela análise do art. 14, inciso II do Código Penal Brasileiro, ao afirmar que ocorre crime tentado quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente, que esse é o critério adotado por nosso sistema.

Contudo, essa teoria possui falhas, que são apontadas e criticadas pela doutrina. Indica-se a estreiteza do critério⁹⁴, que deixaria de punir atos que usualmente são considerados como executórios. Nesse sentido, o critério do início da execução sozinho não atende ao fundamento da punição da tentativa, apontado anteriormente como o perigo a bens juridicamente protegidos. Isso porque podemos perceber que algumas condutas que não estão abarcadas no sentido literal da previsão legal já são ameaçadoras ao bem jurídico. Para exemplificar, é possível pensar em um sujeito que entra em uma casa, arrombando a porta, com o fim de furtar, mas não consegue chegar ao cofre que visava por ser surpreendido pelo proprietário do imóvel. Essa conduta é considerada usualmente como tentativa, mas não é inequívoco estar abarcado aí o ato de “começar a subtrair coisa alheia móvel”, já que o agente não estava no momento subtraindo a *res furtivae* propriamente.

No mesmo sentido, não há definição precisa do que seria início de determinada ação, o que ensejaria maior arbítrio do magistrado.

Ainda na época do Império no Brasil, Tobias Barreto já criticava a teoria apresentada. Apontava o autor a impossibilidade de caracterização exata sobre o que seria princípio de execução. Indicava, ademais, uma série de incongruências

⁹⁴ ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010, p. 54.

que ocorreriam em casos concretos caso fosse utilizado tal critério, já apontado pelo Código Criminal do Império⁹⁵. Sobre seu posicionamento, esclarece o autor:

Com efeito, se o âmbito da tentativa não fosse até onde começa a impossibilidade de ação da parte do delinquente, se ela se dessa por fechada e concluída a cada ato, que encerrasse um princípio de execução, teríamos no exemplo figurado, sucedendo que A fosse errando, um após outro, todos os oito tiros do seu revólver, seria afinal criminoso de oito tentativas ou, mais ainda, conforme a riqueza de molas do *americano*? Mas isto é inadmissível⁹⁶.

(Grifos do autor)

Pode-se, pois, perceber que o critério utilizado pela teoria em questão atende de maneira mais completa às exigências do Estado Democrático de Direito se comparado com as teorias anteriormente analisadas. Contudo, necessita de complementação, pois é demasiado estreito e indeterminado.

3.3.4 Teoria Material-Objetiva

Devido às deficiências apresentadas pela teoria anterior, buscou-se complementá-la com outros critérios, do que resultou a teoria material-objetiva, que não é propriamente uma teoria, por carecer de unidade⁹⁷.

O primeiro critério de complementação à teoria formal-objetiva que se pode mencionar é o trazido por Frank, que, conforme Zaffaroni e Pierangeli “(...) inclui na tentativa as ações que, por sua vinculação necessária com a ação típica, aparecem como parte integrante dela, segundo uma ‘concepção natural’”⁹⁸.

Eduardo Correia, para não utilizar a compreensão naturalística de Frank, que considera perniciosa e insegura, inclui como atos de execução:

(...) aqueles que, segundo a experiência comum e salvo um caso imprevisível, sejam de natureza a fazer esperar que se lhes sigam

⁹⁵ BARRETO, 2000. p. 318-323.

⁹⁶ BARRETO, 2000, p. 323.

⁹⁷ ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010, p. 55.

⁹⁸ FRANK, Reinhard. Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich (StGB). 1931, p. 87 apud ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010, p. 55.

actos idóneos a produzir o resultado típico ou que preenchem um elemento típico⁹⁹.

Franz von Liszt, por sua vez, aponta para a insuficiência da fórmula legal que dizia que a linha divisória entre atos preparatórios e executórios estava no começo da execução¹⁰⁰. Dessa maneira, afirma:

Do exposto resulta a *necessidade de que fiquem impunes os actos de tentativa remotos*. Obtemos assim uma distincção entre actos de tentativa, e podemos contrapor os remotos, como *actos preparatorios impunes*, aos proximos e puniveis, como *actos de tentativa* em sentido estricto¹⁰¹.

(Grifos do autor)

Ernst von Beling, por outro lado, afirma que correspondem a início de execução as ações que pertencem à categoria do tipo, mas que, para a consumação do delito, era necessário o desenvolvimento da ação ou um fato decisivo posterior, de forma que a falta de correspondência típica consiste em defeito da última e típica fração da ação. Os atos preparatórios, de outra maneira, seriam aqueles que ainda não são adequados ao tipo¹⁰². Assim, os atos preparatórios seriam elementos acidentais do tipo¹⁰³.

Nélson Hungria, por sua vez, segue o critério enunciado por Mayer, chamado de teoria da hostilidade ao bem jurídico, embora reconheça que não é plenamente satisfatório nem isento de críticas. Ato executivo seria, na concepção adotada, aquele que “*ataca efetiva e imediatamente o bem jurídico*”¹⁰⁴. O ato preparatório, por outro lado, possibilitaria o ataque ao bem jurídico, mas não o agrediria efetiva e imediatamente. Especialmente quanto a esse critério, trata o fundamento da punição da tentativa como critério para distinguir atos executivos de preparatórios, o que não é satisfatório, pois há grande indeterminação de quando se inicia a ofensa ao bem jurídico.

⁹⁹ CORREIA, 1968, p. 230.

¹⁰⁰ LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Vol. II. Trad. de José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006b. p. 332.

¹⁰¹ LISZT, 2006b, p. 332.

¹⁰² BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal: la doctrina del delito-tipo*. Trad. del alemán por Sebastian Soler. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944. p. 101.

¹⁰³ BELING, Ernst von. *Die Lehre vom Verbrechen*. 1906, p. 245 apud ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010, p. 57.

¹⁰⁴ HUNGRIA, 1958, p. 84.

Essas são algumas das principais tentativas de complementar o início de execução indicado pela teoria formal-objetiva. Nesse âmbito, desenvolveram-se diversas teorias, que não são todas aqui descritas, possuindo algumas quase somente valor histórico¹⁰⁵.

Hans Welzel critica a teoria, conforme segue:

La teoría objetiva material trae una ampliación en cuanto incluye en la tentativa acciones que en virtud de su vinculación necesaria con la acción típica aparecen para una concepción natural como parte integrantes de ella (así Frank § 43 II 2 b; RG. 73 143; BGH. NJW. 65 594, entre otros) o que producen una inmediata puesta en peligro de bienes jurídicos (RG.59 386; 69 328; BGH. 20 150; 22 81). Mientras que la última ampliación es muy dudosa por la indeterminación del concepto de peligro, la primera (desarrollada por Frank) en la mayoría de los casos conduce a resultados satisfactorios. Sin embargo, sería más inequívoco determinar el principio de ejecución no desde adentro (desde la acción típica), sino desde fuera como el ponerse en una actividad inmediata a la acción típica. Al respecto es siempre importante que el enjuiciamiento del principio resulte sobre la base del plan individual del autor¹⁰⁶.

Todas essas considerações se revelam, portanto, insatisfatórias à diferenciação entre atos preparatórios e executivos. Isso porque é preciso considerar o plano do autor para chegar ao que seriam atos executivos em cada caso concreto, além da necessidade de determinar a distinção não desde a ação típica, mas desde a atividade imediata à ação típica, conforme se verificou.

3.3.5 Critério Objetivo Individual

Defendido por Hans Welzel, Zaffaroni e Pierangeli, o critério em questão não foge à concepção formal-objetiva, mas, assim como a “teoria material-objetiva”, busca complementá-la, estabelecendo o que seria o início de execução.

O critério em questão, adotado pelo Código alemão vigente (§ 22), enuncia que constitui tentativa a ação que, conforme o plano do autor, aproxima-se imediatamente à realização do tipo delitivo. Explicita de maneira completa Hans Welzel:

¹⁰⁵ ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010, p. 57.

¹⁰⁶ WELZEL, 1970, p. 262-263.

La tentativa comienza con aquella actividad con la cual el autor, según su plan delictivo, se pone en relación inmediata con la realización del tipo delictivo (Cnfr. BGH. 7 291; JZ. 59 28; § 22 en la redacción de la 2ª ley de reforma penal)¹⁰⁷.

