

GUTA!


O CASO DO TÚNEL

Victor Freire Fernandes

Graduação



G.DPEE



"O direito é uma ciência prática, que se propõe a resolver problemas da vida em sociedade de forma correta, e não apenas a calar os envolvidos com um ato de força. Uma teoria jurídica não é um rótulo, uma expressão ('domínio do fato'), que abrevia um enunciado abstrato ('autor do crime é quem tem o domínio do fato') e está vinculada ao nome ou à autoridade de determinado autor ('ROXIN'), e sim uma tentativa de dar uma resposta correta a problemas concretos com que se verão confrontados os aplicadores do direito em seu dia-a-dia. Como disse em outra oportunidade, a prática não é uma consequência da teoria, mas seu começo e sua conclusão. Isso significa que o significado e o alcance de uma teoria só podem ser compreendidos uma vez que se esteja em condições de correlacionar a teoria a uma gama de problemas concretos. Essa capacidade tem, como qualquer outra, de ser treinada. O estudo abstrato das teorias tem de ser, assim, complementado pela aplicação dessas teorias a casos concretos – da mesma maneira que a leitura de livro de idioma não capacita ninguém a falar a língua" (GRECO, ESTELLITA, LEITE, A prática da teoria do delito, inédito).

O Gutachtenstil — carinhosamente apelidado de “Guta” — é um método de resolução de casos, largamente praticado, desde tempos remotos, na tradição alemã. Ele permite que o jurista consiga enxergar a teoria como um instrumento para a solução dos conflitos concretos, adquirindo sólida base para posterior crítica e até mesmo elaboração de novas soluções.

O método foi inserido nos cursos da FGV DIREITO SP em 2015, pela Profa. Dra. Heloisa Estellita em parceria com a Cátedra do Prof. Dr. Luís Greco, da Universidade Humboldt de Berlin. Além do ensino regular com o uso do método em todos os cursos ministrados pelos professores do grupo, foram realizados dois cursos intensivos na Escola, um com o Prof. Dr. Luís Greco (2015) e outro com o Dr. Alaor Leite (2019).

O texto a seguir é um produto do uso do método na FGV DIREITO SP.

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

VICTOR FREIRE FERNANDES

O CASO DO TÚNEL

Resolução de caso sob a ótica do método de análise de caso: *Gutachtenstil*

SÃO PAULO

2019

VICTOR FREIRE FERNANDES

O CASO DO TÚNEL

Resolução de caso sob a ótica do método de análise de caso: *Gutachtenstil*

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, como requisito para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Campo de conhecimento: Direito Penal

Orientador: Heloisa Estellita

SÃO PAULO

2019

VICTOR FREIRE FERNANDES

O CASO DO TÚNEL

Resolução de caso sob a ótica do método de análise de caso: *Gutachtenstil*

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, como requisito para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Campo de conhecimento: Direito Penal

Data de aprovação: ____/____/____

Banca examinadora:

Heloisa Estellita

Felipe Campana

SÃO PAULO

2019

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, gostaria de agradecer meus pais Aylton Fernandes e Silvia Freire, por sempre me proverem com tudo que eu preciso, me amando incondicionalmente e torcendo pelo meu sucesso. Mais precisamente, gostaria de agradecer ao meu pai, Aylton, por sempre ser meu porto seguro, e trazer o sol para as minhas tempestades. À minha mãe, Silvia, agradeço por todo o esforço, por ser tão parecida comigo e construir uma relação de parceria que com certeza vou me espelhar ao criar meus filhos. Nada disso seria possível sem vocês, e meu objetivo na vida é, e sempre foi, lhes dar orgulho, e vou fazer o impossível para que isso seja feito. Amo vocês do fundo do meu coração, e para sempre.

Em segundo lugar, gostaria de agradecer à minha amiga e orientadora. Heloisa Estellita, por toda a ajuda e parceria no decorrer do presente trabalho. Professora sagaz e de inteligência invejável que me fez apaixonado pelo Direito Penal, deixando toda essa caminhada mais prazerosa e tranquila.

Em terceiro lugar, gostaria de agradecer à minha grande amiga e segunda mãe, Rosimeire Rodrigues de Souza, que sempre esteve ao meu lado nos momentos bons e nos momentos ruins, sempre trazendo alegria e diversão até nos dias mais chuvosos. Meu amor por você é incondicional, e grande parte da pessoa que eu me tornei não seria possível se não fosse você na minha vida.

Por fim, gostaria de agradecer ao meu grande amigo João Victor Petinelli Faria, por me trazer para o mundo do direito e por toda parceria no decorrer da vida. Estamos juntos nessa caminhada, Johnny.

A todas essas pessoas, meu profundo agradecimento e amor.

RESUMO

Existem muitas discussões que circundam o mundo legal; no Direito Penal, o desafio é ainda maior. Devido à taxatividade e o princípio da reserva legal, é imprescindível que todas as condutas passíveis de punição estejam expressamente previstas em lei. Contudo, existem situações que apresentam linhas tênues entre ações que seriam criminalizadas e ações atípicas. Esse trabalho trata exatamente de uma dessas situações, mais concretamente, no caso de crimes tentados, a diferenciação entre quais ações constituiriam apenas atos meramente preparatórios, não puníveis pelo Direito Penal, e ações consideradas como executórias, sendo assim, puníveis.

Como discussão subsidiária, mas também importante para o presente trabalho, busca-se caracterizar quais situações caracterizariam crime impossível, não puníveis pelo Direito Penal, também no caso da tentativa. Para evitar uma discussão tão ampla, com vistas a não cair na generalidade, optou-se por realizar um estudo de caso por meio do método alemão de análise de casos denominado *Gutachtenstil*. Tal análise busca, assim, mapear as principais teorias (objetivo-formal, objetivo-material, subjetiva e objetivo-subjetiva), visando a proposição de solução às principais questões do Direito Penal referentes à diferenciação entre atos considerados meramente preparatórios, não puníveis, e aqueles considerados como dando início à execução da realização do tipo prescrito na norma penal e, dessa forma, puníveis.

Palavras-chave: tentativa; atos meramente preparatórios; início da execução; *Gutachtenstil*; crime impossível.

ABSTRACT

There are several discussions around the legal world; regarding Criminal Law, these discussions are even more demanding. Due to the legal type and legal reserve principles, all punishable conducts must be specifically foreseen in law. Nevertheless, there are some situations with a thin line regarding which actions are, in one hand, criminalized, and in the other hand, atypical. This essay deals exactly with one of these situations, more specifically, in the case of attempted crimes, the differentiation between merely preparatory acts, non-punishable by criminal law, and acts that can be considered as executory and so, punishable by criminal law.

A subsidiary discussion, also important to this essay, seeks to characterize situations that features an impossible crime, also non-punishable by the criminal law, in the case of attempted crimes. To avoid discussing such a broad topic generically, a case study is performed through the German method of case analysis named *Gutachtenstil*. Such analysis seeks, in this sense, mapping the main theories (formal objective, material objective, subjective and objective subjective) and, by doing so, aiming a solution proposition to the main criminal law questions regarding the differentiation between merely preparatory acts, non-punishable, and acts considered as belonging to the executory part of the realization of the type prescribed on the criminal norm and, in this sense, punishable.

Key words: attempted crime; merely preparatory acts; executory acts; *Gutachtenstil*; impossible crime.

SUMÁRIO

1 Introdução	7
2 Método	9
3 Narrativa do caso	12
4 Análise do caso	13
4.1 Roubo	16
4.1.1 Tipicidade Objetiva	16
4.1.1.1 Resultado	17
4.2 Roubo tentado.....	18
4.2.1 Pré análise: inexistência de consumação	18
4.2.2 Tipicidade	18
4.2.2.1 Tipo subjetivo: decisão de praticar o fato	19
4.3 Furto.....	20
4.3.1 Tipicidade	20
4.3.1.1 Tipicidade Objetiva	20
4.3.1.1.1 Resultado	20
4.4 Furto tentado.....	21
4.4.1 Pré-análise: inexistência de consumação	21
4.4.2 Tipicidade	21
4.4.2.1 Tipicidade subjetiva: decisão de praticar o fato	22
4.4.2.1.1 Resultado	23
4.4.2.1.2 Nexo causal.....	24
4.4.2.1.3 Imputação objetiva	24
4.4.2.1.4 Elementos subjetivos especiais.....	25
4.4.2.2 Tipicidade Objetiva	25
4.4.2.2.1 Início da execução (art. 14, II, CP)	25
4.4.2.2.1.1 Teoria Subjetiva	27
4.4.2.2.1.2 Teoria Objetiva Formal.....	28
4.4.2.2.1.3 Teoria Objetiva material	29

4.4.2.2.1.4 Teoria Objetivo-Subjetiva (Objetiva Individual)	31
4.4.2.2.2 Inexistência de Crime Impossível (art. 17, CP)	35
4.4.2.3 Antijuridicidade	38
4.4.2.4 Culpabilidade	39
4.5 Furto Tentado Qualificado	40
4.6 Furto Tentado Duplamente Qualificado	41
5 Conclusão	43
Referências Bibliográficas	45

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende, por meio de um caso prático e utilizando-se do método de análise alemão chamado *Gutachtenstil*, estudar a linha tênue entre tipos penais e a sua consequência prática na culpabilidade. O caso prático utilizado é o que foi julgado pelo Superior Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul por meio do Recurso Especial nº 1.252.770,.

Além de estudar o caso propriamente dito e obter o contato com a prática penal, a fim de entendê-la cada melhor, este trabalho tem dois objetivos: (i) desvendar a linha tênue que existe entre atos meramente preparatórios e a tentativa, discussão central no presente caso, e (ii) demonstrar a aplicabilidade e utilização do método *Gutachtenstil*, também conhecido como análise estruturada de casos.

A primeira questão que propõe-se a estudar surgiu muito antes da escolha do caso: viu-se a utilidade do método de análise estruturada de casos para tratar de questões delicadas desde o início dos estudos do autor deste trabalho em Direito Penal. Isto porque separa em passos a análise do tipo penal, conseguindo destacar claramente as discussões pelas quais é possível chegar a resultados diversos. Uma dessas discussões é exatamente a linha tênue que existe entre os atos meramente preparatórios, não punidos pelo Direito Penal (por referência), e a tentativa, que pode ser punida se prevista na legislação. Assim, por ser uma situação extremamente delicada, capaz de criar inúmeras injustiças e resultados diferentes para um mesmo ato, é natural interessar-se pelo tema.

O segundo objetivo deste trabalho é demonstrar a utilização do *Gutachtenstil* e, com isso, contribuir para a sua difusão no ambiente jurídico do país, seja no ensino do Direito ou na sua aplicação, uma vez que a utilização desse método pode ser muito benéfica ao Direito Penal brasileiro. Isso, pois, como já dito, tal método separa claramente todos os elementos fundamentais da teoria geral do delito, conseguindo clarificar os pontos de dúvidas e incertezas para que, assim, seja possível dar especial atenção a esses pontos e, eventualmente, contestar uma denúncia, decisão, uma defesa ou até mesmo um trabalho acadêmico, tudo isso de um modo mais organizado.

Para manter a atenção e esforços nesses dois objetivos supracitados, foi necessária a exclusão de alguns pontos do caso que, apesar de interessantes, são apenas acessórias ao caso e, assim, poderiam tirar o foco da questão central. Em resumo, no caso tratado, cerca de trinta pessoas foram presas, sendo algumas denunciadas não só pelo crime de tentativa de furto qualificado duplamente (Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: § 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido: I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa; IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas), mas também por lavagem de dinheiro e formação de quadrilha (STJ, 2015). Tendo isso em vista, os participantes do grupo não agiram todos de forma similar, sendo que somente 12 dos suspeitos foram presos no túnel que estava sendo escavado (AGÊNCIA ESTADO, 2006).

Logo, para um maior destaque à questão central, que é a discussão de quando um ato meramente preparatório se transformaria em tentativa, adotou-se, nesse trabalho, a posição de que todos agiram igualmente, sendo excluídos da análise os supostos crimes de formação de quadrilha e lavagem de dinheiro, para focar-se na questão da tentativa *versus* atos meramente preparatórios. Para uma análise mais simples do caso, far-se-á a análise de apenas um suspeito Alfa, adotando-se a posição de que a decisão acerca da punibilidade ou não do mesmo se estenderá para o restante do grupo.

2 MÉTODO

Para desbravar as questões colocadas no item anterior, foi decidido realizar um estudo de caso. Dessa forma é possível vislumbrar concomitantemente os problemas postos mais concretamente e demonstrar a utilidade e eficácia da análise estruturada de casos para resolver casos delicados. O *Gutachtenstil* quebra o problema central (A é punível) em várias perguntas mais simples e palpáveis, o que facilita a análise do caso, ao mesmo tempo que assevera que todos os passos necessários para caracterizar um fato como um crime foram realizados.

Como já afirmado, o presente trabalho se propôs a realizar uma análise da linha tênue encontrada entre a caracterização de uma conduta como ato meramente preparatório e tentativa. Desse modo, analisar-se-á um caso que trata, em parte, exatamente dessa discussão, permitindo uma aproximação das discussões abstratas do mundo do Direito a um campo prático (GHIRARDI, 2012), facilitando o entendimento geral. Dessa forma, buscou-se um trabalho com fluidez e praticidade, de modo que não fique excessivamente teórico, mas ao mesmo tempo consiga tratar de pontos teóricos em seu desenrolar. Assim, pode-se dizer que esse trabalho é, em sua grande maioria, um trabalho prático que busca respaldo na teoria quando encontra obstáculos à sua continuidade.

O problema central do presente trabalho, encontrado de forma prática no caso escolhido, permite três conclusões. A primeira delas, adotada no julgamento do Recurso Especial nº 1.252.770 (STJ, 2015), entende que a tentativa já teria começado, não se tratando de atos meramente preparatórios. A segunda conclusão, por sua vez, seria a de que, ao contrário do entendido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), os atos analisados não passariam de atos meramente preparatórios, não constituindo, dessa forma, conduta punível. Por fim, a terceira conclusão é a de que, independente de se adotar a visão de que a tentativa já havia começado, não é possível a punibilidade por se tratar de crime impossível (Art. 17 - Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime), visto que,

como será descrito posteriormente, a Polícia já tinha conhecimento da operação e já monitorava os passos dos suspeitos.

Todas essas conclusões são testadas ao decorrer do trabalho pelo método *Gutachtenstil*, que se baseia na ideia de que o Direito tem como objetivo dar sempre a resposta correta a uma questão prática, aproximando, como já salientado, o mundo teórico do “dever ser” com o mundo prático do “ser”.

Tal método de análise de casos em muito se assemelha ao método cartesiano de quatro etapas (DESCARTES, 1999). Primeiramente, o problema complexo é dividido em tantas etapas quanto possíveis para que se analise cada uma delas de um modo simples e completo. Em segundo lugar, abandona-se qualquer concepção previamente formada, partindo apenas das premissas básicas, corretas e estabelecidas no direito penal para que, com o apoio da doutrina e jurisprudência, seja possível um esgotamento de todas as possibilidades aplicáveis para se chegar, assim, ao resultado correto da aplicação da Lei penal e dos tipos estabelecidos na mesma. Para tanto, é realizada uma divisão dos três elementos do tipo (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), que são posteriormente subdivididos para que se possa analisar cada um dos fragmentos do problema principal (um exemplo dessa subdivisão seria o fracionamento do elemento da tipicidade nos subelementos de tipo objetivo e tipo subjetivo).

A terceira etapa faz uma análise conduzida por ordem; dessa forma, é realizada uma análise das questões mais centrais e fundamentais (como, por exemplo, se houve efetivamente o resultado para que, com isso, se analise os fragmentos mais complexos). Tal comportamento é extremamente eficaz ao assegurar, rapidamente, o descarte da aplicação de muitos tipos penais ao caso, possibilitando uma análise mais prática, não perdendo tempo analisando hipóteses que, de pronto, não são aplicáveis, e, com isso, focando na discussão que realmente importa e contribui não só para a resolução do caso em si, mas também de casos semelhantes. Por fim, a quarta etapa caracterizadora do método cartesiano é a exaustividade, que decorre de uma estrutura metódica completa. Tal etapa transparece em *Gutachtenstil* pela própria metodologia adotada, utilizando uma estrutura de análise exaustiva, certificando-se que nada será omitido (GRECO; ESTELLITA; LEITE, 2017).

Tendo em vista o apresentado, parte-se para a descrição do caso concreto e, posteriormente, sua análise.

3 NARRATIVA DO CASO

Em 1º de setembro de 2006, um grupo de cerca de 12 pessoas foram presas durante uma operação deflagrada pela Polícia chamada Operação Toupeira. Dentre as pessoas que participaram das mais diversas fases do delito, algumas foram denunciadas por associação criminosa, algumas por lavagem de dinheiro e também houveram denunciados por furto duplamente qualificado (AGÊNCIA ESTADO, 2006).

O presente trabalho desconsiderará os atos referentes aos crimes de associação criminosa e lavagem de dinheiro, focando nos atos que possibilitaram a denuncia de furto. Ainda, considerará que todas as pessoas envolvidas na atividade criminosa realizaram os mesmos atos em coautoria para que seja possível uma análise mais profunda e esclareadora. Assim, analisar-se-á o comportamento de apenas um suspeito Alfa: o que for decidido para ele, pode ser replicado para o restante das pessoas, visto a identidade de comportamentos.

Alfa foi preso durante a Operação Toupeira quando foi encontrado em um túnel clandestino de pouco mais de 70 metros, cavado por dois meses, a uma distância de 12,8 metros de uma instituição bancária. O plano de Alfa era que o túnel alcançasse a instituição bancária para dali retirar dinheiro, joias e outros bens que viesse a encontrar. É importante salientar que a polícia já estava monitorando o grupo, mas não poderia agir em momento anterior, uma vez que visava capturar todos os integrantes da organização, e não apenas os encarregados de escavar o túnel (AGÊNCIA ESTADO, 2006).

4 ANÁLISE DO CASO

Como defendido pelos mais diversos amantes do Direito, o Direito é, e deve ser, uma ciência prática, e não teórica, com a finalidade de resolver problemas da vida cotidiana. Tendo isso em vista, como bem explicitam Greco, Estellita e Leite (2017), uma teoria jurídica, assim como o *Gutachtenstil*, não é um rótulo, mas é uma expressão que traz consigo um enunciado abstrato e está correlacionada à autoridade de determinado autor. Por exemplo, quando o assunto é a teoria do domínio do fato (ROXIN, 2002), tal teoria não é somente uma expressão (“domínio do fato”) e nem deveria estar somente vinculada à autoridade ou ao nome de Roxin. Ao contrário, uma teoria é uma resposta criada ao se enfrentar problemas e dúvidas relacionadas ao Direito no dia-a-dia, tentando, assim, buscar a resposta correta para problemas concretos, dando suporte aos aplicadores e estudantes de Direito.