Nesse sentido, a tentativa possui dois elementos: o plano delitivo do autor (subjetivo/individual) e a relação imediata com a realização do tipo delitivo (objetivo). O elemento objetivo define que a conduta perpetrada pelo agente deve caracterizar a iminência do cometimento do tipo delitivo. A punição estatal apenas se justifica se a conduta está próxima daquilo que é previsto pela norma penal, de forma que para o bem jurídico seja ameaçadora. Assim, não há outras condutas decisivas entre o ato e a efetiva execução do verbo típico, de forma que a conduta necessariamente se dirige à realização típica. Essa consideração, portanto, é bastante coerente, pois exclui da punição pelo direito penal atos que, por sua distância ao cometimento do crime, não justificam a punição estatal. Outro critério objetivo utilizado é a imediata colocação em perigo do bem jurídico, mas o primeiro é mais preciso, pela indeterminação inerente à definição de quando inicia a colocação em perigo imediata¹⁰⁸.

O plano delitivo do autor, de outra parte, diferencia condutas conforme o caso concreto. É certo que a mesma conduta externa pode representar ato preparatório para um indivíduo e executório para outro, conforme sua representação. Esclarece essa diferença exemplo utilizado por Zaffaroni e Pierangeli, em que uma mulher quer envenenar seu marido e, para tanto, põe o veneno sobre a comida. Se a própria mulher pretende servir a comida, colocar o veneno constitui ato preparatório e, se ela pretende que o marido se sirva, o ato já é executivo¹⁰⁹.

Esse é o critério que se considera mais coerente. Primeiro, porque inclui na distinção o plano delitivo do autor. Segundo, porque considera atos de tentativa os ocorridos a partir do momento em que não há outras condutas decisivas entre o ato e a efetiva execução do verbo típico, o que coloca a conduta já em estágio avançado o suficiente para que represente uma ameaça concreta ao bem jurídico protegido. Assim, para considerar um ato executivo, não seria possível que entre

¹⁰⁷ WELZEL, 1970, p. 263.

¹⁰⁸ SANTIAGO, 2007, p. 310.

¹⁰⁹ ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010, p. 59.

este ato e a efetiva execução típica houvesse possibilidade de desvio no curso delitivo, por vontade do agente ou não, o que caracteriza uma conduta já bastante próxima ao tipo legal.

3.3.6 Critérios Formulados por Roxin

Claus Roxin refere critérios diferentes para o início da tentativa inacabada, ou seja, aquela em que o autor ainda não fez tudo que pretendia de acordo com seu plano delitivo, e da tentativa acabada, da autoria mediata e das omissões.

No caso da tentativa inacabada, o autor propõe dois requisitos para que se configure a tentativa: a perturbação das esferas e a estreita conexão temporal entre a ação do autor e o resultado pretendido. O primeiro diz respeito à agressão à esfera da vítima, enquanto o segundo dispõe que a ação do autor deve conduzir ao resultado sem fases intermediárias protelatórias¹¹⁰.

Tal entendimento não se afasta do critério objetivo individual, pois traz o requisito para a punição de todos os delitos, ou seja, o perigo ao bem jurídico protegido, e a anterioridade imediata ao tipo, que quer dizer justamente que não há outras fases entre a ação e o resultado pretendido.

Sobre a tentativa acabada, a autoria mediata e as omissões, destaca o jurista que “estes três grupos podem ser tratados sob pontos de vista comuns, porque a autoria mediata e as omissões são somente formas especiais de surgimento da tentativa acabada”¹¹¹. Nesses casos, elenca como pressupostos alternativos para a configuração do início de execução, o bem jurídico protegido estar diretamente em perigo ou ter o autor se desprendido do controle do

¹¹⁰ ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. por Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, Ana Isabel de Figueiredo e Maria Fernanda Palma. Vega, 1998, p. 306-307.

¹¹¹ ROXIN, 1998, p. 320.

acontecimento, o qual, de acordo com seu plano, deverá prosseguir até o resultado¹¹².

Nesse caso, o critério de Welzel traz mais certeza, pois a só colocação em perigo do bem jurídico protegido não é determinada o suficiente. Por fim, ter o autor se desprendido do controle do acontecimento está incluso nas ações imediatamente anteriores segundo o plano delitivo do autor, pois este já praticou todas as ações tendentes à consumação do crime, só esperando sua consumação.

O critério enunciado por Hans Welzel, conforme observado, é o que mais se aproxima da realidade e das exigências do direito penal no Estado Democrático de Direito.

3.4 INÍCIO DA TENTATIVA EM CASOS ESPECIAIS

Há algumas modalidades de crimes que podem suscitar dúvidas quanto ao momento em que se pode considerar início de execução, o que se passa a analisar, conforme a teoria sobre início de execução defendida.

Em delitos qualificados, se a qualificação precede ao crime principal, a tentativa inicia com a qualificadora¹¹³. Se, por outro lado, a qualificadora ocorre posteriormente ao delito fundamental, a tentativa se dá com o início deste¹¹⁴. Ilustrativamente, poder-se-ia pensar no caso em que um sujeito, na tentativa de matar seu desafeto, coloca fogo na casa onde ele dorme, não se consumando o homicídio por conseguir a vítima sair da casa antes que as chamas se alastrem. Nesse caso, a qualificadora (emprego de fogo) ocorre antes do tipo base, iniciando a tentativa já ao atear-se o fogo (art. 121, §2º, inciso III, do Código Penal Brasileiro¹¹⁵).

¹¹² ROXIN, 1998, p. 323.

¹¹³ Leciona Welzel: “En los delitos cualificados la tentativa comienza ya con la ejecución de la acción cualificada (...)”. (WELZEL, 1970, p. 264).

¹¹⁴ ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010, p. 63-64.

¹¹⁵ Art. 121. Matar alguém:
Pena - reclusão, de seis a vinte anos.
[...]
§ 2º Se o homicídio é cometido:

Na autoria mediata existem duas possibilidades. Se o autor imediato age dolosamente, a tentativa ocorre apenas quando este se coloca em atividade de execução do delito. Se, por outro lado, utiliza-se de um inimputável como autor imediato, a tentativa inicia já no momento em que o autor mediato se desprende do fato, dirigindo o autor imediato ao cometimento do delito¹¹⁶.

Cumprido observar, por fim, que a tentativa só é possível de forma dolosa. Não se pune a tentativa culposa porque haveria uma contradição interna. Enquanto o desvalor do delito culposos está em um resultado danoso causado por infringência aos deveres gerais de cuidado, a tentativa é justamente a falta desse resultado contra a vontade do agente, que, portanto, tinha a intenção do cometer o crime.

Dessa maneira, analisada a separação entre atos preparatórios e executivos do delito em casos que poderiam gerar maiores dificuldades, passa-se a traçar um panorama atual sobre o tema.

[...]

III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;

Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

BRASIL, 1940.

¹¹⁶ WELZEL, 1970, p. 265.

4 SITUAÇÃO ATUAL

Analisadas a história e a doutrina sobre o tema, passa-se à verificação da situação atual no Brasil e as perspectivas para o futuro, com o Anteprojeto de Código Penal, e a jurisprudência dos Tribunais pátrios.

4.1 ANTEPROJETO DE CÓDIGO PENAL

Uma Comissão de Juristas para a elaboração de um Anteprojeto de Código Penal foi criada pelo Requerimento nº 756 de 2011, do Senador Pedro Taques. O resultado dos trabalhos da comissão foi subscrito pelo Presidente do Senado Federal, José Sarney. Assim, deu-se origem ao Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012. Foi criada, então, uma Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal para examinar o Projeto de Lei, sendo aprovado o relatório final elaborado pelo Senador Pedro Taques.

Em que pese as críticas dirigidas ao projeto, no que toca à tentativa, pode-se perceber um claro avanço da legislação penal.

Veja-se a previsão do projeto no relatório final aprovado pela Comissão Temporária¹¹⁷:

Consumação e tentativa

Art. 19. Diz-se o crime:

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

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

Pena de tentativa

Art. 20. Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços.

Início da execução

Art. 21. Há o início da execução quando o autor realiza uma das condutas constitutivas do tipo ou, segundo seu plano delitivo, pratica

¹¹⁷ SENADO. SARNEY, José. *Novo Código Penal*. Ementa: Reforma do Código Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404> Acessado em: 02 jun. 2014.

atos imediatamente anteriores à realização do tipo, que exponham a perigo o bem jurídico protegido.

Nesse relatório, enfatizam os senadores que o art. 14 do projeto consagra que o fato criminoso só ocorre quando se produzir lesão ou risco de lesão a bem jurídico. Nesse mesmo sentido seriam as disposições adotadas em relação ao crime tentado.

Conforme anteriormente defendido, adotou-se o critério mais coerente já formulado nesse sentido. Correta a referência ao início de execução, uma vez que a teoria acolhida, do critério objetivo individual, adotada, principalmente, por Hans Welzel, Zaffaroni e Pierangeli, não se desprende da teoria formal-objetiva, que consagra o início de execução como marco da tentativa punível, mas busca complementá-lo.