Portanto, como já exposto anteriormente, a teoria jurídica do *Gutachtenstil* será utilizada para resolver o problema concreto posto; em outras palavras, para esclarecer a punibilidade de Alfa.

Primeiramente, como Greco, Estellita e Leite (2017) apontam em seu *working paper*, é necessário eleger os dispositivos penais que Alfa pode ter praticado e, assim, começar a analisar cada tipo. É importante deixar claro que, por esse método de análise, a falta de um dos pressupostos da punibilidade acarreta na não análise do pressuposto logicamente posterior, concluindo-se a análise desse suposto tipo pela não punibilidade (“Alfa não é punível segundo tal artigo do Código Penal”). Ainda segundo os autores, ao analisar o caso pelo presente método, tem-se que começar sempre pelo delito mais grave, o que os autores chamam de máxima da severidade, uma vez que crimes mais leves devem ser absorvidos pelos mais graves segundo o princípio da subsidiariedade. Ademais, o princípio da máxima severidade também alcança as relações entre dolo e culpa (analisa-se o dolo antes) e consumação e tentativa (analisa-se a consumação antes), por exemplo.

Tendo isso em vista, pela leitura do caso, chegou-se à seguinte lista de crimes que possivelmente poderiam ter sido cometidos por Alfa, já na ordem em que serão analisados.

- i. Roubo tentado - Art. 157, cc art.14, II, Código Penal;
- ii. Roubo qualificado tentado - Art. 157, § 2º II, cc art. 14, II, Código Penal;
- iii. Furto – Art. 155, Código Penal;
- iv. Furto tentado - Art. 155, cc art.14º, II, Código Penal;
- v. Furto qualificado tentado - Art. 155, § 4º, I, cc art.14º, II, Código Penal;
- vi. Furto duplamente qualificado tentado - Art. 155, § 4º, I e IV, cc art.14º, II, Código Penal.

Para a análise de tais delitos, será percorrida a seguinte estrutura de análise:

Para delitos comissivos dolosos consumados

1. Tipicidade

1.1. Tipo objetivo

1.1.1. Resultado

1.1.2. Nexo Causal (art. 13, caput, Código Penal)

1.1.3. Imputação objetiva

1.1.3.1. Criação de um risco juridicamente desaprovado

1.1.3.2. Realização desse risco no resultado

1.2. Tipo subjetivo

1.2.1. Dolo (art. 18, I, Código Penal)

1.2.2. Elementos subjetivos especiais

2. Antijuridicidade

2.1. Legítima defesa (art. 25, Código Penal)

2.1.1. Situação de legítima defesa

2.1.2. Ação de legítima defesa

2.1.3. Vontade de defesa

- 2.2. Estado de necessidade (art. 24, Código Penal)
 - 2.2.1. Situação de necessidade
 - 2.2.2. Ação de salvamento
 - 2.2.3. Vontade de salvamento
- 2.3. Consentimento
- 2.4. Outras causas de justificação (art. 23, III, Código Penal, por exemplo)
- 3. Culpabilidade
 - 3.1. Imputabilidade (arts. 26 e 27, Código Penal)
 - 3.2. Erro de proibição inevitável (art. 21, Código Penal)
 - 3.3. Causas de inexigibilidade (art. 22, Código Penal, por exemplo)

Para delitos tentados comissivos

- 1. Pré análise: inexistência de consumação
- 2. Tipicidade
 - 2.1. Tipo subjetivo: decisão de praticar o fato
 - 2.1.1. Resultado
 - 2.1.2. Nexu causal (art. 13, caput, Código Penal)
 - 2.1.3. Imputação objetiva
 - 2.1.3.1. Não diminuição de um risco juridicamente desaprovado
 - 2.1.3.2. Realização desse risco no resultado
 - 2.1.3.3. Elementos subjetivos especiais
 - 2.2. Tipo objetivo
 - 2.2.1. Início da execução (art. 14, I, Código Penal)
 - 2.2.2. Inexistência de crime impossível (art. 17, Código Penal)
- 3. Antijuridicidade
 - 3.1. Legítima defesa (art. 25, Código Penal)
 - 3.1.1. Situação de legítima defesa
 - 3.1.2. Ação de legítima defesa
 - 3.1.3. Vontade de defesa
 - 3.2. Estado de necessidade (art. 24, Código Penal)

- 3.2.1. Situação de necessidade
- 3.2.2. Ação de salvamento
- 3.2.3. Vontade de salvamento
- 3.3. Consentimento
- 3.4. Outras causas de justificação (art. 23, III, Código Penal, por exemplo)
- 4. Culpabilidade
 - 4.1. Imputabilidade (arts. 26 e 27, Código Penal)
 - 4.2. Erro de proibição inevitável (art. 21, Código Penal)
 - 4.3. Causas de inexigibilidade (art. 22, Código Penal, por exemplo)

4.1 ROUBO

Como primeiro passo da análise, a tipicidade do crime será abordada. Por meio desse passo, busca-se analisar previamente se a conduta praticada por Alfa é similar à descrita no tipo. Pratica o crime de roubo quem:

Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência. (Decreto-Lei N° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal)

4.1.1 TIPICIDADE OBJETIVA

O tipo penal em voga estabelece quatro elementares: (i) deve haver uma subtração de coisa alheia para si ou para outrem; (ii) tal coisa alheia deve ser móvel; (iii) a subtração deve ocorrer mediante grave ameaça ou violência contra a pessoa de quem se está subtraindo; e (iv) tal subtração, para ser caracterizado o roubo, pode também ter sido realizada depois de ter reduzido a pessoa de quem vai se subtrair a coisa móvel à impossibilidade de resistência.

4.1.1.1 RESULTADO

Na análise do tipo penal roubo, pode-se descartar a punibilidade de Alfa já pela falta da primeira elementar apresentada. Em outras palavras, não há o resultado previsto pelo tipo, tendo em vista que não houve subtração de coisa alheia, uma vez que Alfa foi capturado pela polícia antes mesmo de chegar à agência bancária. Para Danielle Souza de Andrade e Silva, “o fato, para alçar-se a crime, deve ser, primeiramente, típico. Diz-se típico o comportamento humano que ocasiona o resultado e é previsto como infração penal” (2003, p. 111).

Somando-se ao fato de que a falta de um dos pressupostos de punibilidade acarreta, Alfa não é punível pelo crime de roubo, visto que não praticou seu resultado na não-análise do pressuposto logicamente posterior, concluindo-se a análise desse suposto tipo pela não punibilidade. Conforme Greco, Estellita e Leite (2017), não se verá suficiente analisar a conduta de alguém segundo o crime qualificado, mas antes analisar segundo o crime comum. Assim, é necessário asseverar que, por não ter praticado o resultado do crime de roubo, Alfa não pode ter praticado, naturalmente, tal crime com nenhum tipo de agravante, fazendo-se desnecessária a análise em tal sentido.

Conclusão parcial: não há tipicidade objetiva e, por isso, Alfa não é punível pelo crime de roubo.

4.2 ROUBO TENTADO

4.2.1 PRÉ ANÁLISE: INEXISTÊNCIA DE CONSUMAÇÃO

Segundo Greco, Estellita e Leite (2017), antes de se iniciar a análise do tipo de crimes tentados, é necessária uma pré-análise referente à inexistência de consumação. No caso em voga, tal análise pode ser realizada já em uma leitura superficial do caso, visto que não houve a consumação do crime por ter Alfa sido preso antes mesmo de chegar à agência bancária. Superado tal pré-requisito, passa-se à análise do tipo.

4.2.2 TIPLICIDADE

Tal tipo, por sua vez, vai ser analisado por não necessitar do resultado, exatamente o fato que interrompeu a análise do tipo sem ser tentado. A conduta descrita para esse crime no código penal é realizada mediante uma leitura conjunta do artigo 157 e 14, II, ambos do Código Penal (1940), abaixo:

Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência.

Art. 14 – Diz-se o crime

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

4.2.2.1 TIPO SUBJETIVO: DECISÃO DE PRATICAR O FATO

No presente caso analisado, não é necessária uma leitura aprofundada para se chegar à conclusão de que Alfa decidiu praticar o fato de subtrair coisa móvel. O tipo penal apresentado anteriormente, agora na sua forma tentada, possui, assim como na sua forma plena, as mesmas elementares; contudo, não necessita do resultado em si, qual seja, o da subtração de coisa alheia, mas apenas da tentativa.

Portanto, Alfa preenche a primeira elementar, ou seja, tentou subtrair coisa alheia; porém, a análise chega ao fim já pela falta da segunda elementar. Em outras palavras, mesmo que Alfa tenha tentado, de fato, subtrair coisa alheia, assim não o fez e nem gostaria de fazer por não estarem armados de nenhuma forma, com o emprego de grave ameaça ou violência à pessoa, visto que a tentativa se deu por meio da construção de um túnel sem o contato com terceiros, além de ter fim ainda no túnel a cerca de 12 metros da entrada da agência bancária. Tendo isso em vista, Alfa não é punível pelo crime de roubo tentado.

Novamente, por não ter praticado o crime de roubo, Alfa não praticou, também, nenhum tipo de roubo tentado com agravantes, sendo desnecessária a análise em tal sentido.

Conclusão parcial: não há tipicidade subjetiva e, por isso, Alfa não é punível pelo crime de roubo.

4.3 FURTO

4.3.1 TIPICIDADE

O Código Penal brasileiro (1940) determina que ocorre o crime de furto quando o agente “subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel”²¹. Pela leitura do dispositivo, pode-se perceber que o mesmo possui três elementares: (i) subtrair coisa alheia, (ii) para si ou para outrem e (iii) que tal coisa alheia seja móvel.