Faz-se referência ao plano delitivo do autor, possibilitando diferenciar atos exteriores aparentemente idênticos entre fatos delituosos diversos, de acordo com o que pretendia o autor. Isso porque a proximidade ao tipo delitivo depende também da pretensão do sujeito.

Ademais, com a referência à imediatidade de atos anteriores à realização do tipo considera, conforme anteriormente explanado, atos de tentativa aqueles ocorridos a partir do momento em que não há outras condutas decisivas entre o ato e a efetiva execução do verbo típico. Assim, conforme consagra o projeto em questão, pune-se o delito quando a conduta já está em estágio avançado o suficiente para representar uma ameaça concreta ao bem jurídico protegido.

Cumprir destacar que, com relação aos dispositivos acima transcritos, a redação aprovada pela Comissão Temporária é quase idêntica à proposta da Comissão de Juristas anteriormente designada. Contudo, nesta havia um parágrafo único no último dispositivo, que previa que *“nos crimes contra o patrimônio, a inversão da posse do bem não caracteriza, por si só, a consumação do delito”*. Tal previsão foi eliminada pela Comissão Temporária, sob os argumentos de que a proposta colidiria com o entendimento consagrado nos tribunais superiores, não havendo razões fáticas ou jurídicas para alterar o que está absoluta e corretamente pacificado.

De fato, o entendimento dos tribunais superiores é no sentido de que para a consumação dos crimes de roubo ou furto basta a inversão da posse do bem, sendo desnecessário que se obtenha posse tranquila, prescindindo a consumação de que o objeto do crime saia da esfera de vigilância da vítima¹¹⁸.

4.2 JURISPRUDÊNCIA

4.2.1 Tribunais Superiores

No Superior Tribunal de Justiça, a análise sobre a distinção entre atos preparatórios e executórios por vezes encontra óbice na impossibilidade de apreciação de provas produzidas no processo, seja por intermédio de recurso especial¹¹⁹, seja por *habeas corpus*, que também não se presta ao revolvimento dos elementos fático-probatórios.

Contudo, quando analisa o assunto, o STJ costuma se ater ao que prevê a lei brasileira, ou seja, reconhece que a distinção entre atos meramente preparatórios e atos de tentativa está no início de execução. É o que se observa, exemplificativamente, no Conflito de Competência nº 56.209/MA¹²⁰:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PENAL. IDEALIZAÇÃO DE ROUBO DE AGÊNCIA DOS CORREIOS. COGITAÇÃO E ATOS PREPARATÓRIOS. TENTATIVA. INEXISTÊNCIA. INCIDÊNCIA APENAS DO ART. 14 DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO.

¹¹⁸ Exemplificativamente, veja-se: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *AgRg no REsp 1346113/SP*. Rel.: Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma. Julgado em 22/04/2014, DJe 30/04/2014; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *AgRg no REsp 1411487/DF*. Rel.: Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma. Julgado em 24/04/2014, DJe 06/05/2014; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *RHC 118627*. Rel.: Min. Roberto Barroso, Primeira Turma. Julgado em 04/02/2014, Processo Eletrônico DJe-048 Divulg. 11-03-2014 Public. 12-03-2014.

¹¹⁹ Verbete nº 7 da súmula do STJ: “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

¹²⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *CC 56209/MA*. Rel.: Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção. Julgado em 14/12/2005, DJ 06/02/2006, p. 196. No mesmo sentido: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *HC 141061/ES*. Rel.: Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 17/11/2009, DJe 22/03/2010; *REsp 818741/BA*. Rel.: Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma. Julgado em 15/03/2007, DJ 23/04/2007, p. 302.

1. Nos termos do art. 14, inciso II, do Código Penal, só há tentativa quando, iniciada a conduta delituosa, o crime não se consuma por fatores alheios à intenção do agente.
2. Na hipótese em tela, não se verificou qualquer ato de execução, mas somente a cogitação e os atos preparatórios dos acusados que confessaram a intenção de roubar determinada agência dos correios. Descabida, pois, a imputação do crime de roubo idealizado.
[...]

No Recurso Especial nº 1.178.317/RS¹²¹, por outro lado, o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, relator, faz referência à teoria subjetiva, bem como às teorias objetivas, ressaltando que o Código Penal Brasileiro se filiou a estas. Não esclarece, contudo, qual delas seria considerada a mais correta, mas afirma que ambas levariam ao reconhecimento da tentativa no caso analisado.

Assim, o entendimento do STJ sobre o assunto costuma se filiar às teorias objetivas de distinção entre atos preparatórios e atos executórios do delito, mormente à teoria formal-objetiva, que é a consagrada pelo Código Penal Brasileiro.

Os julgamentos do STF também não costumam abordar o assunto discutido. Por essa razão, passa-se à análise dos Tribunais Regionais Federais, bem como dos principais Tribunais de Justiça do País.

4.2.2 Tribunais Regionais Federais

O Tribunal Regional Federal da Quarta Região, na maior parte dos acórdãos que trazem o assunto da distinção entre atos preparatórios e executivos, analisa os fatos concretos sob o viés do início de execução¹²², tal qual preconiza o diploma legal brasileiro. Assim, para a configuração de delito tentado, seria necessário adentrar no núcleo do tipo, ou seja, realizar atos de execução, não se

¹²¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp 1178317/RS*. Rel.: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma. Julgado em 26/10/2010, DJe 13/12/2010.

¹²² Exemplificativamente: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. *ACR 0022155-53.2007.404.7000*, Oitava Turma. Rel.: Nivaldo Brunoni, D.E. 31/05/2011; TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. *ACR 0012821-40.2008.404.7200*, Oitava Turma, Rel.: Nivaldo Brunoni, D.E. 27/05/2011; TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO, *ACR 2008.71.00.012781-7*, Oitava Turma. Rel.: Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 22/07/2009; TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO, *ACR 2000.70.00.031608-0*, Sétima Turma. Rel.: Tadaaqui Hirose, D.E. 29/08/2007.

consumando o delito por circunstâncias alheias à vontade do agente. É possível perceber tal tratamento ao observar o seguinte excerto: “*a prática do ardil pelos acusados, em furto mediante fraude, configura início da execução, a qual não se consumou por circunstâncias alheias à sua vontade, não havendo falar em meros atos preparatórios*”¹²³. Diante do exposto, é possível perceber que nesse Tribunal as decisões também se aproximam da teoria formal-objetiva de distinção entre atos preparatórios e executivos dos delitos.

O Tribunal Regional Federal da Primeira Região segue no mesmo sentido¹²⁴, conforme pode se observar de trecho da ementa de Apelação de relatoria do Desembargador Federal Tourinho Neto¹²⁵.

PENAL. PROCESSUAL PENAL. ARTIGO 171 DO CÓDIGO PENAL. ESTELIONATO. ABERTURA DE CONTA-CORRENTE COM DOCUMENTOS FALSIFICADOS. LEVANTAMENTO DE VALORES REFERENTES AO LIMITE DO CHEQUE ESPECIAL E AO EMPRÉSTIMO BANCÁRIO CONTRATADO. CONSUMAÇÃO. TENTATIVA DE ESTELIONATO. CONTINUIDADE DELITIVA CARACTERIZADA. DOSIMETRIA DA PENA. 1. [...] 2. Não há que se falar em meros atos preparatórios, pois o comparecimento da ré à agência bancária, munida dos documentos falsificados, com intuito apenas de sacar os valores referentes ao empréstimo bancário já contratado, configura o início do iter criminis do estelionato, ou seja, a acusada entrou na fase de execução do crime. Houve, sim, a tentativa de estelionato, que apenas não se concretizou porque a Polícia foi acionada depois que a acusada compareceu à agência para efetuar o saque do empréstimo. [...]

Da mesma forma, o Tribunal Regional Federal da Segunda Região. Contudo, neste foi possível encontrar decisões destoantes do critério tradicional. É o que demonstra o voto, cujo excerto pertinente é a seguir transcrito, do Desembargador Federal Abel Gomes¹²⁶:

¹²³ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. ACR 0022155-53.2007.404.7000, Oitava Turma. Rel.: Nivaldo Brunoni, D.E. 31/05/2011.

¹²⁴ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. ACR 0000355-04.2007.4.01.3200 / AM. Rel.: Desembargador Federal Cândido Ribeiro, Rel.Conv. Juiz Federal Cesar Jatahy Fonseca (Conv.), Terceira Turma, e-DJF1 p.42 de 12/02/2010; TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. RSE 0037956-02.2011.4.01.0000 / BA. Rel. Desembargadora Federal Assusete Magalhães, Terceira Turma. E-DJF1 p.2124 de 02/09/2011.

¹²⁵ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. ACR 0000550-02.2010.4.01.3000 /AC. Rel. Desembargador Federal Tourinho Neto, Terceira Turma, e-DJF1 p.118 de 08/07/2011.

¹²⁶ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. *Apelação Criminal nº 2004.51.01.490280-4*. Rel.: Desembargador Federal Abel Gomes, Primeira Turma

Inicialmente, cumpre frisar que os atos praticados pelos ora apelantes passaram da cogitação e dos atos preparatórios para a efetiva execução do crime, que não chegou a se consumir por fatos alheios à vontade dos agentes.

A identificação do início da execução se dá pela análise material do ato, conjugada com a ação típica prevista no tipo e o perigo que tal ato já foi capaz de levar ao bem jurídico (teoria material-objetiva do início da execução). Se o ato, materialmente praticado, já demonstra identidade com o início daquela ação que o tipo prevê como núcleo e sua vinda ao mundo externo ao mero cogitar interno do agente já é capaz de representar perigo de lesão ao bem jurídico tutelado, se dá por iniciada a execução.

A teoria adotada é a material-objetiva, particularmente a defendida por Mayer e, no Brasil, por Nélson Hungria, a qual procura complementar a teoria formal-objetiva. Em que pese passível de críticas, procura um critério mais definido para delimitar o início da tentativa. O ato executivo, seria, assim, aquele que representa algum perigo para o bem jurídico tutelado.

No sentido da teoria formal-objetiva é o entendimento do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, conforme se verifica do excerto da ementa de Apelação de relatoria do Desembargador Federal Johnsons di Salvo¹²⁷⁻¹²⁸:

APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO TRIPLAMENTE QUALIFICADO NA MODALIDADE TENTADA - TIPICIDADE DO FATO - A TENTATIVA DE ROUBO À AGÊNCIA DA CEF INGRESSOU NA FASE EXECUTÓRIA - AUTORIA DELITIVA COMPROVADA - REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO CORRETAMENTE FIXADO - IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS - APELAÇÃO IMPROVIDA.

Especializada. Data de Publicação 24/04/2009. p. 3. Decisão semelhante, do mesmo julgador: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. *Apelação Criminal nº 2009.51.03.000038-6*. Rel.: Desembargador Federal Abel Gomes, Primeira Turma Especializada. Data de Publicação 03/08/2011.

¹²⁷ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. *ACR 0008667-31.2010.4.03.6102*. Rel.: Desembargador Federal Johnsons Di Salvo, Primeira Turma. Julgado em 31/07/2012, e-DJF3 Judicial 1: 06/08/2012.

¹²⁸ No mesmo sentido: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO. *ACR 0006336-09.2006.4.03.6105*. Rel.: Desembargador Federal Paulo Fontes, Quinta Turma. Julgado em 01/07/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:15/07/2013; TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO. *ACR 0000021-28.2006.4.03.6181*. Rel.: Desembargador Federal Johnsons Di Salvo, Primeira Turma. Julgado em 26/06/2012, e-DJF3 Judicial 1 Data: 05/07/2012; TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO. *ACR 0000681-65.2002.4.03.6115*. Rel.: Desembargadora Federal Cecilia Mello, Segunda Turma. Julgado em 13/12/2011, e-DJF3 Judicial 1 Data:19/12/2011; TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO. *ACR 0000725-76.2010.4.03.6124*. Rel.: Desembargador Federal Peixoto Junior, Segunda Turma. Julgado em 17/05/2011, e-DJF3 Judicial 1 Data:01/12/2011.

[...] 2. Os atos perpetrados pelos agentes não configuram meros atos preparatórios, tendo ocorrido, sem sombra de dúvidas, início da execução do crime de furto, com a destruição ou rompimento de obstáculo (retirada da carenagem original do caixa eletrônico) e utilização de meio fraudulento (instalação de computador portátil e carenagem falsa acoplados ao caixa eletrônico) capaz e adequado a ludibriar os clientes e colher seus dados e senhas. [...]

Por fim, o Tribunal Regional Federal da Quinta Região segue a mesma direção dos anteriores¹²⁹. É o que se verifica da ementa de Apelação cujo relator é o Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira¹³⁰:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. INSTALAÇÃO EM TERMINAL DE AUTO-ATENDIMENTO DA CAIXA EXCONÔMICA FEDERAL DE EQUIPAMENTO ELETRÔNICO COM O FIM DE COPIAR (CLONAR) CARTÃO MAGNÉTICO E OBTENÇÃO DE SENHAS UTILIZADAS PELOS USUÁRIOS DA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. NÃO CONSUMAÇÃO DO INTENTO CRIMINOSO. PRISÃO EM FLAGRANTE. ESTELIONATO. NÃO CONFIGURAÇÃO. CRIME DE TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO MEDIANTE FRAUDE (CP, ARTIGO 155, PARÁGRAFO 4º, II, C/C 14, II). PRECEDENTES DO STJ. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. ATOS DE EXECUÇÃO. CONFISSÃO. OCORRÊNCIA. PROVA TÉCNICA. VALIDADE. ACERVO PROBATÓRIO SATISFATÓRIO. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. CONCESSÃO DE 'SURSIS' E SUBSTITUIÇÃO DA PENA DE RECLUSÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DE REQUISITOS SUBJETIVOS (CP, ART. 77, II c/c 44).

[...]

2-O início da execução se deu através da qualificadora (fraude), que estava nitidamente voltada para executar, posteriormente, o verbo nuclear do tipo fundamental (subtrair). O fato de não ter atingido o intento - a subtração de valores das contas dos correntistas da CEF, não torna a conduta atípica, sobretudo porque a tentativa há de ser entendida pela combinação dos elementos do artigo 14, II e do Artigo 155, parágrafo 4º, II, do Código Penal.

[...]

¹²⁹ Exemplificativamente: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO. *Processo: 200283000043202, ACR9031/PE*. Rel.: Desembargador Federal José Maria Lucena, Primeira Turma. Julgamento: 10/10/2013, Publicação: DJE 17/10/2013 - Página 129; TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO. *Processo: 200482000099573, ACR4172/PB*. Rel.: Desembargador Federal Petrucio Ferreira, Segunda Turma. Julgamento: 28/03/2006, Publicação: DJ 02/06/2006 - Página 726; TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO. *Processo: 200981000028483, ACR8648/CE*. Rel.: Desembargador Federal Francisco Wildo, Segunda Turma, Julgamento: 31/01/2012, Publicação: DJE 09/02/2012 - Página 226.

¹³⁰ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO. *Processo: 200483000266560, ACR5763/PE*. Rel.: Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira, Primeira Turma, Julgamento: 20/01/2011, Publicação: DJE 27/01/2011 - Página 232.

Diante do exposto, denota-se que a jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais, da mesma maneira que o STJ, de regra segue, para distinguir atos preparatórios de executórios, a teoria adotada pelo Código Penal Brasileiro. Passa-se à análise de alguns Tribunais de Justiça dos Estados.

4.2.3 Tribunais de Justiça dos Estados

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul também apresenta decisões que adotam a teoria formal-objetiva para distinção entre atos preparatórios e executivos¹³¹. Contudo, revela, da mesma forma, quantidade considerável de decisões em outros sentidos.

Veja-se excerto de voto do Desembargador Francesco Conti¹³²:

Desnecessário para a configuração da forma tentada do delito em tela, no caso concreto, que o agente tenha tido contado com a *res*, na medida em que restou inequívoca a intenção do agente de subtrair para si coisa alheia móvel ao anunciar o assalto e exigir a entrega do aparelho de telefonia móvel, não havendo o aperfeiçoamento do delito por circunstâncias alheias à vontade dos agentes, qual seja, fuga da vítima. Reitero, os agentes tentaram subtrair o bem da vítima, não logrando êxito no seu intento, todavia.

Evidencia-se, da leitura, que o magistrado se filia ao critério da univocidade ou inequívocidade dos atos de tentativa, segundo o qual os atos de tentativa são aqueles que, para um terceiro observador, se mostram necessariamente visando ao cometimento do crime.

¹³¹ Exemplificativamente: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. *Apelação Crime Nº 70057246571*. Rel.: Fabianne Breton Baisch, Oitava Câmara Criminal. Julgado em 12/03/2014; TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. *Apelação Crime Nº 70056722721*. Rel.: José Antônio Daltoe Cezar, Sétima Câmara Criminal. Julgado em 20/02/2014; TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. *Apelação Crime Nº 70053231452*. Rel.: Carlos Alberto Etcheverry, Sétima Câmara Criminal. Julgado em 18/12/2013.