4.3.1.1 TIPICIDADE OBJETIVA

4.3.1.1.1 RESULTADO

Fica claro, pela leitura do dispositivo citado supra, que trata-se de um crime de resultado, de lesão, e não de mero perigo. Dessa forma, de acordo com a cultura jurídica brasileira, a configuração de tal tipo exige um resultado concreto no qual se revele uma ofensa ao bem jurídico tutelado (CARVALHO, 2006). Ademais, no caso em voga, não é suficiente a exposição ao perigo do bem jurídico tutelado, no caso a propriedade privada, visto que a realização do tipo, por ser de resultado, está condicionado à efetiva ofensa ao bem jurídico (CARVALHO, 2006). Portanto, há a falta do resultado por não ter sido o furto efetivado, visto que Alfa foi surpreendido pela polícia enquanto ainda estava escavando o túnel, momento em que o mesmo nem tinha acesso ao dinheiro que supostamente iria furtar.

Dessa forma, por não se preencher uma elementar do tipo (no caso, o resultado de subtrair para si ou para outrem), Alfa não é punível pelo crime de furto, visto

²¹ Art. 155, caput, Código Penal.

que não o como descrito no Código Penal (1940). Novamente, por não preencher os pré-requisitos para ter cometido tal crime na sua forma simples, não é necessária a análise de possíveis agravantes do mesmo.

Conclusão parcial: não há tipicidade objetiva e, por isso, Alfa não é punível pelo crime de furto.

4.4 FURTO TENTADO

4.4.1 PRÉ-ANÁLISE: INEXISTÊNCIA DE CONSUMAÇÃO

Como dito anteriormente, por se tratar de um crime tentado, é necessário, segundo Greco, Estellita e Leite (2017), uma pré-análise referente à inexistência de consumação. Como no caso do furto o crime é consumado quando a coisa alheia móvel é subtraída, fácil fica a constatação de que não houve consumação, visto a captura de Alfa enquanto ainda estava no túnel, a cerca de 12 metros da entrada da agência bancária, aonde o crime iria se consumir. Superada tal questão, passa-se à análise do tipo.

Conclusão parcial: há inexistência de consumação.

4.4.2 TIPLICIDADE

A análise do presente tipo vai ser realizada, exatamente, por ser prescindível o resultado. A conduta a ser realizada por Alfa, dessa forma, deve se encaixar na conduta descrita no artigo 155 em conjunto com o artigo 14, II do Código Penal (1940), que cria uma extensão de punibilidade (ROXIN, 2014), conforme pode-se verificar a seguir:

Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel; (...)

Art. 14 - Diz-se o crime:

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

Pela leitura conjunta dos dispositivos, é possível a constatação de que o art. 14 transforma em fatos puníveis aqueles que seriam atípicos. É considerado, assim, uma norma secundária que cria um novo tipo ao se conjugar com uma norma geral, uma regra incriminadora. Assim, sem o artigo 14 (regra de extensão), não existiria, por exemplo, o crime de tentativa de furto em comento, por decorrência do princípio da reserva legal (BITENCOURT, 1999).

4.4.2.1 TIPICIDADE SUBJETIVA: DECISÃO DE PRATICAR O FATO

Diferentemente do que ocorre com os outros tipos de crime, a análise da punibilidade nos crimes tentados tem início na tipicidade subjetiva. Isso, pois, por ter como principal característica a falta de resultado, pode deixar dúvidas acerca da externalização de um tipo ou de outro. Em outras palavras, se um agente atira em uma pessoa acertando-a no ombro e não causando sua morte, não seria possível saber, sob uma ótica estritamente externa ao autor, totalmente objetiva, qual crime que supostamente foi realizado pelo agente: uma tentativa de homicídio (Art. 121. Matar alguém) ou uma lesão corporal (Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem).

Assim, como bem pontua Roxin (2014), a tentativa seria uma atuação próxima ao tipo com dolo de realização do mesmo. Por conseguinte, para identificar-se o dolo de realização de um tipo, é necessária uma análise prévia do tipo subjetivo. Ou seja, deve-se fazer uma análise sob a ótica do autor, visto que toda tentativa exige uma decisão de atuar dirigida à consumação do delito, segundo a sua representação (ROXIN, 2014), o que pode ajudar em situações limítrofes que, mesmo tendo ocorrido exatamente os

mesmos atos, necessita de desfechos diferentes (como no caso de uma pessoa que entra na casa de seu amigo porque tem intimidade e outra que entra visando roubar algo, de uma casa de um desconhecido). Pela análise subjetiva é possível, assim, perceber se cometeu ou não a tentativa, ou ainda determinar o tipo penal da mesma.

Logo, como bem pontua Welzel (2003), pelo tipo objetivo não estar plenamente cumprido na tentativa, o tipo subjetivo deve existir por inteiro e, por certo, do mesmo modo que o é nos delitos consumados. Zaffaroni e Pierangeli (2000) também afirmam que a tentativa seria um delito incompleto, de uma tipicidade subjetiva completa, com um defeito na objetiva.

Em suma: na tentativa, o aspecto da tipicidade mais importante é o tipo subjetivo, ou seja, partindo-se de uma análise interna do autor, do seu plano, para uma caracterização mais exata de qual tipo penal o mesmo supostamente praticou (GRECO; ESTELLITA; LEITE, 2017).

4.4.2.1.1 RESULTADO

Conforme visto anteriormente, há o resultado previsto na leitura conjunta dos dois dispositivos supracitados, visto que Alfa somente não subtraiu, para si ou para outrem, coisa alheia móvel por circunstâncias alheias à sua vontade, já que foi surpreendido pela polícia enquanto ainda cavava o túnel para ter acesso ao cofre da agência bancária. Em outras palavras, Alfa começou a cavar o túnel já querendo o resultado: subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel.

Portanto, considerando, por um ponto de vista interno, uma análise do *animus* de Alfa, é possível chegar à conclusão de que o mesmo queria o resultado previsto na norma incriminadora; a barreira imposta pela análise do resultado é ultrapassada.

4.4.2.1.2 NEXO CAUSAL

Nexo causal, como já bem delimitado, traz consigo a ideia de ligação, de causa e efeito entre a ação de um agente e o resultado típico (PEDROSO, 2001). No caso, é possível constatar a presença desse elemento do tipo, uma vez que a análise parte de uma visão subjetiva do autor, ou seja, de que o mesmo sabia que, ao cavar o túnel e adentrar à agência, subtrairia a coisa alheia móvel para si ou para outrem.

Isso ocorre pois Alfa não poderia estar cavando o túnel senão para praticar o crime de furto. Não há outro possível desfecho para os seus atos e, assim, realizada essa análise, é possível chegar à conclusão de que, sobre uma perspectiva interna, Alfa sabia que o efeito de sua ação causaria o tipo penal previsto no artigo 155 do Código Penal (1940) e, dessa forma, tem-se o elemento do tipo denominado nexo causal.

4.4.2.1.3 IMPUTAÇÃO OBJETIVA

A teoria da imputação objetiva criada por Claus Roxin (2002) afirma que um resultado causado pelo agente só deve ser de fato imputado como sendo obra sua ao preencher o tipo objetivo: quando as ações desse autor criam um risco não permitido e tal risco é realizado no resultado.

Dessa forma, quando Alfa decide cavar um túnel visando furtar uma agência bancária, ele está criando um risco não permitido ao bem jurídico tutelado. Diferente seria, contudo, se Alfa comentasse com alguém que a segurança do banco era falha, ou que seria possível cavar um túnel para chegar ao cofre da agência, situações que, por serem demasiadamente desconectadas do risco ao bem jurídico tutelado, não poderiam gerar um risco não permitido; o mesmo no caso de alguém que não poderia ser punido por não criar um risco não permitido ao participar de um acidente que culmina na morte de outra pessoa quando dirige seu carro no limite de velocidade imposto (ROXIN, 2002). O fato é que Alfa sabia que estava criando um risco não permitido e mesmo assim o fez, estando tal pré-requisito satisfeito.

A realização de tal risco no resultado, segunda barreira para a caracterização da tipicidade objetiva, também é facilmente ultrapassada. Isso pois Alfa sabia que, caso conseguisse concluir seu plano, o qual geraria por si só um risco não permitido, haveria a realização de tal risco no resultado, qual seja o do crime de furto, o risco à propriedade, bem jurídico tutelado pela norma que criminaliza o furto, e mesmo assim o fez.

4.4.2.1.4 ELEMENTOS SUBJETIVOS ESPECIAIS

O elemento subjetivo especial que é encontrado no caso do furto é a motivação de subtrair coisa alheia móvel *para si ou para outrem*. Assim, é essencial que, para a ocorrência do crime, a ação realizada por Alfa tenha como objetivo de ter o bem furtado para si ou para outrem. Assim, tendo em vista que Alfa iria subtrair o dinheiro e que não o devolveria, é possível preencher, também, este elemento do tipo.

Conclusão parcial: há tipicidade subjetiva.

4.4.2.2 TIPICIDADE OBJETIVA

4.4.2.2.1 INÍCIO DA EXECUÇÃO (ART. 14, II, CP)

O código penal brasileiro, em seu artigo 14, como já afirmado, cria uma regra de extensão, transformando atos que seriam atípicos em puníveis:

Art. 14 - Diz-se o crime:

II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente. (1940)

Dessa forma, para que um ato possa ser considerado um crime tentado, é necessário que se tenha dado início à execução do tipo principal contido na parte especial do Código Penal.

O *iter criminis*, ou caminho do crime, é a reunião de estágios sucessivos necessários para a prática de um crime. Tal processo é composto por quatro etapas: a preparatória, a executória, a consumação e o exaurimento (CARVALHO, 2005). Tendo isso em vista, pela leitura do dispositivo alhures, é certa a constatação de que dentre as etapas do *iter criminis*, só não é punível a fase preparatória. Assim, é importante constatar que, por vezes, o legislador transforma atos preparatórios de um crime em um tipo penal autônomo, como no caso do artigo 291 (Art. 291 - Fabricar, adquirir, fornecer, a título oneroso ou gratuito, possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto especialmente destinado à falsificação de moeda: Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa) e 294 (Art. 294 - Fabricar, adquirir, fornecer, possuir ou guardar objeto especialmente destinado à falsificação de qualquer dos papéis referidos no artigo anterior: Pena - reclusão, de um a três anos, e multa), ambos do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940)

Feita tal digressão, volta-se ao foco da discussão: é certo, como constatado alhures, que o *iter criminis* só pode ser punível quando o agente dá início à etapa executória e, conseqüentemente, são atípicos os atos anteriores a tal momento, denominados atos meramente preparatórios, já que, em tese, não lesam nem expõem a risco de lesão o bem jurídico tutelado pela norma (CARVALHO, 2005) e, como bem afirma Hans Welzel (1970), a vontade má, como tal, não pode ser punida, mas apenas a vontade má realizada. Tais atos preparatórios são externos ao agente, em uma fase de transformação da cogitação à ação objetiva, ou seja, procurar o local mais adequado para cometer o crime, pesquisar a hora mais adequada, armar-se das ferramentas necessárias, dentre outras (CARVALHO, 2005).

Em suma, junto com a decisão de atuar (tipo subjetivo já analisado), para a constituição da tentativa é necessária uma ação externa que ultrapasse a fase preparatória, chamada de início da execução (ROXIN, 2014).

Todavia, há uma linha tênue entre o que pode ser considerado um ato meramente preparatório e um ato que pode ser considerado como sendo parte do início

da execução do tipo: o legislador brasileiro não definiu, no próprio código, critérios objetivo ou subjetivos para essa diferenciação, cabendo tal trabalho aos interpretadores do Direito.

Dessa forma, existem quatro principais teorias referentes à distinção entre atos meramente preparatórios e atos que constituem o início da execução, sendo elas a teoria subjetiva, a teoria objetiva-formal, a teoria objetiva-material e a teoria objetiva-subjetiva, também conhecida como teoria objetiva individual, que serão analisadas na ordem apresentada.

4.4.2.2.1.1 TEORIA SUBJETIVA

A teoria subjetiva, como bem diz o nome, fundamenta a punibilidade da tentativa exclusivamente pela representação do autor, pelo seu *animus*, pela sua intenção. Assim, de um lado, as ações que, de acordo com o plano do autor, são representadas como preparatórias, não caracterizariam a tentativa e, de outro, as que, de acordo com o plano do mesmo, são representadas como executórias, caracterizariam a tentativa (SANTOS, 2002). Dessa forma, a análise acerca do início da execução da tentativa teria como base atos do autor que demonstrariam a intenção de praticar a infração penal.

Contudo, tal análise ficaria estritamente nas mãos dos julgadores e, como é realizada uma análise subjetiva da intenção do suspeito, a utilização de tal teoria concede poderes demasiados aos julgadores, o que pode desaguar em um aumento ainda maior da população carcerária brasileira. Diz-se isso, pois, no Brasil, é certo que existe uma cultura muito carcerária, uma cultura jurídica de muitas condenações, regada pela pressão popular de tirar o máximo de “bandidos” da rua. Tal cultura pode ser constatada pelo fato de que a população carcerária brasileira é a terceira maior do mundo (ficando atrás apenas dos EUA e China) e cresce a um ritmo anual de 8,3%, o que pode levar a um número de cerca de 1,5 milhões de presos em 2025, valor equivalente à população da cidade de Goiânia (BARBIÉRI, 2019).

Assim, é certo que, para uma situação de dúvida acerca da condenação ou não de um suspeito, deve-se estabelecer quanto mais critérios objetivos quanto possíveis, não sendo certo deixar a análise estritamente para o julgador, que irá julgar, acima de tudo, tendo em vista uma suposta vontade que nem é sua, e que nem pode ser provada. Portanto, tal teoria se mostra como sendo ineficiente para resolver casos, podendo, ainda, ter um efeito negativo de um agravamento da situação brasileira de condenação em massa.

4.4.2.2.1.2 TEORIA OBJETIVA FORMAL

A presente teoria, proposta por Beiling, defende que a execução teria início a partir do momento do início da realização do núcleo, no caso o verbo, do tipo penal (CARVALHO, 2005). Dessa forma, por exemplo, uma pessoa que prepara a arma, a carrega e fica de tocaia, visando cometer um homicídio, não o cometerá enquanto não adentrar no núcleo do tipo homicídio, o qual seria “matar”. Assim, só haveria o início da tentativa a partir do momento que tal pessoa disparasse a arma, que estaria apontada contra a possível vítima. No furto, por sua vez, a tentativa começaria, por exemplo, com a introdução da mão no bolso da vítima (SANTOS, 2002).

Tendo isso em vista, no caso analisado, Alfa não seria punível por furto tentado, visto que, para que sua ação fosse típica, com o início da execução e não atos meramente preparatórios, Alfa deveria ter, com suas ações, realizado parcialmente o tipo (ROXIN, 2014), e assim não o fez, pois ainda estava cavando o túnel, longe de conseguir subtrair coisa alheia móvel. Diferente seria, contudo, se Alfa tivesse sido flagrado já dentro da agência bancária subtraindo algo.

Assim, tal teoria acaba por estreitar em excesso os atos puníveis por tentativa, tornando atípicas condutas que, mesmo não adentrando no núcleo do tipo, deveriam sofrer censura, por uma análise de bom senso (CARVALHO, 2005), como no caso de um agente adentrar uma casa alheia, com a intenção de cometer o crime de furto, que é encontrado e preso antes de começar a subtrair os bens que pretendia. Outro exemplo,

agora com relação ao caso estudado, seria o caso de Alfa ser encontrado a exatamente 10 cm do final do túnel. Pela teoria objetivo formal, o mesmo teria, com suas ações, adentrado no núcleo do tipo e, dessa forma, não poderia ser punido por furto tentado.

Por outro lado, tal teoria respeita integralmente não só o princípio da legalidade, pois só constituiria crime atos expressamente previstos em lei, mas também o princípio da segurança jurídica, que é abalado pela atual concepção de tentativa, por não delimitar o início da execução, o qual estabeleceria o mesmo por um critério objetivo, sem espaço para considerações subjetivas dos aplicadores da lei (CARVALHO, 2005).

Desta forma, de acordo com a legislação pátria, tal teoria não deve ser aplicada, mas sim servir como um ponto de vista orientador (ROXIN, 2014). Isso pois o Código Penal brasileiro é claro ao estabelecer que o que é punível é o início da execução, e não a realização parcial do tipo. Dessa forma, uma concepção desta natureza faria com que a delimitação entre preparação e tentativa se tornasse um problema da parte especial, vinculada a uma interpretação do tipo penal em concreto, para que fosse possível saber quando haveria uma realização parcial do mesmo. Dessa forma, se o agente realizou parcialmente o tipo, com certeza seria uma tentativa, contudo não é possível apenas ter esse filtro pois há situações em que, pelo bom senso, há tentativa sem a realização parcial, como no caso já citado alhures de invasão a uma casa para praticar furto (ROXIN, 2014). Ainda, tal teoria pouco se importa com o *animus* do suspeito, com seu plano interno, o que, como já explicitado, é considerado como sendo de suma importância para a caracterização da tentativa.

Assim, pelo exposto acima, é possível descartar tal teoria para a resolução do caso.

4.4.2.2.1.3 TEORIA OBJETIVA MATERIAL

A teoria objetiva material, por sua vez, pode ser vista como um complemento da teoria objetiva formal ao propor que atos de execução não seriam apenas aqueles descritos no núcleo do tipo, mas também aqueles que, visto a proximidade e quase que

intrínsecos ao início da ação típica, podem ser considerados como partes integrantes da mesma (CARVALHO, 2005). Em outras palavras, o crime tentado seria definido como o ato que lesa ou ameaça um bem jurídico tutelado pela norma penal e, dessa forma, atos que não constituem uma ameaça ou ataque direto ao bem jurídico tutelado pela norma seriam considerados como sendo atos meramente preparatórios (BITENCOURT, 1999).

É possível perceber, de pronto, que tal teoria já corrige algumas situações criadas pela teoria objetivo formal estreitar demasiadamente os atos puníveis por tentativa. Ou seja, no caso citado de invasão à casa para posterior furto, o ato de adentrar a casa já constituiria o início da execução ao ameaçar diretamente o bem jurídico tutelado pela norma incriminadora do furto, a propriedade privada, uma vez que o ato de entrar na casa é quase que indissociável do ato típico de furtar, pela sua proximidade com a realização do mesmo. Dessa forma, o suspeito seria punível pela tentativa de furto uma vez que, como afirmado, gera perigo ao bem jurídico tutelado, assim como uma grande probabilidade de produção do resultado, com atividade imediatamente anterior à ação prevista no tipo, que é considerada pertencente à ação típica por meio de um juízo natural (SANTOS, 2002). De forma similar, a tentativa de extorsão (Art. 158 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa), por exemplo, seria caracterizada já em uma ação de postar uma carta de uma ameaça dirigida à vítima, mesmo que a carta nunca chegue.