¹³² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. *Apelação Crime Nº 70049904352*, Rel.: Francesco Conti, Quinta Câmara Criminal. Julgado em 05/09/2012.

Outro é o sentido a que se dirige o Desembargador Sylvio Baptista Neto, que, conforme se percebe, segue o critério enunciado por Mayer, e seguindo por Nélson Hungria, chamado de teoria da hostilidade ao bem jurídico, sendo ato executivo aquele que ataca efetiva e imediatamente o bem jurídico. Explica o magistrado¹³³⁻¹³⁴:

Nos exemplos dados, portanto, seriam atos meramente preparatórios a compra da escada e sua condução ao lugar do fato, mas seriam atos de execução todos os demais, por colocarem em evidente, sério, imediato perigo o bem do lesado.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, por outro lado, em larga maioria, segue o critério adotado pelo Código Penal Brasileiro, conforme se observa de voto do Desembargador Salles Abreu¹³⁵⁻¹³⁶:

Os atos preparatórios são aqueles executados pelo agente no intuito de criar condições para a efetivação da ação criminosa, através da obtenção de meios e instrumentos para concretizar a conduta delituosa.

Os atos executórios, por seu turno, ocorrem após a obtenção dos meios e instrumentos para a atividade ilícita, momento em que o autor age para efetivamente realizar a ação criminosa, o núcleo do tipo.

Já o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em que pese presente decisões que adotem a teoria formal-objetiva analisada¹³⁷, também tem decisões

¹³³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. *Apelação Crime Nº 70047836929*, Rel.: Sylvio Baptista Neto, Sétima Câmara Criminal. Julgado em 12/04/2012.

¹³⁴ No mesmo sentido: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. *Apelação Crime Nº 70037129921*. Rel.: Dálvio Leite Dias Teixeira, Oitava Câmara Criminal. Julgado em 17/08/2011.

¹³⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. *Apelação Crime nº 0003263-38.2011.8.26.0266*. Relator: Salles Abreu, 11ª Câmara de Direito Criminal. Julgado em 25/09/2013. p. 8.

¹³⁶ No mesmo sentido: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. *Apelação Crime nº 0014948-08.2012.8.26.0072*. Rel.: J. Martins, 15ª Câmara de Direito Criminal. Julgado em 17/10/2013; TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. *Apelação Crime nº 0044733-03.2013.8.26.0000*. Rel.: Silmar Fernandes, 6ª Câmara de Direito Criminal. Julgado em 13/06/2013; TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. *Apelação Crime nº 0011891-70.2011.8.26.0248*. Rel.: Pedro Menin, 16ª Câmara de Direito Criminal. Julgado em 29/01/2013; TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. *Apelação Crime nº 0026142-13.2010.8.26.0577*. Rel.: Willian Campos, 4ª Câmara de Direito Criminal. Julgado em 28/08/2012; TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. *Apelação Crime nº 0330850-18.2010.8.26.0000*. Rel.: Roberto Midolla, 9ª Câmara de Direito Criminal. Julgado em 18/11/2010.

que se filiam ao critério objetivo-individual¹³⁸, enunciado por Welzel e defendido por Zaffaroni, e ao critério enunciado por Mayer, e defendido no Brasil por Nélon Hungria, chamado de teoria da hostilidade ao bem jurídico, segundo o qual é ato executivo aquele que ataca efetiva e imediatamente o bem jurídico¹³⁹.

No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, é possível encontrar decisões que adotam o critério objetivo-individual de diferenciação entre atos preparatórios e executivos, consoante ementa de acórdão de relatoria do Desembargador Gilmar Augusto Teixeira^{140,141}:

No caso dos autos, em que o apelante pretendia furtar uma bicicleta que estava presa por um cadeado, ao começar a forçar o rompimento do cadeado com um pedaço de madeira, deu início a uma ação imediatamente anterior à subtração propriamente dita e, com isso, segundo o seu plano individual de conduta, começou a execução do crime (CP, art. 14, II). [...]

¹³⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. *Apelação Criminal 1.0024.11.302492-1/001*. Rel.: Des.(a) Antônio Carlos Cruvinel, 3ª Câmara Criminal. Julgamento: 05/11/2013. Publicação da súmula: 12/11/2013; TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. *Apelação Criminal 1.0035.11.000615-8/001*. Rel.: Des.(a) Paulo César Dias, 3ª Câmara Criminal. Julgamento: 28/05/2013. Publicação da súmula: 07/06/2013; TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. *Apelação Criminal 1.0024.11.084586-4/001*. Rel.: Des.(a) Agostinho Gomes de Azevedo, 7ª Câmara Criminal. Julgamento: 31/01/2013. Publicação da súmula: 08/02/2013; TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. *Apelação Criminal 1.0223.07.217298-2/001*. Rel.: Des.(a) Maria Luíza de Marillac, 3ª Câmara Criminal. Julgamento: 13/11/2012. Publicação da súmula: 23/11/2012.

¹³⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. *Apelação Criminal 1.0056.11.014474-0/001*. Rel.: Des.(a) Amauri Pinto Ferreira (JD Convocado), 4ª Câmara Criminal. Julgamento: 12/02/2014. Publicação da súmula: 18/02/2014; TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. *Apelação Criminal 1.0024.08.181181-2/001*. Rel.: Des.(a) Alexandre Victor de Carvalho, 5ª Câmara Criminal. Julgamento: 10/10/2011. Publicação da súmula: 24/10/2011

¹³⁹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. *Apelação Criminal 1.0024.10.293343-9/001*. Rel.: Des.(a) Flávio Leite, 1ª Câmara Criminal. Julgamento: 22/10/2013. Publicação da súmula: 01/11/2013.

¹⁴⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. *Apelação Crime nº 0031570-42.2013.8.19.0002*. Rel.: Gilmar Augusto Teixeira, 8ª Câmara Criminal. Julgamento: 14/05/2014.

¹⁴¹ No mesmo sentido: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. *Apelação Crime nº 0203600-96.2007.8.19.0001 (2009.050.01621)*. Rel.: Rosa Helena Guita, 5ª Câmara Criminal. Julgamento: 16/06/2011.

Da mesma maneira, há decisões que adotam a teoria formal-objetiva¹⁴².

No Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por fim, as decisões seguem, em sua maioria, a teoria formal-objetiva, conforme excerto do voto do Desembargador Souza e Avila¹⁴³⁻¹⁴⁴:

Ocorre que segundo a Teoria Objetiva, adotada pelo Código Penal Brasileiro, para a configuração do crime de roubo tentado, é necessário que o agente inicie a pratica de atos típicos de execução.

Observe-se que nenhuma das testemunhas pôde afirmar que os agentes praticaram qualquer ato de execução do crime de roubo.

Vê-se, pois, que nos Tribunais de Justiça estaduais são mais exploradas as teorias e critérios para a distinção que ora se discute, embora nem todos os magistrados dispensem atenção ao assunto.

4.2.4 Ponderação Acerca da Posição da Jurisprudência

Consoante já explanado, a teoria formal-objetiva, adotada pelo Código Penal Brasileiro, afirma que o início de execução ocorre quando o sujeito adentra no

¹⁴² Exemplificativamente: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. *Apelação Crime nº 0130172-13.2009.8.19.0001*. Rel.: Jose Roberto Lagranha Tavora, 5ª Câmara Criminal. Julgado em 27/03/2014; TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. *Apelação Crime nº 0002432-68.2008.8.19.0046*. Rel.: Claudio Tavares de O. Junior, 8ª Câmara Criminal. Julgado em 21/11/2012; TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. *Apelação Crime nº 0013105-89.2007.8.19.0003 (2008.050.05271)*. Rel.: Luiz Noronha Dantas, 6ª Câmara Criminal. Julgado em 17/05/2012.

¹⁴³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. *Acórdão n. 605770, 20110110380947APR*. Rel.: Souza e Avila, Rev.: Silvânio Barbosa dos Santos, 2ª Turma Criminal. Julgamento: 19/07/2012, Publicado no DJE: 31/07/2012. P.: 203.