No caso analisado, por sua vez, ao utilizar a presente teoria, seria possível punir Alfa por furto tentado, visto que cavar um túnel é quase que indissociável do ato típico de furtar, existe grande probabilidade de produção do resultado previsto no tipo e, ao cavar o túnel, Alfa gera, sem dúvidas, perigo ao bem jurídico tutelado. Uma diferenciação acerca da distância que Alfa estava da agência quando foi capturado não parece muito frutífera para a análise, visto que o ato de cavar é um só e teria como consequência direta e próxima a realização do tipo penal analisado. Uma diferenciação entre a proximidade entre o túnel e a agência só serviria para tratar diferentemente pessoas que cometem o mesmo ato e, por sorte, são capturadas antes, não lesando ou ameaçando, em tese, o bem jurídico tutelado.

Conforme exposto acima, mesmo sendo uma teoria aparentemente mais completa que a objetivo formal, a teoria objetivo material também apresenta muitos problemas e é exposta a objeções. Primeiramente, tal teoria exclui da análise o dolo do agente de praticar tal crime tentado, o que já foi explicitado como sendo o principal objeto da tentativa. Em segundo lugar, ao antecipar o momento do início da execução e, com isso, da punibilidade da tentativa, pune crimes que não seriam puníveis pela teoria objetivo formal e, com isso, perde-se a força do princípio da segurança jurídica. Por fim, tal teoria também é criticada por tentar suprir a falta de lesividade concreta de ações exteriores e anteriores ao tipo pelo conceito de perigo ao bem jurídico tutelado e, com isso, punir ações que o legislador decidiu por excluir do tipo legal ferindo, desse modo, o princípio da legalidade (SANTOS, 2002).

Em suma, tal teoria sofre objeções por fornecer um critério demasiadamente indeterminado e vago para constatar o começo da execução, o que poderia levar a uma regressão ao infinito, punindo atos longínquos da mesma. Isso tudo pois, ao se referir à ideia de perigo, é importante ressaltar que esta também estaria presente nos atos meramente preparatórios e, mesmo assim, tais atos não são puníveis no ordenamento pátrio (MARQUES, 2002). Por isso, não utilizar-se-á tal teoria para a resolução do caso em análise.

4.4.2.2.1.4 TEORIA OBJETIVO-SUBJETIVA (OBJETIVA INDIVIDUAL)

Proposta por Wezel (1970), a teoria objetivo-subjetiva, também conhecida como teoria objetiva individual, é assim conhecida por ser uma mistura entre as teorias objetivas (formal e material) e subjetiva. Assim, a mesma busca, concomitantemente, uma conformidade formal com o tipo e o plano do autor, visando demarcar a linha tênue entre o que poderia ser considerado atos meramente preparatórios e o início da execução.

Isso pois, como já explicitado, o critério unicamente de correspondência formal com o tipo é exíguo para diferenciar atos meramente preparatórios de atos que

constituem o início da execução. Da mesma forma, deslocar o critério de diferenciação para o plano do autor, ou seja, sob a ótica de uma aproximação subjetiva, não interessando se os atos analisados correspondem a uma realização parcial do tipo ou se ameaçam o bem jurídico protegido pelo mesmo, mas sim se o agente entende que tal ato analisado é o início de uma cadeia causal desencadeada conforme o plano interno do mesmo, não pode ser aceito. Assim, considerariam agentes como sendo delinquentes demasiado cedo, correndo o risco de uma regressão ao infinito e, com isso, uma afronta ao princípio da legalidade. Tendo isso em vista, é necessário, para proteger tanto o princípio da legalidade como o princípio da segurança jurídica, fazer uma nova teoria, agrupando os dois critérios (objetivo e subjetivo) (STJ, 2013) Em suma, a tentativa deve ser determinada com base na representação do autor (critério subjetivo), mas de acordo com um critério objetivo porque a vontade, em si, já está presente nos atos meramente preparatórios (ROXIN, 2014), não puníveis pelo ordenamento jurídico pátrio.

A jurisprudência alemã, conhecida por ser referência mundial em assuntos concernentes ao direito penal, vem adotando critérios para analisar os aspectos subjetivos e objetivos da teoria em voga. Devido ao prestígio e perfeição técnica relacionados a tal cultura jurídica, usar-se-ão esses critérios para a análise do caso.

O aspecto subjetivo, em primeiro lugar, estaria satisfeito, dando início à execução, quando o autor, de um ponto de vista interno, decide, de fato, cometer o suposto crime. Em outras palavras, os atos meramente preparatórios, de acordo com o critério subjetivo da teoria, se transformam em atos puníveis por tentativa quando o autor passa de apenas pensar em cometer o crime e decide fazê-lo. Assim, seria seu último impulso de vontade antes do cometimento do crime (ROXIN, 2014). Dessa forma, no caso concreto analisado, é possível ultrapassar a barreira subjetiva, visto que não há dúvidas de que, no momento em que o túnel já estava sendo cavado, tendo comprimento de 70 metros, cavado por 2 meses e encontrado a uma distância de apenas 12 metros da agência bancária, Alfa já teria ultrapassado a fase de pensar em realizar o ato típico, se propondo a cometê-lo. Não é plausível aceitar o argumento de que Alfa, enquanto cavava o túnel por 2 meses, ainda estaria pensando em cometer o crime, indeciso se ainda iria, de fato, cometê-lo.

O aspecto objetivo, por sua vez, apresenta uma teoria referente aos atos parciais do cometimento do crime, vinculando o início da tentativa ao último ato parcial antes da verdadeira ação típica. Dessa forma, para que a tentativa seja caracterizada, não poder-se-ia estar tratando de meros atos intermediários, mas sim atos que tem como ação seguinte o desencadeamento do resultado, tendo uma conexão, dessa forma, imediata com o tipo, tanto temporal quanto territorial (ROXIN, 2014).

Imagine, para exemplificar a teoria, uma situação hipotética em que um agente chega em um posto de gasolina armado e encapuzado. Com o *animus* de cometer um roubo, o mesmo só não consegue fazê-lo pois a porta estaria trancada e, mesmo forçando-a para abrir, não obteria sucesso. Do ponto de vista subjetivo, a tentativa estaria consubstanciada, visto que o autor, de fato, não estava mais somente pensando em cometer o crime, mas já tinha se decidido a fazê-lo, se armando, encapuzando e dirigindo até o local. No mesmo sentido, o critério objetivo também estaria satisfeito, pois não haveria mais nenhum ato intermediário entre o momento em que o agente não cometeu o crime por situações alheias à sua vontade (porta trancada) e o efetivo cometimento do mesmo, mostrando sua imediatez com o tipo, tanto temporal (o roubo iria acontecer naquele momento, não fosse pela porta trancada), quanto territorial (o agente estava no lugar aonde o crime seria cometido).

Por outro lado, imagine um agente que fabrica chaves falsas, visando roubar um carro, mas é surpreendido e preso enquanto ainda está em sua casa. Nesse caso, mesmo que se aceite que o suspeito já teria se decidido acerca de cometer o crime, o mesmo não poderia ser punido, visto a necessidade de atos intermediários para a realização do tipo, como procurar um carro para roubar.

Tendo em vista o apresentado alhures, passa-se à análise do caso concreto. A barreira subjetiva da teoria, ou seja, se Alfa decidiu, de fato, cometer o crime e não apenas estava pensando em realizá-lo, como já afirmado, foi ultrapassada. Cabe, agora, a análise acerca do critério objetivo da teoria, ou seja, se Alfa ainda deveria realizar atos intermediários antes da ação típica ou se estava cometendo o ato parcial último, ou seja, que tem como ação seguinte o desencadeamento do resultado previsto no tipo.

Para tanto, parece inviável não discutir a distância que Alfa se encontrava da entrada do banco, de 12 metros, e, por isso, ainda poderiam existir atos intermediários

que o mesmo deveria realizar para a realização do tipo. De qualquer forma, ainda que tal objeção seja válida, por uma análise superficial, é possível entender que não há atos intermediários entre estar cavando o túnel e furtar a agência, ou seja, é uma prática de bom senso aceitar o fato de que cavar o túnel seria o último ato parcial antes da verdadeira ação típica. Se assim não o fosse, haveria a necessidade de se decidir a partir de qual momento da escavação estaria o último ato parcial, fato que deixaria a discussão muito mais difícil e totalmente nas mãos dos julgadores, o que abre espaço para uma grande insegurança jurídica à medida que pessoas que cometeram os mesmos atos seriam tratadas diferentemente apenas por terem sido capturadas em um momento anterior.

Ainda, se fosse possível delimitar exatamente a partir de qual momento da escavação se daria o início da execução, tal delimitação seria demasiadamente prejudicial à segurança e ao bem jurídico protegido pela norma, qual seja a propriedade privada. Isso, pois os agentes que fossem cometer crimes nesse sentido teriam uma segurança a mais na fase inicial do delito, pois se fossem capturados até certo ponto da realização do fato criminoso, não seriam puníveis, sendo tal fato um incentivo para um maior número de tentativas.