¹⁴⁴ No mesmo sentido: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. *Acórdão n.404480, 20080110537276APR*. Rel.: Edson Alfredo Smaniotto, Rev.: Mario Machado, 1ª Turma Criminal. Julgamento: 28/01/2010. Publicado no DJE: 01/03/2010. P.: 170; TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. *Acórdão n.382804, 20050110293945APR*. Rel.: Souza e Avila, Rev.: Roberval Casemiro Belinati, 2ª Turma Criminal. Julgamento: 24/09/2009. Publicado no DJE: 17/11/2009. P.: 87; TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. *Acórdão n.370016, 20040910131019APR*. Rel.: Arnaldo Camanho De Assis, Rev.: Roberval Casemiro Belinati, 2ª Turma Criminal. Julgamento: 06/08/2009, Publicado no DJE: 30/09/2009. P.: 154.

verbo típico. A caracterização do que é isso, contudo, é incerta. Começar a matar, por exemplo, em um homicídio, pode ser apertar o gatilho, ou apontar a arma, ou imobilizar a vítima, dependendo do que o caso concreto apresenta. Assim, a adoção desse critério por grande parte dos julgados pesquisados se mostra inadequada por ser demasiado estreito e indeterminado.

Frise-se, ainda, que em vários dos acórdãos pesquisados, não fica claro qual é exatamente a razão porque se considera essa ou aquela conduta preparatória ou executória, falando-se apenas que caracteriza início de execução. Ademais, nem sempre o magistrado indica o critério que está sendo adotado para tanto. A adoção de um critério e sua indicação são importantes para fins de segurança jurídica e até de controle das decisões judiciais. Se a decisão não indica seus critérios, deixa aos jurisdicionados a sensação de que tais critérios sequer existem. O ideal nas decisões é que, além de se indicar a teoria ou critério adotado, faça-se uma relação dos requisitos teóricos com os elementos fáticos.

A indicação de um critério é de suma importância para evitar a arbitrariedade das decisões judiciais, o que é elementar em qualquer ramo do direito. Ademais, a relação dos requisitos teóricos com o caso concreto analisado dá sólido suporte à decisão.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho analisou a parte histórica, a doutrina, a situação atual e as perspectivas futuras sobre a tentativa e, especialmente, a distinção entre atos preparatórios e executórios.

Foi possível perceber que o Direito Romano não desenvolveu uma teoria geral sobre a tentativa. A ideia de *conatus* só foi incorporada com o tempo e apenas para delitos específicos. Somente com os práticos italianos é que a tentativa foi ampliada para os delitos em geral. Coube ao direito revolucionário francês, por outro lado, a codificação definitiva do início de execução como marco delimitador do início da tentativa, o que é utilizado ainda hoje pela legislação brasileira.

No Brasil, as Ordenações Filipinas são as primeiras a vigerem de fato. Estas não trazem dispositivo ampliador da tentativa para os delitos em geral, apenas tratando do assunto para delitos específicos. A legislação penal genuinamente brasileira tem seu marco no Código Criminal do Império, de 1830. Este traz definição sobre a tentativa semelhante ao que adotara o direito revolucionário francês, nos seguintes termos:

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

(...)

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 Comarca¹⁴⁵.

O Código Penal de 1890, por sua vez, inclui critério diferente, qual seja, a relação direta da conduta com o fato punível, o que volta a ser utilizado depois de quase noventa anos, nos Códigos alemão e austríaco, de 1975¹⁴⁶. O Código Penal de 1940, contudo, retorna ao critério adotado pelo Código Criminal do Império, que já na época sofria críticas de Tobias Barreto, o que se mantém até hoje.

¹⁴⁵ BRASIL, 1830.

¹⁴⁶ ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010, p. 23.

Verificou-se que, para justificar a punição da tentativa, diversas teorias foram desenvolvidas. Pode-se mencionar a teoria subjetiva, que fundamenta a punição da tentativa na vontade do autor do fato contrária ao direito. A teoria perigosista justifica o apenamento na periculosidade do autor. As teorias mistas ou dualistas sustentam a punição da tentativa intencional sobre o perigo para a validade da norma. Estas se subdividem em teoria do autor, em que a tentativa é punível porque a partir dela já se tomou a decisão sobre a conduta a ser praticada, e teoria da impressão, em que os atos de tentativa são punidos em virtude de que a vontade criminosa produz uma impressão na coletividade que acarreta um abalo da confiança na vigência da ordem jurídica. Zaffaroni e Pierangeli, por outro lado, defendem que essa impressão não é na coletividade, mas na própria ordem jurídica, que teme pelo sujeito passivo¹⁴⁷. Jakobs, por sua vez, desenvolveu uma teoria que afirma que a tentativa é uma infração normativa manifesta e próxima ao tipo¹⁴⁸.

A teoria objetiva, por outro lado, defende que a punição da tentativa decorre de um perigo ao bem jurídico protegido pela norma penal. Essa foi a teoria defendida no trabalho, pois guarda estreita relação com o princípio da lesividade no direito penal, que preceitua que não serão punidas ações que causem lesões irrelevantes ao bem jurídico tutelado. Ademais, essa é a própria essência do direito penal, e a razão da punição de todos os delitos, qual seja, a lesão ou perigo de lesão aos bens jurídicos tutelados mais importantes e de maneira mais acentuada.

Passando-se à análise central, qual seja, quando se iniciam os atos de tentativa, pode-se observar outra gama de teorias desenvolvidas pelos teóricos ao longo dos anos. A teoria negativista rejeita que a distinção entre atos preparatórios e executórios seja sequer possível. A teoria da univocidade ou inequívocidade dos atos de tentativa preconiza que só são atos de tentativa aqueles que, para um terceiro observador, se mostrem necessariamente visando ao cometimento do crime. A teoria formal-objetiva, por sua vez, adotada pelo Código Penal Brasileiro, anuncia que haverá tentativa quando o sujeito der início aos atos executivos do tipo, ou seja, penetrar no núcleo do verbo típico.

¹⁴⁷ ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010, p. 41-42.

¹⁴⁸ JAKOBS, 1997, p. 863-865.

Pela estreiteza e indeterminação da teoria formal-objetiva, contudo, o critério sofreu inúmeras críticas, razão pela qual doutrinadores buscaram proceder sua complementação. Assim, surgiu a teoria material objetiva, que não é uma teoria propriamente dita, pois carece de unidade. Consiste em diversos critérios que procuram acrescentar à teoria formal-objetiva. Frank, nesse sentido, define como tentativa todas as ações que, vinculadas à ação típica, a integram, em uma concepção naturalística¹⁴⁹. Eduardo Correia, não concorda com a concepção naturalística de Frank, colocando como início de execução os atos que: “(...) segundo a experiência comum e salvo um caso imprevisível, sejam de natureza a fazer esperar que se lhes sigam actos idóneos a produzir o resultado típico ou que preenchem um elemento típico”¹⁵⁰. Franz von Liszt, por sua vez, distingue atos de tentativa remotos, impunes, dos atos tentativa próximos, puníveis¹⁵¹. Ernst von Beling afirma que os atos preparatórios são aqueles ainda não adequados ao tipo e os atos executivos são aqueles que pertencem à categoria do tipo, mas que para a consumação do delito era necessário o desenvolvimento da ação ou fato decisivo posterior¹⁵². Néelson Hungria, por fim, seguindo o critério enunciado por Mayer, defende que são atos executivos aqueles que atacam, efetiva e imediatamente, o bem jurídico¹⁵³.

Claus Roxin, por outro lado, no caso da tentativa inacabada, propõe dois requisitos para que se configure a tentativa: a perturbação das esferas e a estreita conexão temporal entre a ação do autor e o resultado pretendido¹⁵⁴. Sobre a tentativa acabada, a autoria mediata e as omissões elenca como pressupostos alternativos para a configuração do início de execução, o bem jurídico protegido estar diretamente em perigo ou ter o autor se despreendido do controle do acontecimento, o qual, de acordo com seu plano, deverá prosseguir até o resultado¹⁵⁵.

¹⁴⁹ FRANK, 1931, p. 87 apud ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010, p. 55.

¹⁵⁰ CORREIA, 1968, p. 230.

¹⁵¹ LISZT, 2006b. p. 332.

¹⁵² BELING, 1944. p. 101.

¹⁵³ HUNGRIA, 1958, p. 84.

¹⁵⁴ ROXIN, 1998, p. 306-307.

¹⁵⁵ ROXIN, 1998, p. 323.

O critério objetivo-individual é o que hoje desponta como mais coerente na doutrina. Enunciado por Hans Welzel, é defendido por Zaffaroni e adotado pelo Código alemão vigente. Por esse viés, a tentativa inicia a partir daquela atividade que se põe em relação imediata ao tipo, segundo o plano delitivo do autor. Observou-se que tal critério é o mais seguro, coerente e preciso já formulado sobre a problemática. Primeiro porque corrige a estreiteza da teoria formal-objetiva, abarcando as condutas em imediata relação com o tipo delitivo. Nesse sentido, não há condutas decisivas entre o ato e a efetiva execução do verbo típico, de forma que a conduta necessariamente se dirige à realização típica. Assim, o bem jurídico já está em iminente perigo, com o que se está respeitando o princípio da lesividade que guia o direito penal. Ademais, inclui o plano delitivo do autor para definir qual conduta está em relação com o tipo penal, já que é de acordo com tal plano que o delito se realiza.