Feita tal digressão, volta-se ao ponto principal: é cediço que Alfa, no caso em análise, ultrapassou tanto a barreira subjetiva quanto a barreira objetiva da teoria objetivo individual. Primeiramente, pois já havia ultrapassado um estado de pensar em cometer o crime e alcançado um estado de certeza quanto cometer o mesmo, o estado do “vamos lá” (ROXIN, 2014), uma vez que já estava cavando o túnel por dois meses, havia conseguido chegar a uma distância de 70 metros da origem do túnel e 12 metros do destino final (a agência bancária), preenchendo, desse modo, o pré-requisito subjetivo. Em segundo lugar, pois Alfa estaria praticando o último ato parcial antes da realização do tipo, ou seja, cavar o túnel seria a última ação antes de adentrar a agência bancária e subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel. Como já dito, pelas razões expostas alhures, não é razoável fazer a diferenciação acerca da distância que Alfa estaria do destino final aonde o crime iria se consumir. Em outras palavras, a periculosidade ou a força da impressão do comportamento do autor cumprem muitos aspectos quando se quer diferenciar os atos meramente preparatórios da tentativa (ROXIN, 2014), sendo

difícil estabelecer esse limite. Contudo, há situações que esse limite pode ser claramente, a ponto do bom senso, encontrado. Dessa forma, pela natureza do crime e de sua execução, se tem uma conexão de imediatez com a realização do tipo, tanto temporal quanto territorial, à medida que não há atos intermediários entre a escavação do túnel (que já estava cerca de 85% concluído) e consumação do furto.

Portanto, no caso apresentado, Alfa iniciou, de fato, a execução e, por isso, poderia ser punível pelo crime de furto tentado.

4.4.2.2.2 INEXISTÊNCIA DE CRIME IMPOSSÍVEL (ART. 17, CP)

O código penal brasileiro, em seu art. 17, estabelece:

Art. 17 - Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime. (1940)

Tendo isso em vista, é possível chegar à conclusão que tal dispositivo legal criou uma regra que pode ser vista como sendo de exclusão de punibilidade.

O crime impossível, assim, seria um tipo de tentativa que, por opção do legislador, não é punível, uma vez que não consegue lesar, e nem mesmo pôr em perigo, o bem jurídico tutelado pela norma incriminadora. Isso, pois para a punição da tentativa, como já explicitado, é necessário o início da execução, minimamente capazes de levar à consumação de um tipo penal. Logo, aquelas ações que não transparecem uma capacidade minimamente plausível de alcançar o resultado pretendido por um agente, não constituem uma possível lesão ao bem jurídico tutelado pela norma incriminadora e, assim, não pode ser suscetível à punição (ROSAL; ANTÓN, 1999).

Dessa forma, há uma tentativa inidônea quando o autor, por meio de suas ações, não conseguiria chegar à consumação do tipo penal o qual se dispôs a praticar nas circunstâncias dadas, seja por motivos fáticos, seja por jurídicos (CALLEGARI, 2005).

Pela leitura do dispositivo, é possível perceber que existem duas razões para a existência de um crime impossível: a ineficácia absoluta do meio ou a absoluta impropriedade do objeto. Assim, faz-se necessário realizar tal diferenciação e estabelecer, de maneira clara, de quais situações cada uma das hipóteses trata.

Primeiramente, a absoluta impropriedade do objeto trata de situações nas quais o objeto material do crime é absolutamente impróprio para a consumação do delito (FAYET, 2008). Assim, não seria possível punir, por exemplo, pelo crime de homicídio ou tentativa de homicídio, um agente que desfere facadas ou atira em diversas vezes em um cadáver. No mesmo sentido, não seria possível punir, pelo crime previsto no art. 126 do código penal (Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante), um agente que realiza práticas abortivas em uma mulher não gestante.

Destarte, não é possível afirmar que, no caso analisado, há uma impropriedade absoluta do objeto, uma vez que, caso o plano fosse levado a cabo sem que Alfa fosse capturado, o mesmo conseguiria, de fato e pelas circunstâncias dadas, consumir o delito de furto. Diferente seria, por exemplo, se Alfa estivesse cavando um túnel com destino ao seu próprio cofre, situação em que o objeto material do crime seria impróprio para a consumação do delito, visto que, para a consumação do crime de furto, é necessário subtrair, para si ou para outrem, coisa *alheia* móvel e, em tais circunstâncias, Alfa estaria, caso obtivesse sucesso, subtraindo coisa própria, estando caracterizado, assim, o crime impossível por absoluta impropriedade do objeto.

Em segundo lugar, e mais interessante para análise do caso em voga, a ineficácia absoluta do meio se constituiria em circunstâncias nas quais o meio utilizado pelo agente é totalmente inadequado para alcançar-se o resultado previsto no tipo (FAYET, 2008). Assim, se um agente tem conhecimento não só do meio utilizado para a consumação de um crime, mas também do curso causal que tal meio desencadeia e é cediço que tal meio de execução é incapaz de produzir o resultado previsto no tipo, têm-se uma situação de crime impossível por ineficácia absoluta do meio (FAYET, 2008). Isso ocorre, por exemplo, no caso de um agente resolver cometer um homicídio, utilizando uma arma de fogo, mas, ao atirar, percebe que a arma seria de brinquedo, não podendo, dessa forma, ser punido pela tentativa do tipo penal tratado.

Portanto, é necessária uma análise acerca da possível ineficácia absoluta do meio no caso tratado, uma vez que, como narrado, a polícia já estava monitorando o grupo, não agindo em momento anterior, pois visava capturar todos os integrantes da organização e não apenas os encarregados de escavar o túnel. Tendo isso em vista, há a possível existência de uma tentativa impossível, visto que a polícia estava monitorando o desenrolar da ação e, por isso, não existiria a menor chance de êxito da prática criminosa.

Contudo, tal ponto de vista não pode prosperar, visto que não há nenhuma certeza de que a polícia conseguiria agir com maestria e capturar Alfa, não importando as circunstâncias. Em outras palavras, só é caracterizado como crime impossível pela ineficácia absoluta do meio quando há uma impossibilidade, absoluta, de se alcançar o resultado pelo meio pretendido. Tendo isso em vista, o mero monitoramento que estava sendo realizado pela polícia não cria tal impossibilidade no cometimento do crime de furto, visto que, não raros, poderiam ocorrer erros na execução do plano policial.

O Superior Tribunal de Justiça apresenta visão similar ao se tratar do assunto, como podemos depreender do seguinte trecho do voto da Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura:

(...) a existência de sistema de monitoramento eletrônico ou a observação dos passos do praticante do furto pelos seguranças da loja não rende ensejo, por si só, ao automático reconhecimento da existência de crime impossível, porquanto, mesmo assim, há possibilidade de o delito ocorrer. (STJ, 2013)

Tendo isso em vista e, novamente, pelo fato de que o mero monitoramento do grupo criminoso pelos policiais não faz com que o meio utilizado para alcançar o resultado previsto no tipo se torne absolutamente ineficaz, tornando, de fato, o crime impossível, não há, no caso, a existência de crime impossível e, com isso, Alfa poderia ser punido pelo crime de furto tentado.

Conclusão parcial: há tipicidade objetiva

4.4.2.3 ANTIJURIDICIDADE

A antijuridicidade, ou ilicitude, é definida como sendo uma relação de antagonismo presente entre uma ação humana voluntária e o direito (TOLEDO, 1994), mais precisamente, no caso do direito penal, o código penal. Tal antagonismo, por sua vez, em regra causa lesão ou expõe ao perigo um bem jurídico tutelado pelo tipo penal, razão pela qual é punido pela ilicitude do fato.

Logo, a realização de um tipo penal, em certas circunstâncias, pode não significar um juízo de caráter definitivo de ilicitude da ação que causa tal realização. Isso pois, pela existência das denominadas causas de exclusão de ilicitude, um fato, que aparentemente seria típico e, dessa forma, punível, será considerado, nas situações em que alguma dessas causas estiverem presentes, não como um crime, mas como um lícito penal (TOLEDO, 1994).

As citadas causas de exclusão de ilicitude estão celebradas no artigo 23 do Código Penal:

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade

II - em legítima defesa

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. (1940)

Pela leitura do dispositivo, fica clara a constatação de que o caso analisado, pelos fatos dados, não apresenta indícios de incidência de nenhuma das exclusões de ilicitude. Dessa forma, é cediço que houve ilicitude no mesmo.

Conclusão parcial: há ilicitude.

4.4.2.4 CULPABILIDADE

A análise acerca da culpabilidade de um agente deve ser realizada mediante uma análise do caso, em consonância com os artigos 26 (Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento) e 27 (Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial), que tratam da imputabilidade, e o artigo 21 (Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço. Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência), que trata sobre o erro de proibição inevitável. Por meio da leitura de tais dispositivos, é possível concluir que, após o surgimento da concepção normativa da culpabilidade, o agente ter consciência da ilicitude do fato que comete é elemento imprescindível para a caracterização do crime (TOLEDO, 1994). Tal consciência, por sua vez, pode não ser alcançada por problemas de desenvolvimento mental (art. 26), falta de capacidade (art. 27) ou um erro (art.21). Em suma, é estabelecido que não é possível a emissão de um juízo de reprovação a um agente que, ao cometer determinado fato, não sabia, assim como não tinha a possibilidade de saber o significado daquilo que fez, assim como suas consequências (TOLEDO, 1994).

Pela simples leitura do caso, é possível chegar à conclusão de que Alfa é, sem dúvidas, imputável pelo crime, visto não ter doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, sendo capaz de entender o caráter ilícito de suas ações e, ao mesmo tempo, ser maior de idade.