No plano atual, foi possível observar diversas decisões de tribunais brasileiros. Os tribunais superiores não analisam de maneira aprofundada a questão, mormente em virtude da impossibilidade de revolvimento do conjunto fático-probatório em recursos extraordinários, recursos especiais e *habeas corpus*. O STJ, contudo, quando analisa a questão, costuma se filiar à teoria formal-objetiva de distinção entre atos preparatórios e executórios. A maior parte das decisões dos Tribunais Regionais Federais também é no sentido de adotar a teoria formal-objetiva, tal como o Código Penal Brasileiro. Os Tribunais de Justiça estaduais, por sua vez, em que pese apresentem decisões no mesmo sentido dos anteriores, demonstram uma preocupação maior com o assunto tratado. Assim, muitos julgadores discorrem sobre o tema, por vezes adotando posições diferentes da tradicional, inclusive se filiando ao critério objetivo-individual, conforme aqui defendido.

Diante de todo o exposto, é possível perceber que o tema é de extrema relevância. A distinção entre atos preparatórios e executórios é a diferença entre a condenação e a absolvição. É imperativo que os julgadores analisem detidamente o tema, adotando o critério que seja mais coerente e efetivamente o relacionando com o caso concreto. Assim, evitam-se decisões sem critérios ou destoantes entre casos semelhantes.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Campinas: Bookseller, 2000.

BELING, Ernst von. Die Lehre vom Verbrechen. 1906 apud ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Da tentativa: doutrina e jurisprudência*. 9º ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Esquema de derecho penal: la doctrina del delito-tipo*. Trad. del alemán por Sebastian Soler. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944.

BRASIL. *Código Criminal*. Lei de 16 de dezembro de 1830. Registrada a fl. 39 do liv. 1º de Leis. Rio de Janeiro: Secretaria de Estado dos Negocios da Justiça, 1830.

_____. *Código Penal*. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Diário Oficial da União: Rio de Janeiro, 1940.

_____. *Constituição Política Do Imperio Do Brazil*. 25 de março de 1824. Fls. 17 do Liv. 4º de Leis, Alvarás e Cartas Imperiaes. Rio de Janeiro: Secretaria de Estado dos Negocios do Imperio do Brazil, 1824.

CARMIGNANI, Giovani Alessandro Francesco. *Elementa Juris Criminalis*. Pisa, 1823, § 231; CARRARA, Francesco. *Programma del Corso di Diritto Criminale*. Florença, 1924, § 337 apud ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Da tentativa: doutrina e jurisprudência*. 9º ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

CONDE, Francisco Muñoz. ARÁN, Mercedes García. *Derecho penal parte general*. 2ª Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción al derecho penal*. 2ª. ed., Buenos Aires: Editorial B de f, 2001.

CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*. Coimbra: Livraria Almedina, 1968.

DOHNA, Alexander Graf Zu. *La estructura de la teoría del delito*. Trad. Carlos Fontán Balestra con la colaboración de Eduardo Friker. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958.

DOUCET, Jean-Paul (Org.) *Quelques Lois Marquantes Du Droit De La Révolution Française - (Dit droit intermédiaire : an 1791 – an VII) - (Troisième partie)* [conteúdo online]. Disponível em: <http://ledroitcriminel.free.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/lois_penales_revolution_francaise/lois_penales_revolution_francaise_3.htm>. Acessado em: 05 mai. 2014.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. Trad. Pablo Alflen [não publicada]. Giessen: Georg Friedrich Heyer's Verlag, 1847.

FRANÇA. *Code Pénal de 1810*. 1810. Disponível em: <http://ledroitcriminel.free.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_penal_1810/code_penal_1810_1.htm>. Acessado em: 05 mai. 2014.

FRANK, Reinhard. *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich (StGB)*. 1931 apud ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Da tentativa: doutrina e jurisprudência*. 9º ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

HIPPEL, Strafrecht apud JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª edición. Trad. Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Ed. Marcial Pons: Madrid, 1997.

HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao Código Penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1958.

HUSSERL, Edmund. *La idea de la fenomenología*. Trad. Miguel García-Baró, México: Fondo de Cultura Económica, 1982.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª edición. Trad. Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Ed. Marcial Pons: Madrid, 1997.

LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Vol. I. Trad. de José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006a.

_____. _____. Vol. II. Trad. de José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006b.

MELLO, Lydio Machado Bandeira de. *O direito penal hispano lusitano medieval*. Belo Horizonte: 1960.

MOMMSEN, Teodoro. *Derecho penal romano*. Bogotá: Editorial Temis, 1976.

OTTO, Harro. *Grundkurs Strafrecht-Allgemeiner Teil*. Berlim, 1976 apud ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Da tentativa: doutrina e jurisprudência*. 9º ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. por Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, Ana Isabel de Figueiredo e Maria Fernanda Palma. Vega, 1998.

SALGUEIRO, Ângela dos Anjos Aguiar et al (Orgs.). *Ordenações Filipinas*. Quinto Livro das Ordenações. 1998. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5ind.htm>>. Acessado em: 07 mai. 2014.

SANTIAGO, Mir Puig. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*. Trad. Cláudia Viana Garcia, José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal – Parte Geral*. 5ª Ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SAUER, Guillermo. *Derecho penal (parte general)*. Trad. Juan del Rosal y José Cerezo. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1956.

SAUER, Wilhelm. *Allgemeine Strafrechtslehre*, 1955 apud ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Da tentativa: doutrina e jurisprudência*. 9º ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SCARANO, Luigi. *La tentativa*. Bogotá: Editorial Temis, 1960.

SENADO. SARNEY, José. *Novo Código Penal*. Ementa: Reforma do Código Penal Brasileiro. Disponível em:
<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404>
Acessado em: 02 jun. 2014.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen. *Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SPENDEL. *Stock-Festschrift* apud JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª edición. Trad. Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Ed. Marcial Pons: Madrid, 1997

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *AgRg no REsp 1346113/SP*. Rel.: Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma. Julgamento:22/04/2014, DJe 30/04/2014.

_____. *AgRg no REsp 1411487/DF*. Rel.: Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma. Julgamento:24/04/2014, DJe 06/05/2014.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *CC 56209/MA*. Rel.: Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção. Julgamento:14/12/2005, DJ 06/02/2006, p. 196.

_____. *HC 141061/ES*. Rel.: Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, Julgamento:17/11/2009, DJe 22/03/2010. *REsp 818741/BA*. Rel.: Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma. Julgamento:15/03/2007, DJ 23/04/2007, p. 302.

_____. *REsp 1178317/RS*. Rel.: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma. Julgamento:26/10/2010, DJe 13/12/2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *RHC 118627*. Rel.: Min. Roberto Barroso, Primeira Turma. Julgamento:04/02/2014, Processo Eletrônico DJe-048 Divulg. 11-03-2014 Public. 12-03-2014.

THOMPSON, Augusto F. G. *Escorço histórico do direito criminal luso-brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1976.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. *Apelação Criminal 1.0024.08.181181-2/001*. Rel: Des.(a) Alexandre Victor de Carvalho, 5ª Câmara Criminal. Julgamento: 10/10/2011. Publicação da súmula: 24/10/2011

_____. *Apelação Criminal 1.0024.10.293343-9/001*. Rel.: Des.(a) Flávio Leite, 1ª Câmara Criminal. Julgamento: 22/10/2013. Publicação da súmula: 01/11/2013.

_____. *Apelação Criminal 1.0024.11.302492-1/001*. Rel.: Des.(a) Antônio Carlos Cruvinel, 3ª Câmara Criminal. Julgamento: 05/11/2013. Publicação da súmula: 12/11/2013.

_____. *Apelação Criminal 1.0024.11.084586-4/001*. Rel.: Des.(a) Agostinho Gomes de Azevedo, 7ª Câmara Criminal. Julgamento: 31/01/2013. Publicação da súmula: 08/02/2013.

_____. *Apelação Criminal 1.0035.11.000615-8/001*. Rel.: Des.(a) Paulo César Dias, 3ª Câmara Criminal. Julgamento: 28/05/2013. Publicação da súmula: 07/06/2013.

_____. *Apelação Criminal 1.0056.11.014474-0/001*. Rel.: Des.(a) Amauri Pinto Ferreira (JD Convocado), 4ª Câmara Criminal. Julgamento: 12/02/2014. Publicação da súmula: 18/02/2014.