O erro de proibição inevitável, que seria capaz de isentar Alfa de sua culpabilidade, também não ocorre no caso. Isso, pois, como ensina Alaor Leite (2013), deve-se levar em conta três critérios para se orientar quando da dúvida acerca da proibição: “o grau de plausibilidade jurídica da dúvida, a necessidade de atuar nos limites

da dúvida e o cumprimento de um dever de informação” (p.152). Sobre esse último, existe um “ônus de tomar conhecimento sobre se própria conduta está em consonância com o ordenamento jurídico” (CÓRDOBA, 2012, p. 154, tradução própria).

Dessa forma, não ocorreu, no caso, erro de proibição, tendo em vista de pronto não só a falta de plausibilidade jurídica da dúvida, qual seja se furtar um banco por intermédio da escavação de um túnel seria ilícito, e a falta de necessidade de se atuar nos limites da dúvida, visto que Alfa não necessitava furtar o banco, mas também a facilidade com que Alfa conseguiria a informação acerca da ilicitude de sua ação, por ser fato conhecido na sociedade como um todo, sem necessidade de muitos estudos aprofundados.

Fato é que é de difícil aceitação o argumento de que Alfa não tinha consciência da ilicitude do fato, até porque o mesmo, exatamente por conhecer tal ilicitude, procurou realizar seus atos de uma forma escondida, utilizando um meio para se chegar ao resultado pretendido e previsto no tipo, no qual não poderia ser visto, ou seja, por meio da escavação de um túnel. Assim se apresenta no caso, também, erro de proibição inevitável.

Conclusão parcial: há culpabilidade, sem a possível redução de pena.

4.5 FURTO TENTADO QUALIFICADO

O artigo 155 do código penal, que tipifica o crime de furto já analisado alhures, traz em seus parágrafos hipóteses de qualificação. Assim, de acordo com a máxima da relevância ou proibição da redundância trazida por Greco, Estellita e Leite (2017), o mais correto é analisar, primeiramente, um tipo simples para, em seguida, analisá-lo em sua forma qualificada. Logo, por todos os elementos do tipo já estarem presentes em sua forma simples, cabe a análise apenas da situação que desagua na qualificação do crime. Deste modo, o artigo 155, em seu parágrafo 4º, inciso I, celebra:

Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido:

I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa.

(Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal)

Tendo isso em vista, parece claro que, no caso em análise, tem-se o crime na sua forma qualificada, uma vez que, ao cavar o túnel, meio escolhido pelo agente para praticar o crime de furto, Alfa está, sem dúvidas, rompendo obstáculos à subtração da coisa, o qual seja o próprio solo e, caso o crime fosse consumado, alguma parede ou o próprio chão do banco. Assim, Alfa pode ser punível por furto tentado qualificado.

Conclusão parcial: Alfa é punível por furto tentado qualificado.

4.6 FURTO TENTADO DUPLAMENTE QUALIFICADO

O artigo 155 do Código Penal citado alhures, traz consigo mais de uma situação de qualificação do tipo. Dessa forma, é necessário a análise de todas as possíveis qualificadoras para, em um momento posterior, tratar acerca da possibilidade de uma absorver a outra (GRECO; ESTELLITA; LEITE, 2017). Dessa forma, o mesmo artigo 155, dessa vez em seu parágrafo 4º, inciso IV, celebra:

Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido:

IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas. (Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal)

Deste modo e pela narrativa do caso, fica clara a participação de mais pessoas na tentativa do cometimento do crime de furto (AGÊNCIA ESTADO, 2006) e, dessa forma, é possível afirmar que Alfa é punível, também, por esse tipo de furto qualificado.

Por fim, como as qualificadoras que se apresentaram na situação analisada claramente não se absorvem, é possível afirmar a punibilidade de Alfa por furto duplamente qualificado.

5 CONCLUSÃO

Por meio do presente trabalho se quis demonstrar a aplicabilidade do método de análise de caso *Gutachtenstil*. Dessa forma, escolheu-se um caso prático para analisá-lo sob a ótica do método. Mais precisamente, para demonstrar o benefício da utilização de tal método, foi escolhido um caso no qual está presente uma situação controversa, acerca do momento transitório entre atos meramente preparatórios e o início da execução, para discorrer acerca da punibilidade da tentativa.

Dessa forma, pelo princípio da máxima exaustividade, foi possível se chegar ao cerne do problema e, utilizando as doutrinas que tratam do assunto, se chegar à melhor conclusão possível. Foram apresentadas as teorias objetiva –formal, objetiva-material, subjetiva e objetiva-individual para um panorama geral do assunto e, posteriormente, a utilização da teoria mais completa (objetiva-individual), que, para a proteção de princípios como o da segurança jurídica e reserva legal, impõem critérios não só subjetivos, como também objetivos. Para uma melhor análise do caso foi utilizada a jurisprudência alemã sobre o tema, para se chegar à resposta final. Ainda, como uma discussão subsidiária, houve o tema do crime impossível.

De qualquer maneira, dentre todos os possíveis delitos cometidos por Alfa, chegou-se à conclusão de que o mesmo poderia ser punível pelo crime de furto duplamente qualificado pois, ao escavar o túnel, o agente, sob uma perspectiva interna (critério subjetivo) não só pensava em cometer o crime, mas já havia decidido fazê-lo e, ao mesmo tempo, ao escavar o túnel, Alfa estaria cometendo o último ato parcial antes da realização do tipo previsto no Código Penal, oferecendo perigo suficiente para o bem jurídico protegido pela norma incriminadora (critério objetivo).

Acerca da discussão subsidiária tratando do possível crime impossível por ineficácia absoluta do meio, chegou-se à conclusão de que o mero monitoramento pelas autoridades não transforma o meio escolhido para se cometer o crime em absolutamente ineficaz pois, mesmo que dificulte o sucesso da operação, não há como afirmar que o monitoramento impossibilita a consumação do crime, visto que também existem erros em operações de polícia.

Assim, Alfa é punível pelo cometimento do crime de furto tentado duplamente qualificado e, como se propõe a fazer, o método de resolução de casos *Gutachtenstil* foi essencial para se chegar à conclusão mais correta, passando por todos os pontos que deveriam ser tratados e analisados para, depois de uma análise geral e minuciosa de todos os temas controversos, se chegar à resposta final.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA ESTADO. Bastidores da Operação Toupeira: Delegado diz que grupo preso nesta sexta-feira (01) é na verdade um pool de quadrilhas; erro de ladrões deixou plano vulnerável. **globo.com**, 2006. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,AA1259642-5598,00.html>>. Acesso em: nov 2019.

BARBIÉRI, L. F. CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5% não têm condenação: Marca dos 800 mil foi ultrapassada há duas semanas. Cálculo inclui presos nos regimes fechado, semiaberto e os que cumprem pena em abrigos. **globo.com**, 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml>>. Acesso em: nov 2019.

BITENCOURT, C. R. Manual de Direito Penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 1999.

CALLEGARI, A. L. **Teoria geral do delito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CARVALHO, É. M. D. O tratamento penal da violência doméstica no Brasil: uma abordagem crítica. **Ciências Penais**, v. 4, p. 207-233, jan/jun 2006. ISSN DTR\2006\21.

CARVALHO, K. C. D. Da tentativa: a teoria objetiva individual à luz do ordenamento jurídico-penal pátrio. **Revista dos Tribunais**, v. 839, p. 444-461, set 2005. ISSN DTR\2005\578.

CÓRDOBA, F. J. **La evitabilidad del error de prohibición**. Madrid: Marcial Pons, 2012.

DEL ROSAL, M. C.; ANTÓN, T. S. V. **Derecho Penal**: parte general. 5. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 1999.

FAYET, F. A. Da tentativa impossível e do erro sobre o nexos causal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 72, p. 87-122, mai/jun 2008. ISSN DTR\2008\300.

GHIRARDI, J. G.; PALMA, J. B. D.; VIANA, M. T. Posso fazer um trabalho inteiro sobre um caso específico? In: QUEIROZ, R. M. R. **Metodologia Jurídica**: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRECO, L.; ESTELLITA, H.; LEITE, A. **A prática da teoria do delito: a parte geral do direito penal segundo o método estruturado de resolução de casos**. Working paper. São Paulo. 2017.

LEITE, A. **Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal**. São Paulo: Atlas, 2013.

MARQUES, J. F. **Tratado de direito penal**. Campinas: Millennium, v. II, 2002.

PEDROSO, F. D. A. Nexo causal, imputação objetivo e tipicidade conglobante. **Revista dos Tribunais**, v. 794, p. 462-485, dez 2001. ISSN DTR\2001\504.

ROXIN, C. A teoria da imputação objetiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 38, p. 11, 2002.

_____. **Derecho penal parte general tomo II: especiales formas de aparición del delito**. Madrid: Thomson Reuters, 2014.

SANTOS, J. C. **A Moderna teoria do Fato Punível**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

SILVA, D. S. D. A. E. Relação de causalidade e imputação objetiva do resultado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 43, p. 109-128, abr/jun 2003. ISSN DTR\2003\186.

STJ. HC 160.795/SP. Relatora Min. Maria Thereza de Assis Moura, sexta turma. Julgado em 13/08/2013. DJE: 22/08/2013. **JusBrasil**, 2013. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=160795&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: nov 2019.

_____. RECURSO ESPECIAL Nº 1.252.770 - RS (2011/0107213-8). Relator Min. Rogerio Schietto Cruz. DJE: 26/03/2015. **JusBrasil**, 2015. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1252770&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: nov 2019.

TOLEDO, F. D. A. **princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

WELZEL, H. **Derecho Penal Alemán**. 11. Ed. Jurídica de Chile. ed. [S.l.]: [s.n.], 1970.