_____. *Apelação Criminal 1.0223.07.217298-2/001*. Rel.: Des.(a) Maria Luíza de Marilac, 3ª Câmara Criminal. Julgamento: 13/11/2012. Publicação da súmula: 23/11/2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. *Apelação Crime nº 0003263-38.2011.8.26.0266*. Relator: Salles Abreu, 11ª Câmara de Direito Criminal. Julgamento:25/09/2013. p. 8.

_____. *Apelação Crime nº 0011891-70.2011.8.26.0248*. Rel.: Pedro Menin, 16ª Câmara de Direito Criminal. Julgamento:29/01/2013.

_____. *Apelação Crime nº 0014948-08.2012.8.26.0072*. Rel.: J. Martins, 15ª Câmara de Direito Criminal. Julgamento:17/10/2013.

_____. *Apelação Crime nº 0026142-13.2010.8.26.0577*. Rel.: Willian Campos, 4ª Câmara de Direito Criminal. Julgamento:28/08/2012.

_____. *Apelação Crime nº 0044733-03.2013.8.26.0000*. Rel.: Silmar Fernandes, 6ª Câmara de Direito Criminal. Julgamento:13/06/2013.

_____. *Apelação Crime nº 0330850-18.2010.8.26.0000*. Rel.: Roberto Midolla, 9ª Câmara de Direito Criminal. Julgamento:18/11/2010.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. *Acórdão n. 605770, 20110110380947APR*. Rel.: Souza e Avila, Rev.: Silvânio Barbosa dos Santos, 2ª Turma Criminal. Julgamento: 19/07/2012, Publicado no DJE: 31/07/2012. p.: 203.

_____. *Acórdão n.404480, 20080110537276APR*. Rel.: Edson Alfredo Smaniotto, Rev.: Mario Machado, 1ª Turma Criminal. Julgamento: 28/01/2010. Publicado no DJE: 01/03/2010. p.: 170.

_____. *Acórdão n.382804, 20050110293945APR*. Rel.: Souza e Avila, Rev.: Roberval Casemiro Belinati, 2ª Turma Criminal. Julgamento: 24/09/2009. Publicado no DJE: 17/11/2009. p.: 87.

_____. *Acórdão n.370016, 20040910131019APR*. Rel.: Arnaldo Camanho De Assis, Rev.: Roberval Casemiro Belinati, 2ª Turma Criminal. Julgamento: 06/08/2009, Publicado no DJE: 30/09/2009. p.: 154.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. *Apelação Crime nº 0002432-68.2008.8.19.0046*. Rel.: Claudio Tavares de O. Junior, 8ª Câmara Criminal. Julgamento: 21/11/2012.

_____. *Apelação Crime nº 0013105-89.2007.8.19.0003 (2008.050.05271)*. Rel.: Luiz Noronha Dantas, 6ª Câmara Criminal. Julgamento: 17/05/2012.

_____. *Apelação Crime nº 0031570-42.2013.8.19.0002*. Rel.: Gilmar Augusto Teixeira, 8ª Câmara Criminal. Julgamento: 14/05/2014.

_____. *Apelação Crime nº 0130172-13.2009.8.19.0001*. Rel.: Jose Roberto Lagranha Tavora, 5ª Câmara Criminal. Julgamento:27/03/2014.

_____. *Apelação Crime nº 0203600-96.2007.8.19.0001 (2009.050.01621)*. Rel.: Rosa Helena Guita, 5ª Câmara Criminal. Julgamento: 16/06/2011.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. *Apelação Crime Nº 70037129921*. Rel.: Dálvio Leite Dias Teixeira, Oitava Câmara Criminal. Julgamento:17/08/2011.

_____. *Apelação Crime Nº 70047836929*, Rel.: Sylvio Baptista Neto, Sétima Câmara Criminal. Julgamento:12/04/2012.

_____. *Apelação Crime Nº 70049904352*, Rel.: Francesco Conti, Quinta Câmara Criminal. Julgamento:05/09/2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. *Apelação Crime Nº 70053231452*. Rel.: Carlos Alberto Etcheverry, Sétima Câmara Criminal. Julgamento:18/12/2013.

_____. *Apelação Crime Nº 70056722721*. Rel.: José Antônio Daltoe Cezar, Sétima Câmara Criminal. Julgamento:20/02/2014.

_____. *Apelação Crime Nº 70057246571*. Rel.: Fabianne Breton Baisch, Oitava Câmara Criminal. Julgamento:12/03/2014.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. *ACR 0000355-04.2007.4.01.3200 / AM*. Rel.: Desembargador Federal Cândido Ribeiro, Rel.Conv. Juiz Federal Cesar Jatahy Fonseca (Conv.), Terceira Turma, e-DJF1 p.42 de 12/02/2010.

_____. *ACR 0000550-02.2010.4.01.3000 / AC*. Rel. Desembargador Federal Tourinho Neto, Terceira Turma, e-DJF1 p.118 de 08/07/2011.

_____. *RSE 0037956-02.2011.4.01.0000 / BA*. Rel. Desembargadora Federal Assusete Magalhães, Terceira Turma. E-DJF1 p.2124 de 02/09/2011.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. *ACR 0008667-31.2010.4.03.6102*. Rel.: Desembargador Federal Johansom Di Salvo, Primeira Turma. Julgamento:31/07/2012, e-DJF3 Judicial 1: 06/08/2012.

_____. *Apelação Criminal nº 2004.51.01.490280-4*. Rel.: Desembargador Federal Abel Gomes, Primeira Turma Especializada. Data de Publicação 24/04/2009. p. 3. Decisão semelhante, do mesmo julgador:

_____. *Apelação Criminal nº 2009.51.03.000038-6*. Rel.: Desembargador Federal Abel Gomes, Primeira Turma Especializada. Data de Publicação 03/08/2011.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO. *ACR 0000021-28.2006.4.03.6181*. Rel.: Desembargador Federal Johansom Di Salvo, Primeira Turma. Julgamento:26/06/2012, e-DJF3 Judicial 1 Data: 05/07/2012.

_____. *ACR 0000681-65.2002.4.03.6115*. Rel.: Desembargadora Federal Cecilia Mello, Segunda Turma. Julgamento:13/12/2011, e-DJF3 Judicial 1 Data:19/12/2011.

_____. *ACR 0000725-76.2010.4.03.6124*. Rel.: Desembargador Federal Peixoto Junior, Segunda Turma. Julgamento:17/05/2011, e-DJF3 Judicial 1 Data:01/12/2011.

_____. *ACR 0006336-09.2006.4.03.6105*. Rel.: Desembargador Federal Paulo Fontes, Quinta Turma. Julgamento:01/07/2013, e-DJF3 Judicial 1 Data:15/07/2013.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO, *ACR 2000.70.00.031608-0*, Sétima Turma. Rel.: Tadaaqui Hirose, D.E. 29/08/2007.

_____, *ACR 2008.71.00.012781-7*, Oitava Turma. Rel.: Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 22/07/2009.

_____. *ACR 0012821-40.2008.404.7200*, Oitava Turma, Rel.: Nivaldo Brunoni, D.E. 27/05/2011.

_____. *ACR 0022155-53.2007.404.7000*, Oitava Turma. Rel.: Nivaldo Brunoni, D.E. 31/05/2011.

_____. *ACR 0022155-53.2007.404.7000*, Oitava Turma. Rel.: Nivaldo Brunoni, D.E. 31/05/2011.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO. *Processo: 200283000043202, ACR9031/PE*. Rel.: Desembargador Federal José Maria Lucena, Primeira Turma. Julgamento: 10/10/2013, Publicação: DJE 17/10/2013 - Página 129.

_____. *Processo: 200482000099573, ACR4172/PB*. Rel.: Desembargador Federal Petrucio Ferreira, Segunda Turma. Julgamento: 28/03/2006, Publicação: DJ 02/06/2006 - Página 726.

_____. *Processo: 200483000266560, ACR5763/PE*. Rel.: Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira, Primeira Turma, Julgamento: 20/01/2011, Publicação: DJE 27/01/2011 - Página 232.

_____. *Processo: 200981000028483, ACR8648/CE*. Rel.: Desembargador Federal Francisco Wildo, Segunda Turma, Julgamento: 31/01/2012, Publicação: DJE 09/02/2012 - Página 226.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman*. Trad. del alemán por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1970.

WESSELS, Johannes. *Direito penal (aspectos fundamentais)*. Trad. do original alemão e notas por Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Da tentativa: doutrina e jurisprudência*. 9º ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Manual de direito penal brasileiro*. Volume 1: parte geral. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.